Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 11 - Octubre 2010



Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 11 - Octubre 2010 ISSN 1886-2632



Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 11 - Octubre 2010

Revista semestral

© Generalitat de Catalunya.

Departament d'Interior, Relacions
Institucionals i Participació.
Institut d'Estudis Autonòmics

Baixada de Sant Miquel, 8 08002 Barcelona Tel. 933 429 800 Fax 933 429 801

reaf@gencat.cat www.gencat.cat/iea

Subscripcions

Publicacions de la Generalitat Tel. 932 925 421 j.roque@gencat.cat

La REAF no s'identifica necessàriament amb el contingut dels articles ni se'n responsabilitza.

Disseny gràfic Marquès Art Gràfic, S.L.

Maquetació i impressió

El Tinter, SAL (empresa certificada ISO 9001, ISO 14001 i EMAS)

Dipòsit legal: B-15288/05



Directors

Carles Viver Pi-Sunyer Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i director de l'Institut d'Estudis Autonòmics

Miquel Caminal Badia Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Barcelona

Secretari

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez Professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

Comitè de Redacció

Mercè Corretja Torrens Cap de l'Àrea de Recerca de l'Institut d'Estudis Autonòmics

Alfredo Galán Galán Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Mireia Grau Creus Responsable d'Investigació de l'Institut d'Estudis Autonòmics

Eduard Roig Molés Professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Indexació: entre altres bases, la REAF està inclosa a DICE (CSIC-ANECA), IN-RECJ, IN-RECS, Ulrich's i properament a CARHUS PLUS 2010. Vegeu el llistat complet d'índexs en què apareix la REAF a la web de l'IEA.

Comitè Científic

Eliseo Aja Fernández Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona i director de l'Institut de Dret Públic

Enoch Albertí Rovira
Catedràtic de Dret Constitucional
de la Universitat de Barcelona

Miguel Ángel Aparicio Pérez Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Xavier Arbós Marín Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Girona

Enric Argullol Murgadas Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Mercè Barceló Serramalera Catedràtica de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Antoni Bayona Rocamora Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Pompeu Fabra i lletrat del Parlament de Catalunya

Francesc de Carreras Serra Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Marc Carrillo Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya Manuel Cienfuegos Mateo Professor titular de Dret Internacional Públic i Dret Comunitari de la Universitat Pompeu Fabra

Carlos Closa Montero Investigador de l'Instituto de Políticas y Bienes Públicos del CSIC

Pedro Cruz Villalón Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Madrid i conseller electiu del Consell d'Estat

Víctor Ferreres Comella Professor associat de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i professor de Dret Constitucional de l'Escola Judicial

Joaquim Ferret Jacas Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Tomàs Font Llovet Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona i president de la Comissió Jurídica Assessora

Enric Fossas Espadaler Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Alain-G. Gagnon Professor titular al Departament de Ciència Política de la Universitat del Quebec a Mont-real Manuel Gerpe Landín Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i membre de la Comissió Jurídica Assessora

Markus González Beilfuss Professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Tania Groppi Catedràtica d'Institucions de Dret Públic de la Universitat de Siena

Montserrat Guibernau Professora de Ciència Política de la Universitat Queen Mary de Londres

John Kincaid Director del Meyner Center for the Study of State and Local Government del Lafayette College, de Filadèlfia

Jesús Leguina Villa Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat d'Alcalá de Henares

Guillem López Casasnovas Catedràtic d'Economia Aplicada de la Universitat Pompeu Fabra

Ramón Maiz Suárez Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Santiago de Compostel·la

Isidre Molas Batllori Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

Ferran Requejo Coll Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Pompeu Fabra Cesáreo R. Aguilera de Prat Catedràtic de Ciència Política de la Universitat de Barcelona

Cheryl A. Saunders
Directora del Centre for
Comparative Constitutional Studies
de la Universitat de Melbourne

Joaquín Tornos Mas Catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Josep M. Vallès Casadevall Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Autònoma de Barcelona

Jaume Vernet Llobet Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Rovira i Virgili i conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya

Jacques Ziller Catedràtic de Dret Públic Comparat a l'European University Institute

Coordinació editorial

Jesús Solé Farràs Responsable de Comunicació, Publicacions i Documentació de l'Institut d'Estudis Autonòmics

Sumari

THE MEANING OF CANADIAN FEDERALISM IN QUÉBEC: CRITICAL REFLECTIONS	
Guy Laforest	10
DEVOLUTION AND INDEPENDENCE IN THE UNITED KINGDOM: THE CASE OF SCOTLAND	
Montserrat Guibernau	56
EL NIVEL SUPRAMUNICIPAL DE GOBIERNO LOCAL EN ALEMANIA	
Ricard Gracia Retortillo	83
PARADOXES OF FEDERALISM?: POLITICAL INSTITUTIONS AND FISCAL DECENTRALIZATION IN ARGENTINA AND SPAIN	
Jorge P. Gordin	142
LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DE 2009	
Ana Herrero Alcalde, Jesús Ruiz-Huerta Carbonell, Carmen Vizán Rodríguez	169
LOS CONVENIOS DE COOPERACIÓN ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS: MARCO NORMATIVO Y PROPUESTAS DE REFORMA	
Javier Tajadura Tejada	206
AUTORIZACIONES, COMUNICACIONES PREVIAS Y DECLARACIONES RESPONSABLES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS	
Julio V. González García	255

DE NOU SOBRE LA DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN MATÈRIA D'ENERGIES RENOVABLES: ASPECTES GENERALS I ÀMBITS PROBLEMÀTICS Gerard Martín i Alonso				
LLENGUA I IMMIGRACIÓ A L'ESTAT AUTONÒMIC I A CATALUNYA: UNA APROXIMACIÓ JURÍDICA				
Eva Pons Parera	352			

Autors

Julio V. González García

Professor titular de Dret Administratiu, acreditat com a catedràtic d'universitat, secretari general de la Universitat Complutense de Madrid i membre de l'Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. En les seves línies de recerca destaquen els estudis en matèria de béns públics, contractació pública i Dret d'infraestructures. En l'actualitat dirigeix un projecte de recerca sobre la Directiva de serveis, en què ha publicat diferents articles.

Jorge P. Gordin

Investigador titular a l'Institut fur Lateinamerika-Studien Studies (ILAS), (GIGA) German Institute of Global and Area Studies, Hamburg. Ha publicat articles sobre federalisme, descentralització, clientelisme i partits polítics des d'una perspectiva comparativa en revistes com ara European Journal of Political Research, Publius: The Journal of Federalism, Regional and Federal Studies i Journal of Public Policy. És l'actual director executiu de Journal of Politics in Latin America (JPLA).

Ricard Gracia Retortillo

Doctorand en Dret i professor ajudant de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona. És Ilicenciat en Dret i en Ciències Polítiques, s'ha especialitzat en l'estudi de l'organització territorial i el Dret Local, i ha realitzat estades de recerca a universitats alemanyes. Entre les seves publicacions destaca La vegueria com a govern local intermedi a Catalunya. Encaix constitucional de la seva regulació estatutària (2008).

Montserrat Guibernau

Màster i doctora en Teoria Social i Política per la Universitat de Cambridge, catedràtica de Ciència Política al Queen Mary University of London i professora visitant al Centre for Global Governance, London School of Economics. És autora de *La Identitat de les Nacions* (2010) i, amb John Rex, *The Ethnicity Reader* (2010).

Ana Herrero Alcalde

Professora del Departament d'Economia Aplicada i Gestió Pública de la Universitat Nacional d'Educació a Distància, és llicenciada en Dret i doctora en Economia Aplicada. Ha estat investigadora externa de l'Intituto de Estudios Fiscales i investigadora visitant a l'Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University.

Guy Laforest

Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Laval (Quebec, Canadà), investigador a l'Institut d'Estudis Autonòmics i professor visitant de la Universitat Pompeu Fabra. Les seves àrees principals de recerca són la teoria política, la història intel·lectual canadenca, les relacions Canadà-Quebec i les teories del federalisme i el nacionalisme. Ha publicat Pour la liberté d'une société distincte (2004), Trudeau and the End of a Canadian Dream (1995), Beyond the Impasse: Toward Reconciliation (1998), amb Roger Gibbins, i Charles Taylor et l'interprétation de l'identité moderne (1998), amb Philippe de Lara; i properament, L'exil intérieur des Québécois dans le Canada.

Gerard Martín i Alonso

Cap de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'Institut d'Estudis Autonòmics i professor associat de Dret Constitucional de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona.

Eva Pons Parera

Professora titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona. A més d'altres publicacions en l'àmbit del Dret Públic, pel que fa a estudis de Dret Lingüístic, és coautora de *Dret lingüístic* i autora de "L'estatut jurídic de les llengües a Catalunya", "El principi de respecte de la diversitat lingüística i la seva projecció sobre les institucions de la Unió Europea" i "International Legislation and the Basque Language", entre d'altres. És membre del Consell de Direcció de

Revista de Llengua i Dret, on realitza la secció de jurisprudència.

Jesús Ruiz-Huerta Carbonell

Catedràtic d'Economia Aplicada (Hisenda Pública) a la Universitat Rey Juan Carlos de Madrid, és doctor en Dret i en Ciències Econòmiques per la Universitat Complutense de Madrid. Ha estat professor a les universitats Complutense i de Salamanca, director del Departament de Polítiques Públiques de l'Instituto Universitario Ortega y Gasset i director de l'Instituto de Estudios Fiscales.

Javier Tajadura Tejada

Professor titular de Dret Constitucional a la Facultat de Ciències Socials i de la Comunicació de la Universitat del País Basc. Ha publicat diferents monografíes i articles sobre la problemàtica de l'organització territorial de l'Estat. El seu darrer llibre és El Estado Autonómico como Estado Federal Cooperativo (2010).

Carmen Vizán Rodríguez

Assessora de l'Àrea d'Estudis i Anàlisi del Consell Econòmic i Social, és llicenciada en Dret i en Ciències Econòmiques per la Universitat Complutense de Madrid. Ha estat professora del Departament d'Economia Aplicada i Gestió Pública de la Universitat Nacional d'Educació a Distància.

THE MEANING OF CANADIAN FEDERALISM IN QUÉBEC: CRITICAL REFLECTIONS

Guy Laforest

Professor of Political Science at the Laval University, Québec

SUMMARY: 1. Introdution. – 2. Interpretive context. – 3. Contemporary trends and scholarship, critical reflections. – Conclusion. – Bibliography. – *Abstract-Resum-Resumen*.

1. Introduction

As a teacher, in my instructions to students as they prepare their term papers. I often remind them that they should never abdicate their judgment to the authority of one single source. In the worst of circumstances, it is much better to articulate one's own ideas and convictions than to surrender to one single book or article. In the same spirit, I would urge readers not to rely solely on my pronouncements about the meaning of federalism in Québec. In truth, the title of this essay should include a guestion mark, and its content will illustrate, I hope, the richness and diversity of current Québec thinking on the subject. There are many ways as well to approach the topic at hand. The path I shall choose will reflect my academic identity: I am a political theorist and an intellectual historian, keenly interested about the relationship between philosophy and constitutional law in Canada, hidden in a political science department. As a reader of Gadamer and a former student of Charles Taylor, I shall start with some interpretive or hermeneutical precautions. Beyond the undeniable relevance of current reflections about the theory of federalism in its most general aspects. the real question of this essay deals with the contemporary meaning of Canadian federalism in Québec. This guestion is being asked in the

aftermath of the celebrations surrounding the 400th anniversary of the founding of Québec City, which can as well be interpreted as having marked the founding of Canada. Constitutional experts aware of the mood of the times across the country are all too aware that after decades of wide-ranging discussions and reform projects about the fundamental law of the land. Canada now suffers from a broad constitutional fatigue (Gibbins, 2009; p.113). The idea of constitutional reform appears dated, "passé", rendered almost unattainable through the legal and political rigidities surrounding the amending formula. Other issues now dominate the political agenda: war in Afghanistan, global environment, securing rights in a multicultural society, economic challenges. In Ouébec, something else must be added. The dream of full political sovereignty, which has occupied so many people and mobilized so much energy in the past four decades, appears more and more improbable as time goes on. The idea of holding a referendum on sovereignty has even disappeared from the platform of the Parti Québécois. Daniel Jacques and Alain Dubuc, a philosopher and a journalist respectively, and two of our most prominent public intellectuals, have recently written about the consequences of granting continued prominence to the ideal of sovereignty while its realization appears ever more unlikely: it encourages a spirit of bad faith in Canadian politics -witness the contradictions of the Bloc Québécois and how this party is perceived elsewhere—, it fosters an attitude of self-contempt in younger generations —why being proud of a self-proclaimed nation that just cannot realize the highest goal it seems to value?—, finally it inculcates a quasi-surreal aspect to public debates, yielding to arcane idealism rather than facing lucidly and responsibly the challenges of current times (Jacques 2007, Dubuc 2008). In addition to the constitutional fatique shared with the rest of Canada, Québec now seems to be characterized by a kind of political exhaustion: the full nation-state status eludes sovereigntists, while federalists remain unable to get the kind of meaningful reform that would allow Québec to be a fully consenting partner of the Canadian constitutional order. Québec is staying in Canada but its situation, as I have suggested elsewhere, is akin to that of an internal political and constitutional exile (Laforest 2008). And people are, indeed, moving to other, more pressing issues: reasonable accommodations and the challenges of diversity, the role of the state in a society that is both aging fast and being burdened by soaring health costs and a huge provincial public debt, crumbling road infrastructures, the social consequences of religious disaffection centrally, but not exclusively, in the French-speaking majority, the hardships of a public education system ill-equipped to promote the virtues that lead to academic excellence in a post-modern, hedonistic and relativistic cultural, social, and global environment.

Beyond this introduction, in the second part of the essay, I shall tell readers how I understand the topic, thereby providing an interpretive context. In the third part, I will survey contemporary trends and current scholarship regarding federalism in Québec. I shall incorporate in this section critical reflections going beyond the description of this current literature, on topics such as multinationalism and plural identities, trust and loyalty, and the whole matter concerning the rebalancing of our federal regime.

2. Interpretive context

The task of interpreting the meaning of Canadian federalism in Québec is manifold. In academia, it certainly involves integrating the methods and approaches of various disciplines such as history, constitutional law, philosophy and political science. Interest towards this topic, not surprisingly, goes much beyond academia, reaching a wider public through the media ever since the Confederation Debates of 1864-1866 (Bellavance 1991, Silver 1997). At least up until the 1995 referendum in Québec and its immediate aftermath, the meaning and fate of federalism in Québec have commanded the attention of numerous scholars and intellectuals from English-speaking Canada (Black 1975, Moore 1997, McRoberts 1997, Silver 1982, Smiley 1980, among others). It is an impoverishment of the topic to ignore this literature here, as I shall proceed to do. The same remark applies to the sustained interest in the broad topic of Canadian and comparative federalism in the English-speaking scholarly community throughout the land. The dean of scholars on this broad topic, Ronald L. Watts, has just proceeded to the reprinting of the third edition of his book Comparing Federal Systems (Watts 2008). In 2000, Richard Simeon delivered the Kenneth R. MacGregor Lecture at Queen's, reflecting on the relationship between political science and federalism, encompassing seven decades of scholarly engagement (Simeon 2002). In 2004, Queen's Institute of Intergovernmental Relations published a major collection, part of the Canada: State of the Federation Series, devoted to Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism (Meekison, Telford, Lazar 2004). Working out of Montréal and Ottawa, Dimitrios Karmis

and Wayne Norman have published a major collection, providing a reader on current theories of federalism in the world (Karmis and Norman 2005). Interestingly, there are three chapters by Canadians in this book, respectively written by Ronald Watts, Pierre Elliott Trudeau and Will Kymlicka. Obviously, the meaning of federalism in Québec is deeply related to the meaning of federalism throughout Canada, so beyond this essay it would remain quite foolhardy to ignore the multiple contributions of Canadian scholars on federalism. Incidentally, this Canadian proficiency has now reached a global stage through the immense erudition provided by the Forum of Federations in the last decade.

The meaning of federalism in Québec has evolved through time and the various travails of our common history. The classical compact theory, in its pact-of-provinces, pact-of-peoples or combination-of-both formulae, is of course an interpretive construction that has undergone various reformulations (Kelly and Laforest 2004). I shall only provide here a few glimpses of this immensely rich literature. At the time of our Centennial, in the mid-1960s, Jean-Charles Bonenfant, an important Laval constitutional Law scholar, reflected about the meaning of Confederation. He concluded that often in history, peoples or nations live together less out of reciprocal affection than through their inability to live separately. In 1990, in the aftermath of the demise of the Meech Lake Accord, Léon Dion, co-founder of the Department of Political Science at Laval, and father of Stéphane Dion, former leader of the Liberal Party of Canada, had this to say in his testimony to the Bélanger-Campeau Commission:

"Quebec must at long last obtain an absolute right of veto over any amendment to the Canadian Constitution. I had not hitherto seen one of the consequences that flows from these Quebec demands. In the final analysis what I am rejecting is the 1982 revision of the Constitution in its entirety. English Canada ascribes great importance to the Charter of Rights enshrined by that revision. The Charter suits it well. We should not propose to amend it in various ways; we should reject it root and branch. We have had our own Charter of Rights for years. It suits us. We should strengthen its legal validity. Each person and group would thus appeal to a single Charter of Rights. Everybody would be better off for it" (quoted in Laforest, 1995: p.105).

Throughout his entire life, Léon Dion was a passionate promoter of the Canadian dream of duality. Twenty years ago, at the height of our debate over the ratification of the Meech Lake Accord, I gave a lecture about his thought in the department of Political Science of the University of Alberta. In the passage I have just quoted, one can sense the immensity of his disappointment over the demise of Meech Lake and the constitutional stalemate it provoked. In a way, as I shall develop further in my conclusion, this stalemate is still with us. And in another way, the profound ambivalences of Québec vis-à-vis Canadian constitutionalism and federalism have very deep roots. Consider this last excerpt, written by one more Laval scholar, the economist Maurice Lamontagne, in the mid-1950s:

"Québec's actual position is hybrid and ambiguous and cannot last. One member of a federation cannot cling indefinitely to a bygone phase of federalism while all other members desire to evolve to new forms. The way in which Quebec currently participates in the life of the Canadian federation is that of a province submitting to the drawbacks of the federation without benefiting from all its advantages, while the rest of Canada is in a hurry to attain new objectives... The province of Quebec must therefore become conscious of this reality and make a choice. She is currently in a dilemma: either she accepts the new Canadian federation and integrates, or she refuses it and disassociates. What should she do? By and large, this is the question the population poses" (Lamontagne, 1954: 284 and 286).

The matter concerning the meaning of federalism in Québec and throughout Canada is of course the business, and many would hasten to add primarily the intimate province of constitutional law scholars. In this essay, I shall also stay outside the technical discussions about relevance and relative strength of federalism as a constitutional principle in our fundamental law and particularly in the era of Charter dialogue (Kelly and Manfredi 2009). Constitutional jurisprudence, from the lofty statements of the Judiciary Committee of the Privy Council, to the Laskin Supreme Court in the era of Patriation, to the Lamer Supreme Court's historical reconstruction in the Reference Case Concerning the Secession of Québec, will be only indirectly discussed. Historians, on their part, would be quick to invite us to consider the interpretation of Canadian federalism in a number of key Commissions of Enquiry over the last century, some of them in Québec,

all of them involving Québec thinkers, judges or politicians: Rowell-Sirois, Tremblay, Laurendeau-Dunton, Pépin-Robarts, MacDonald, Bélanger-Campeau, Erasmus-Dussault. Each and every one of these Commissions had something important to say about the meaning of federalism in Québec and in Canada.

Interpreting the meaning of Canadian federalism in Québec must take into consideration the fact that the country has changed a lot since Confederation. This is one of the arguments put forward by André Pratte, La Presse's chief editorialist and one of the key contributors in the Québec debate over the meaning of federalism, as I shall illustrate at greater length in the next section of this essay. For now, I'll limit myself to a few major facts mentioned by Pratte. There are 47 times more people in Alberta today than at the time of Confederation, and in British Columbia the figure is 120 times. In 1901, the population of Québec was 7 times higher than the population of these two provinces combined. As matters currently stand, there are now more people combined in Alberta and British Columbia than in Québec. Within my lifetime, roughly speaking, Québec's share of Canada's total population will have declined from about 30% to 20%. Comparatively speaking, it is accurate to speak of Québec's steady demographical and economic decline in modern-day Canada. However, for as long as I can see in the future, Québec will continue to play an important role in the political and constitutional make-up of Canada. This much can be expected of a distinct national society of close to 8 million people, operating predominantly in French, culturally and economically dynamic on the world stage, integrating immigrants in an autonomous educational, communicational and institutional network, in an English-French bilingual federal country called Canada. The reality of English-French duality, anchored first and foremost but not exclusively in Québec, is a major part of the past, present and future of Canada. To say that the Canadian state operates in two official languages hides much of our social reality: behind that we find two legal systems, two networks of civil society associations, two scholarly communities, two media networks, two host societies for immigrants, two apparatuses of popular culture, two literatures. A substantial share of this dualistic configuration, which contributes not in the least to the originality of Canada in the Americas and in the world, is owed to the fact that Québec is a predominantly-French distinct society and an autonomous political community. And because of this, the meaning of federalism in Québec does matter for all of

Canada. This is as true now than at the times of our 19th century Confederation Debates or during the various stages of our constitutional tugs-of-war of the last decades.

From the mid-1990s onwards, when I was working on the IRPP Beyond the Impasse Project with Roger Gibbins, now president of the Canada West Foundation, I coined an expression that owed a lot to my experience in Calgary: "I'd much prefer to be governed in a federal way by a unilingual Albertan, than in a quasi-imperial way by a fellow Quebecker." Like many people in my province, I was disenchanted by the way in which, at least in my eyes, the Canadian government led by Jean Chrétien, showed little respect for the institutions and principles of federalism in its fiscal policies, higher-education initiatives, and more generally towards its rather arbitrary and unilateral way to provide coordination for our political regime. As many Quebeckers were gradually moving away from the idea of seriously considering the sovereignty option, they had some reason to believe that Canadians beyond their province were gradually moving away from the idea of federalism as an ethical, institutional and constitutional pillar of our system. Consider the following passages from essays by Will Kymlicka and Sujit Choudhry:

"English-speaking Canadians have a deep desire to act as a nation, which they can do only through the federal government; they also have come to define their national identity in terms of certain values, standards, and entitlements that can be upheld from sea to sea through federal intervention in areas of provincial jurisdiction. In short, the only way for English-speaking Canadians to express their national identity is to undermine the provincial autonomy that has made it possible for Quebecers to express their national identity. The problem in Québec-Canada relations, therefore, is not simply that Quebecers have developed a strong sense of political identity that is straining the bounds of federalism. It is also that Canadians outside Quebec have developed a strong sense of Pan-Canadian identity that strains the bounds of federalism" (Kymlicka, 1998: p.166).

"The impact on federalism of Canada's increasing ethnic diversity and the concentration of that diversity in Canada's urban centres is a question that has largely remained unexplored. My sense is that federalism is in for a bit of a shock, because many

recent immigrants do not identify with Canada's self-description as a federal political community. They have not taken to federalism in the same way that they have embraced other aspects of our constitutional identity, such as rights and the rule of law. The difficulty here is that federalism offers up a conception of the Canadian political community with which immigrants find it difficult to identify" (Choudhry; in Studin, 2006: p.122-123).

There is a short, simple answer, to the question about the meaning of federalism in Québec, and it has been reformulated in recent years by political scientists of my generation such as Alain Gagnon, Alain Noël, François Rocher and myself: liberty and identity, autonomy and recognition. Canadian federalism, at its best, provides Québec with a substantial degree of political freedom while preserving and promoting its distinct identity. It fosters autonomy and offers an authentic form of recognition. This, in other words, is the dominant paradigm and I shall consider some of its limitations later on in this essay. The current Prime Minister of Canada, Mr. Stephen Harper, has undeniably struck a chord in Québec by developing a doctrine of "fédéralisme d'ouverture" (better rendered in English by the expression "federalism of openness" than by "open federalism"). In two key speeches made in Quebec City in December 2005 and later on in Montreal in April 2006, Mr. Harper elaborated a vision that contained the following orientations:

- a) beyond domineering and paternalistic federalism, show greater respect toward constitutional provincial jurisdiction and division of powers;
- b) foster better collaboration and coordination with provinces and circumscribe Ottawa's spending power;
- c) recognize the existence of a vertical fiscal imbalance between Ottawa and the provinces and willingness to act on this problem;
- *d*) recognize the special cultural and institutional responsibilities of Ouébec's government role in Unesco:
- e) in Canada-Québec relations, offer a noticeable change of tone: "we shall change the debate, change the programme and change the federation". (Harper's federalism of openness is discussed in Pelletier 2008, as well in Caron and Laforest 2009).

Although the Harper-led Conservative minority government has failed to deliver on its promise to elaborate a so-called "Charte du fédéralisme d'ouverture". I believe there is a general consensus in Québec that Mr. Harper has made significant progress on most items of this agenda. Considering, moreover, that Mr. Harper moved through the House of Commons a resolution recognizing that the Ouébécois form a nation in a united Canada, that he has shown tremendous respect for the French language, that he has highlighted here and abroad the role of Ouébec in general and of Ouébec City in particular. in the founding of Canada, it is somewhat surprising that he did not make substantial gains in Québec in the 2008 Fall federal election. Any analysis of these matters must be careful. In truth, the engine of "fédéralisme d'ouverture" has been losing part of its energy on a variety of issues: statements about the need to circumscribe the spending power have been timid at best, some ambiguities remain concerning what Mr. Harper really meant in the nation resolution, senate reform projects and the idea of an Ottawa-based national securities regulator have met strong resistance in federalist Québec City, the Prime Minister has shown no enthusiasm towards streamlining coordination through regular and more rational First Ministers Conferences, and he has generally stayed away from the idea of re-opening the constitutional file in order, among other matters, to formally recognize Québec's national identity. Add to this the rift between Mr. Harper and Ouébec Premier Jean Charest dating back to the latter's decision to reduce income taxes in the aftermath of a 2007 federal budget addressing the fiscal imbalance issue, and you get a more realistic portrait of the relationship between Mr. Harper's government and Ouébec.

Forty years after Pierre Elliott Trudeau replaced Lester Pearson, the Liberal Party of Canada is once again led by a major intellectual figure, Michael Ignatieff. Mr. Ignatieff succeeded in 2009 our former university colleague, Mr. Stéphane Dion, an important public intellectual in his own regard. I shall consider here some of Mr. Dion's pronouncements about the meaning of federalism in Québec. First, I wish to say that Mr. Dion and Prime Minister Stephen Harper have a lot in common. Political theory and comparative institutional studies tell us that federalism is always about a balancing act between unity and diversity, self-rule and shared rule, autonomy and solidarity-participation. So I think that Mr. Dion, like Mr. Harper, understands very well the need to balance integrative strategies bringing all citizens

into the fabric of the Canadian national and federal political community, with strategies of empowerment aimed at satisfying the aspirations of a minority national community such as Québec. In his days as a political scientist, Mr. Dion wrote about the need to balance "stratégies d'endiquement" with "stratégies de contentement", which I find very close to the vocabulary of experts such as Richard Simeon writing on behalf of the Forum of Federations (combining strategies of integration with strategies of empowerment). Modern-day Canada is about striking a balance between the constitutional laws of 1867 and of 1982, the first one providing a strong anchor for federalism and provincial powers enabling Québec to be free and distinct, while the second one integrates the whole country with a nationalizing Charter of Rights and Liberties. As a former leader and still a major figure of Pierre Trudeau's party, Mr. Dion may lean towards 1982 and the Charter, whereas Mr. Harper may lean towards 1867 and a more historical and federalist understanding of Canada, but both men do reconcile these two pillars of our constitutional identity. Stéphane Dion is a bona fide federalist. As Minister of Intergovernmental Affairs in Mr. Chrétien's governments, he made numerous speeches developing a rich federalist discourse or theory emphasizing the following principles: value of multiple national identities and necessary cohabitation of cultures in our world, tolerance, solidarity, flexibility (Dion, 1999: p. 29-30). In addition to this normative orientation, Mr. Dion has reflected upon his own praxis of federalism as a Minister, emphasizing the following elements (Dion, 1999: p. 117-118):

- a) the Constitution must be respected;
- b) close cooperation must be established where it is needed;
- c) the capacity and liberty of governments towards action must be preserved;
 - d) the federation must be flexible;
 - e) the federation must be fair;
 - f) we must exchange information;
- g) the public must be aware of the respective contributions of the different governments.

Prior to and in the aftermath of the 1995 Ouébec referendum. Stéphane Dion and Stephen Harper were in the same camp on a number of issues. Both were, and remain, coherent anti-separatists forcefully defending the value of the Canadian political experience in the world, strong supporters of a firmer defence of the rule of law and of Canada's territorial integrity. In English-speaking Canada, Mr. Dion is seen as Mr. Unity and known as the co-sponsor, with then Prime Minister Jean Chrétien, of the Clarity Act. As is well established, the whole idea of the necessity of greater legal clarifications of such endeavors owes a lot to the mind of Stephen Harper. But it was Mr. Dion who fought this struggle in the trenches in Québec, and he remains to this day hindered as a political leader by the perception that in order to strengthen the legitimacy of the Clarity Act, he aided and abeted a partitionist movement in Greater Montréal and elsewhere. In the light of the fact that the Clarity Act would allow the federal government to establish the nature of a clear majority following the evolution of circumstances after a secessionist referendum, observers should not be surprised to note that it remains to this day Mr. Dion. rather than Mr. Harper, who is seen in Québec, as the real sponsor or defender of the tougher Canadian line. Mr. Dion, in Québec, while he was leader and still to this day stands for the rough language of an uncompromising Canadian national integration, the embodiment of a strong "stratégie d'endiquement"; whereas Mr. Harper, elected after the turmoil of the Chrétien decade and the malaise surrounding the sponsorship scandal, offered himself to Québec as the embodiment of the balancing act that represents his doctrine of "fédéralisme d'ouverture". In the Fall of 2006, Stéphane Dion was a candidate for the leadership of the Liberal Party of Canada. Neither during the leadership race, nor at any time following his victory, has Mr. Dion thought it necessary or useful to propose his own rebalancing act on federalism and Canada-Ouébec relations in the twenty-first century. All in all, a similar remark applies to the current Liberal leader, Michael Ignatieff. On these matters, the January 2010 web site of the Liberal Party and Mr. Dion's platform in 2008 share the same silence. To be fair, both Mr. Dion and Mr. Ignatieff have supported a number of measures associated with Mr. Harper's "fédéralisme d'ouverture", including the recognition of Québécois as a nation within Canada. In June 1877, in Québec City, Wilfrid Laurier made a landmark speech about the meaning of political liberalism that strongly contributed to his later election as Prime Minister of Canada two decades later. Mr. Laurier redefined liberalism for his times. It remains to be seen wheth-

er or not, at the dawn of a new decade, any leader of the Liberal Party will attempt to re-define himself or herself as a new Laurier for the twenty-first century, offering a coherent understanding of what federalism means in Québec and in Canada, rebalancing on the side of the empowerment of Québec's liberty and identity (stratégie de contentement) the mainstream majoritarian approach characterized by the legal integration of Québec in the unity of the Canadian nation (stratégie d'endiguement).

A quarter of a century after Lord Durham's Report and after the Union Act of 1840, the emergence of a federal Dominion in Canada in 1867 meant, in the eyes of George-Etienne Cartier and those who sided with him, nothing less than the political renaissance of Québec, its resurfacing as an autonomous, distinct, self-governing political community. The following two passages coherently illustrate this line of interpretation: the first is taken from a parliamentary speech made by John A. Macdonald, the second one summarizes Arthur Silver's views about the French-Canadian idea of Confederation:

"I have again and again stated in the house that, if practicable, I thought a legislative union would be preferable... But on looking at the subject in the conference... we found that such a system was impracticable. In the first place, it would not meet the assent of the people of Lower Canada because they felt that in their peculiar position –being in a minority, with a different language, nationality and religion from the majority– in case of a junction with the other provinces, their institutions and their laws might be assailed, and their ancestral associations, on which they prided themselves, attacked and prejudiced. It was found that any proposition which involved the absorption of the individuality of Lower Canada... would not be received with favour by her people." (Macdonald, Legislative Assembly of United Canada, February 6, 1865, quoted in Ajzenstat, Romney, Gentles and Gairdner 2000: p. 279)

"Here was the very heart and essence of the pro-Confederation argument in French Lower Canada: the Union of the Canadas was to be broken up, and the French Canadians were to take possession of a province of their own –a province with an enormous degree of autonomy–. In fact, separation (from Upper Canada) and independence (of Quebec within its own jurisdic-

tions) were the main themes of Bleu propaganda. 'As a distinct and separate nationality', said La Minerve, we form a state within the state. We enjoy the full exercise of our rights and the formal recognition of our national independence." (Silver 1997: p. 41)

These two passages remind us of what Canadian federalism meant in Québec in 1867. The length of this section shows that many hermeneutical precautions need to be taken before attacking head-on the heart of the matter, what federalism may mean for us in the contemporary era.

3. Contemporary trends and scholarship, critical reflections

In political, intellectual and academic circles, a federalist revival is currently occurring in Québec. I believe it is useful to start with a collection of essays put together by André Pratte, the chief editorialist of the Montréal newspaper, La Presse. It is entitled "Reconquérir le Canada: Un nouveau projet pour la nation québécoise", and was released in English with the title "Reconquering Canada". Reading this book, many came to the view that Canadian federalism had finally found its voice anew in Ouébec. Pratte and the contributors to his book share four premises: it is in Québec's long term interests to remain within Canada; Quebeckers must change their approach towards Canada, moving beyond the language of grievances and constitutional demands; Quebeckers should be more active participants in the political life of the country; Québec already possesses all the required tools to meet its contemporary challenges (Pratte, 2007: p. 10). In short, Québec must move beyond isolationism, Quebeckers must be more enthusiastic Canadians, and federalists must abandon their dogmas and vanguish their fear to act and to speak out forcefully on behalf of their option. In his own contribution to the book (Faire table rase: Voir notre passé autrement pour mieux bâtir notre avenir). Pratte proposes a lucid reassessment of Québec'situation and fate within Canada. With words echoing those of André Laurendeau at the time of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism forty years ago, Pratte invites his fellow Quebeckers to become more involved, to take more risks in the human and social experiment called Canada. Quebeckers should learn more about other provinces and

other Canadians, they should learn anew the language and the spirit of compromise, they should extend a generous hand to their allies and partners in the business of this country. Ouebeckers have constructed a distinct society, they have every reason to be proud of this, and they control their own destiny. They should act responsibly, and affirm themselves through their economic prowesses, their dynamism. their creativity (Pratte, 2007: p. 252-253; see also Dubuc, 2008: 229 and Pratte, 2006: p. 132). Canada has changed a lot since 1867, its governance is now extraordinarily complex, and in this context Quebeckers must abandon their past-oriented approach and the rhetoric of victimhood (Pratte, 2007: p. 232). Invoking in his writings a historical tabula rasa as a strategic orientation for a more rewarding future, André Pratte joins a number of contemporary historians and philosophers who have systematically criticized the rather nostalgic and melancholical brand of nationalism that has occupied so much place in Québec letters since the Quiet Revolution (Létourneau 2004, Maclure 2003, Weinstock 2005). Three more contributions in this book are relevant for my purposes in this lecture, respectively written by Marie Bernard-Meunier, formerly Canada's ambassador to Germany, by Jean Leclair, Professor of Law at Université de Montréal, and by Pierre-Gerlier Forest, the current President of the Trudeau Foundation in Montréal.

In her chapter, "Apprendre à jouer le jeu: le défi du Québec au sein du Canada", Marie Bernard-Meunier puts forward an appeal to the politics of reason. The complexity of federal governance is such, according to her, that such regimes can only be the choice of necessity (recall the reference to Bonenfant and the spirit of 1867 in the previous section). She sees four principles at work in the logic and nature of federalism: the locus of equilibrium in a federation will always be unstable; the cohesion of a federal regime rests on its ability to reconcile two fundamental needs, the wish of the partners to preserve their identity (rester soi-même) and their desire to pull together (s'unir); such regimes are marriages of reason, and thus in Canada Quebeckers should restrain their crippling desire to be recognized and loved; finally, and perhaps at least partly in contradiction with the previous principle, federations require dual loyalties and senses of belonging (Bernard-Meunier, 2007: p. 133-134). In her careful comparison of Canadian and German federal institutions and practices, she notes that in both countries a kind of natural logic towards centralization needs to be counterbalanced, and that Germany is better equipped than Canada to do this. However, in German federalism all partners play the game with an authentic, bona fide desire to share and cooperate with the others. In Canada, she concludes that Québec has broken the equilibrium between autonomy and solidarity-participation, pursuing its sole interests in an instrumental/utilitarian approach (Bernard-Meunier, 2007: p. 140).

Tabling on his vast knowledge of the politics of health in Canada. Pierre-Gerlier Forest invites Ouebeckers and their political leaders to imagine more boldly the institutions and practices of interdependence adapted to the twenty-first century. In health as in other matters, he argues. Québec must move beyond the blind and mechanical repetition of its traditional demands and grievances. In his chapter, entitled "Santé: en finir avec la chaise vide", he proposes a typology of current understandings of federalism in Québec and elsewhere in Canada, crossing the pole of centralization-decentralization with the symmetry-asymmetry axis. Traditionally, in Québec, the hegemonic approach towards federalism has privileged strong asymmetry with substantial decentralization. Although the interpretive panorama is somewhat more complex in Canada-beyond-Québec, Forest believes that since the advent of the 1982 Charter of Rights and Freedoms. greater centralization and greater symmetry have been put forward through a redefinition of Canadian nationalism. Forest makes an insightful point about the logic of change in a federal regime. He concludes with most experts that the burden of proof belongs to those who wish to secede from a federation. He then proceeds to add that the burden of proof should also belong to those who want to consolidate centralizing and symmetrical dimensions (Forest, 2007: p. 272). Justifying in pragmatic terms the respective presence of our provincial and federal governments in the field of health, in an era characterized by the primary authority of science and knowledge, Forest adds that this burden of proof should also belong to those who want to restrain our ability to innovate and to experiment different approaches.

Much of the public interest surrounding André Pratte's edited volume when it was published was centred on Jean Leclair's brilliant, thought-provoking, polemical and at times inflammatory chapter, entitled "Vers une pensée politique fédérale: la répudiation du mythe de la difference québécoise radicale". Never since Pierre-Elliott Trudeau penned the chapters and articles that found their way in his own collection of articles in the sixties, "Federalism and the French

Canadians", has any Québec intellectual written such an eloquent pamphlet about the theoretical and practical merits of federalism. In truth, some parallels could be established between Leclair and his former Université de Montréal colleague, Stéphane Dion. Both march in the footsteps of Alexis de Tocqueville and of Pierre Trudeau, crafting a philosophical defence of federalism for the benefit of individual freedom and multiple identities. Both see federal governance as an exercise in counterbalancing forces, promoting a political culture marked by a spirit of compromise and moderation. Beyond theory, however, as I argued earlier, Mr. Dion's "Straight Talk" for contemporary Canada is dominated by his own brand of coherent anti-separatism. His ethics and praxis of federalism look like overtures in this greater symphony. Jean Leclair's essay, in contrast, is first and foremost an essay in praise of Canadian federalism in Québec. According to him, the understanding of Canada propounded by Québec nationalists and sovereigntists has been deterministic and totalizing, vastly exaggerating the strength of centralizing elements in the political and legal systems. He believes that these writings have also been premised on a monistic approach towards "nation" and "culture", disregarding the authentic possibility of multiple identities and developing a culturalizing pathos over-simplifying social reality. "One can only adhere to a single nation, everything is cultural in social life, and Québec is fundamentally and radically different from the rest of Canada". Such would be my summary of Jean Leclair's overview of the premises and deficiencies of much contemporary thinking about Canadian federalism in Ouébec.

In order to elaborate a serious theory and practice of federalism in Canada, Leclair believes that it is necessary to accept a series of premises and spiritual preconditions (Leclair, 2007: p. 63):

- a) there are differences between human beings but, in addition, each human being is traversed by a plurality of forms and modes of belonging;
- b) cultural dimensions are far from exhausting the whole of reality;
- c) the function of federalism is to limit the power of the state as well as to peacefully structure relations between various communities:

- d) federalism requires a combination of autonomy and solidarity;
- e) a climate of tension is inescapable in any federal regime, in politics in general and in democratic politics in particular;
- f) federalism is not a zero-sum game: Canada and the central government do not win whenever Québec and its government lose, and vice versa;
- g) a majority of Quebeckers remain substantially attached to the Canadian state.

Constitutional law professors, and their students, would no doubt appreciate Leclair's efforts to elaborate a balanced reading of the current state of Supreme Court jurisprudence concerning the meaning and the importance of federalism in Canadian constitutionalism. He discusses such issues as the legal anchoring of the spending power of the central government, the "national dimensions" and "national emergencies" theories of interpretation, the federal jurisdiction over the regulation of trade and commerce, over communications and concerning the implementation of treatises. On these matters, his main academic interlocutor in Québec is my young colleague Eugénie Brouillet, who is fast becoming one of Québec's pre-eminent authorities on federalism and the Constitution. Her views will be discussed further on in this essay.

Leclair concludes his contribution with a series of reflections on what needs to be done in order to foster a greater federal spirit or political culture of federalism in Québec and in the whole of Canada. I shall limit myself here to what he has to say about Québec. In Québec, this would require abandoning an essentialistic and totalizing approach towards culture and identity. It would require a better equilibrium between autonomy and solidarity (Leclair 2007: p. 65-66). And finally, it would be greatly helped by relinquishing an overly narcissistic approach on public policy dialogue. This, by the way, was one of the ideas I developed ten years ago in the IRPP. Beyond the Impasse project with Roger Gibbins, advocating federal associates to place themselves in the shoes of the other partners (Laforest, 1998: p. 51-52).

Ever since Confederation, as I have begun to argue earlier in this essay, the dominant paradigm about Canadian federalism in

Québec has been about the identity of Québec and about its liberty within Canada, about its autonomy (from Canada) and recognition (by Canada and/or other partners within Canada). One of the most enlightening recent pieces about Canadian federalism has been coined by University of Ottawa political scientist François Rocher. He considers that in both Québec and English-speaking Canada, interpretive developments to this day remain heavily dependent, respectively, on the reports of two mid-twentieth century commissions of enquiry: the Tremblay Commission in Québec and the Rowell-Sirois Commission across Canada. I shall quote at length from Rocher's chapter:

"In Quebec the dominant understanding of federalism and federal institutions has its origins in the Tremblay Report, named for the chairman of the Quebec Government's Royal Commission on Constitutional Problems, published in 1956. Since then, while evidently being adapted for particular political conjunctures, the Quebec-Canada debate has taken place almost exclusively within the argumentative framework set out in that report. Similarly, the literature in English on Canadian federalism, as well as the practice of federalism by the general government, follows the argumentation advanced by the Rowell-Sirois Commission, informally so named for its co-chairmen, in the Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations, published in 1940.

To summarize my central argument in a few words: the dominant understanding of the English-language literature on Canadian federalism pays no heed to the notion of autonomy but emphasizes the notion of efficiency, while Québec francophone scholars and the practices of the Québec government have not adequately taken into account the notion of interdependence" (Rocher, 2009: p. 98).

A healthy practice of federalism requires a form of equilibrium, of balance, between the requirements of autonomy on one side and those of solidarity-interdependence on the other. Interestingly, this remark has been recently reasserted both in a polemical fashion by Jean Leclair, in a book quite critical of Québec sovereigntists and ultra-autonomists, and by François Rocher, in the first textbook about Canadian federalism published in a long while in Québec (Contem-

porary Canadian Federalism: Foundations, Traditions, Institutions, edited by Alain-G. Gagnon). Rocher's essential point is that ever since the Report of the Tremblay Commission, there has been no such equilibrium in the work of Québec francophone scholars, the vast majority of them privileging the securing and the enhancement of autonomy for Québec, while neglecting the matters of solidarity and interdependence. I shall not dwell here on the fact that the topic of Québec's autonomy was first and foremost in the work of the Tremblay Commission, considering that this subject has been competently dealt with elsewhere (Noël 2007 and Rocher 2009). I shall rather illustrate the preservation and strength of the same perspective in the current production of Québec francophone scholars, stemming from a variety of academic disciplines and working with a variety of methodological approaches.

In a work of synthesis published in 2008, summarizing three decades of teachings on Canadian federalism, my Laval colleague Réjean Pelletier squarely espouses the autonomist approach of the Tremblay Commission as depicted by Rocher. His book, entitled "Le Québec et le fédéralisme canadien: un regard critique", starts with the classical interpretation highlighting the centralizing aspects of the 1867 constitution, placing the provinces in general and Québec in particular in a subordinate position (Pelletier, 2008: p. 14). All constitutional and institutional developments coming in the aftermath of the founding moment are essentially examined from the perspective of their consequences for the preservation and promotion of Québec's autonomy (Pelletier, 2008: p. 54). Pelletier's book has high pedagogical value: the chapters on intergovernmental relations, bilingualism, Senate reform, the Council of the Federation and Harper's federalism of openness are solid and insightful. The chapter on asymmetrical federalism is an excellent example of the contemporary relevance of the Tremblay Commission's hegemonic autonomist paradigm. Supplementing with regards to institutional development the work done by Alain-G. Gagnon on the normative foundations of asymmetry (see Gagnon 2009), Pelletier laments the fact that Québec has never been adequately recognized as a minority nation or as a distinct society within Canada (Pelletier, 2008: p. 150). The book ends on a rather pessimistic note, with the observation that the demographical and economic centers of gravity of Canada are moving further and further away from Québec. As minorities get weaker, Pelletier observes, they shall get less and less attention.

The study of Canadian federalism in Québec is successfully attracting a new generation of scholars. This is nowhere more evident than in the field of constitutional law, with the recent contributions of figures such as Jean Leclair, Jean-François Gaudreault-Desbiens and Eugénie Brouillet. Co-author of the most important Frenchlanguage Canadian constitutional law textbook (Brun, Tremblay and Brouillet 2008), Eugénie Brouillet has also published mid-way through the last decade a key dimensions about the legal dimensions of Canadian federalism with regards to the autonomy and cultural identity of Québec (Brouillet 2005). Entitled "La négation de la nation: l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien", her book modified at least in part the traditional Québec interpretation –as shown in this essay by Pelletier and still very much present in the constitutional law textbook (p. 434) - focusing on the centralizing trends at work in the 1867 founding document. While not denying the institutional thrust of this analysis, Brouillet suggests that the nineteenth-century federal constitution had much to offer for those who sought to protect Québec's cultural identity. I cannot do justice here to the richness of the sections of her book on the founding debates, the analysis of the principles of the division of powers between the federal government and provinces, the ways in which Québec's autonomy and cultural identity where originally secured and later enhanced by constitutional jurisprudence for many decades after 1867. Nor can I consider her rigorous treatment of the jurisprudential evolution between the periods 1949-1982 and 1982-2005, characterized according to her by a steady dilution of the importance of the federative principle, in cases and matters pertaining to the cultural identity of Québec. What I find particularly striking is the fact that, in the same spirit as was found in the monograph by Pelletier, Canada and its federal traditions, laws and institutions are examined quite exhaustively, but solely, from the perspective of these two higher objectives or goods that are Québec's autonomy and distinctiveness. In a key development of her book, Brouillet approvingly quotes the Report of the Tremblay Commission in support of the idea that key matters dealing with culture and societal identity were left to provinces and thus to Ouébec in 1867. before synthesizing the argument about the centrality of the principle of autonomy of spheres of jurisdiction to understand the relationships between orders of government (Brouillet, 2005: p.154-156). In these pages, she thoroughly vindicates the point made by Rocher about the contemporary relevance of the paradigm clearly defined by the Report of the Tremblay Commission in francophone scholarship in Québec.

What Réjean Pelletier and Eugénie Brouillet represent and have accomplished respectively within the spheres of political science and constitutional law is brilliantly completed in the universe of political philosophy by my Université de Montréal colleague, Michel Seymour. In a remarkable synthesis published in 2008, entitled "De la tolérance à la reconnaissance: une théorie libérale des droits collectifs"", Seymour builds on the work of Charles Taylor, Will Kymlicka and John Rawls in an attempt to justify philosophically and legitimize politically the existence of collective self-governing rights for non-sovereign peoples (Seymour 2008). Kymlicka's approach remains insufficient for Seymour because it cannot go beyond moral individualism in its defence of minority rights within liberal theory. Seymour's argumentative strategy consists in extending to non-sovereign peoples the collective rights that the last Rawls is willing to grant to independent nation-states. All in all, Seymour has produced the most sophisticated philosophical argument of the decade in support of the defence and enlargement of the autonomy -self-government- of non-sovereign peoples in general, of Québec in particular. In 1999, at the height of a particularly acrimonious period in Canada-Québec political and intellectual debates, Seymour had published a book that clearly replicated the traditional Québec perspective on Canadian federalism; an existential approach towards Québec (its autonomy and its recognition) coupled with an instrumental/utilitarian stance towards Canada. In a key passage of his 1999 book, Seymour reflects about the meaning and consequences for Canada of the recognition of the existence of the Québec people. These consequences are summarized by him in a list of ten points:

- 1) Official recognition of the existence of the Québec people in the constitution;
- 2) Acceptation that the principle of provincial equality does not apply to Québec;
- 3) Acceptation of the general principle of asymmetry in the distribution of powers and spheres of jurisdiction;
- 4) Formally accepting the responsibilities of the Québec government in the promotion of the French language;

- 5) Acceptation that the Québec government is the only one in charge of culture, communications and the internet on the territory of Québec;
 - 6) Limiting the spending power of the federal government;
 - 7) Granting Québec a veto right on constitutional modifications;
- 8) Recognizing that Québec has special responsibilities with regards to its national economy;
- *9*) Giving Québec the right to participate in the nomination of three of the nine judges on the Supreme Court;
- 10) Acceptation that Québec should have an enhanced presence on the international stage. (Seymour, 1999: p. 95-96).

Recall François Rocher's point about the lack of equilibrium in Québec's francophone federalist scholarship between the goal and value of autonomy on one side, the goal and value of solidarity/interdependence on the other. It seems to me that the previous list and relevant passage from Seymour's 1999 book are perfectly illustrative of this break of equilibrium. For supposing that Canada would consider accepting the various points on Seymour's list, all connected to the enhancement of Québec's perennial objectives of enlarged autonomy and meaningful recognition, how would this transform the way Québec and its citizens understand Canada, what would be the specific consequences with regards to obtaining more authentic forms of solidarity and interdependence within the Canadian political community? Seymour remained silent about these matters in the bitter political context of 1999. His more recent work, "De la tolérance à la reconnaissance", deals mostly with strictly philosophical matters, only incidentally referring to Canada-Québec issues to reinforce the thrust of the argument. But guite unequivocally, it is a philosophical work devoted to issues of autonomy, recognition and self-government, rather than about cooperation and interdependence, as the following central passage clearly establishes. Note that the translation is mine.

"Peoples without state possess in my understanding a general, unilateral and primary right to internal self-determination, i.e. they have the right to develop themselves, economically, socia-

Ily, culturally within the larger state (N.B. État englobant in French), and the right to determine their political status within this larger state. A secession right should be admitted only as a right for reparation. If the larger state refuses the representation of the minority people within its institutions, if it quashes the rights and freedoms of the citizens of the minority people, if it annexes the territory of the minority people, the latter has the right to secede. More importantly, the minority people is endowed with a right to secede seen as a right for reparation if the larger state violates the principle of internal self-determination of the minority people" (Seymour, 2008: p. 624).

Whether the emphasis is placed on the approaches of political science, constitutional law or political philosophy, the same conclusion appears to be warranted: francophone Québec scholarship studies Canadian federalism with an existential and Québec-focused ultra-autonomist focus, adopting an instrumental/utilitarian stance towards Canada. This orientation carries with it a number of consequences which are lucidly discussed by Rocher:

"Following from the recognition of the need for the general government to respect provincial jurisdiction, the Quebec government during the Quiet Revolution demanded the recasting of Canada's Constitution in order to obtain powers that it judged to be indispensable to the affirmation of the Quebec identity in all spheres of activities –economic, social, political and cultural—... For the Quebec governments, the Quebec-Canada dynamic is illustrated through several concepts: attachment to the principle of autonomy, respect for and expansion of provincial jurisdictions, achieving a distinct status, and asymmetrical federalism... It is remarkable to note that this construction has taken place, both at the discursive level and concerning the Quebec-Canada state relations, on the basis of the non-participation of Quebec in the building of the Canadian political community.

From the point of view of political institutions and the normative project of federalism, the dominant approach in Quebec is problematic in many ways. First, the emphasis on notions of pluralism, autonomy and non-subordination is clearly disproportionate to the scant attention paid to the notion of interdependence. This imbalance was present in the work of the Tremblay Commission and has since

been consistently reproduced. The desire to construct a 'complete' Quebec society has privileged the expansion of the spheres of sovereignty of the Quebec state and sought disassociation from the Canadian political space. In this context, the necessity of a double loyalty within the federal state proves impossible to articulate" (Rocher, 2009: p. 106-109).

In all these affairs pertaining to trust, loyalty and equilibrium, it is of course wrong to put exclusive focus on one of the partners. Considering as I do in this essay the evolution of the meaning of Canadian federalism in Québec, I could encourage my readers to become blind to the fact that if indeed a certain dilution of the importance of the federative principle in the institutions and political culture of Canada, accompanied by a certain abandonment of what Rocher has called in his own word the ideal of federalism, have indeed occurred in the past couple of decades, it is of course not only the responsibility of Québec, its political leaders and its intellectuals. As I have shown in an antecedent section of this essay through a couple of guotes from Kymlicka and Choudhry, English-speaking Canadians and their political leaders and intellectuals also partake in this responsibility. Rocher himself, in his seminal analysis, recalls that the ideal of federalism has also been abandoned by English-speaking Canada, ever since the Rowell-Sirois Commission, and contemporary behavior by political elites and corresponding studies by the scholarly community have reproduced the abandonment of autonomy -with an exclusive emphasis put on the instrumental logic of performance and effectiveness-which had characterized the work of this Commission. Notwithstanding this remark, my subject matter remains the evolution of ideas about Canadian federalism in Québec. Reflecting on the work of the past decade, I would suggest that although Rocher remains correct, in his assertion about the hegemony of the interpretive paradigm associated with the Tremblay Commission, a number of emerging cracks have appeared in this model, lending credibility to the idea that a paradigm shift could occur in the foreseeable future. The work of André Pratte and of his colleagues does not just amount to an exceptional event in the guiet air of still interpretive times.

In 2005, one of Prime Minister's Trudeau's former speech-writers and advisers, and a philosopher in his own right, André Burelle, published a major book in which he offered a critical re-assessment of Trudeau's intellectual and political trajectories. Marching in the foot-

steps of Emmanuel Mounier and Jacques Maritain, Burelle recalled the four principles of a political philosophy of federalism steeped in the categories of "communitarian personalism", coined by Denis de Rougemont and others in the aftermath of the second World War at the dawn of the project towards the construction of a new Europe. These principles are summarized as follows:

- 1) In a liberal-democratic federal regime, the ethical anchor of just relations between citizens and federated communities should be the principle of equivalent treatment rather than identical (uniform, symmetrical) treatment, because whenever we treat in a uniform way beings and agents who are not identical, we negate their difference and we cease to pursue the federal goal of union without fusion.
- 2) Subsidiarity should be entrenched as a founding principle to establish the sharing of jurisdictions between federal governmental partners. In order to maintain the exercise of power as close as possible from human beings and communities of proximity, matters should be allocated or transferred to the central authorities only when they cannot be dealt with appropriately (in a just and efficient way) at the local level.
- 3) Non-subordination should be entrenched as a founding principle with regards to the sharing of sovereignty. The establishment of peaceful and creative cohabitation between federal partners requires that none of the orders of government should be subordinated in law or in practice to the other in the exercise of their respective constitutional powers.
- 4) Co-decision should be established as the founding principle for the management of interdependence between partners in the federation. In order to respect the previous principle (i.e. non-subordination), federal partners should decide jointly the nature and scope of the constraints that each is prepared to accept in the exercise of one's sovereign powers to solve the problems that they also share jointly when their respective jurisdictions meet one another (Burelle, 2005: p. 44).

Interestingly, Burelle shares many of the critical judgments concerning the evolution of the Canadian federation that can be found in many contemporary studies faithful to the traditional Québec au-

tonomist interpretive canon, such as Pelletier, Brouillet and Seymour. Like most analysts, Burelle believes that there was greater respect for his principles in 1867 than when Canada was constitutionally re-founded in 1982. However, he is much more vocal and lucid than anybody else about the need of a new equilibrium between the requirements of autonomy on one side and those of solidarity-interdependence on the other. Throughout the last decade, without concrete results much to his chagrin, Burelle has advocated that Québec governments should open talks addressing this idea of a new equilibrium, demanding the constitutional recognition of Québec's right to national difference (a difference that comes with legal and political consequences beyond the realm of symbols) but also prepared, at the same time, to accept the aforementioned principle of co-decision in the management of economic and social interdependence (Burelle, 2005: p. 467).

In many ways, André Burelle remains an idealist, about federalism as a doctrine, and also in his understanding of Canada's 1867 federal constitution. Thus, I find it useful to read his prose alongside that of Christian Dufour, who has been intelligently studying the histories and collective identities of Canada and Québec for twenty years. While Rocher and Burelle talk about an equilibrium between autonomy and solidarity/interdependence, Dufour, without relinquishing the need of such balance, prefers to talk about the twin projects of sharing and separation (Dufour, 2000; p. 105), Federal partners indeed need to share, no doubt about this, but they also need to have separate rooms in their joint political home, they require enough space to conduct their own affairs. Because the language of separation is stronger than the vocabulary associated with autonomy, Dufour remains suspicious about Burelle's principle of subsidiarity, considering that it may yield too much to the target of greater efficiency. Dufour, however, becomes a nice companion to Burelle's reflections when he notes that Québec's lack of participation in the Canadian state over the last 25 years has contributed to the weakening of the federal principle across the country, when he recognizes as well that Québec's approach to the Canadian federal project is partly out-dated (Dufour, 2000: p. 106-108). Dufour also brings a welcome touch of historical realism to the whole discussion when he recalls the entertwinement of the Canadian and Ouébécois collective national identities, and the key role of Quebeckers in the founding and development of both of these identities. The contemporary Canadian national identity has been created and transformed ever since the eighteenth century through historical events that took place largely, if not exclusively, on the territory of Québec. Particularly following the Quiet Revolution a Ouébec national identity came to dissociate itself in a substantial extent from the Canadian national identity, but the latter has kept much greater relevance in the hearts and minds of Quebeckers than many, in the sovereigntist intelligentsia, have been willing to recognize. In the words of Dufour, most contemporary Quebeckers are also the deepest-rooted Canadians, and this explains why it has remained extremely difficult to make them renounce their Canadian allegiance. If this is the source of a profound misunderstanding in Québec, the equivalent elsewhere in Canada takes the shape of an immense difficulty, in the light of Ouébec's role in the transforming of Canada, to embrace its right to difference and the idea that this should have meaningful political and legal consequences. Both Dufour and Burelle were advocates and admirers of the ill-fated Meech Lake Accord. They believe that this accord was the best attempt to modernize the Canadian federal project in agreement with the principled ideals of federalism and the realist surroundings of our historical trajectories. Taken together, Burelle and Dufour provide a nice starting-point for those who would attempt, at the dawn of a new decade, to modernize the paradigm of the Tremblay Commission.

It would be impossible to revisit the developments of the last decade without attempting to assess the ideas and the contributions of the current Québec government, formed by the Liberal Party and led by Jean Charest. First elected in 2003, reduced to minority status in 2007 but having climbed back to an albeit modest but real majority position in December 2008, the Charest government inherited the traditional autonomist position and demands of Québec in the Canadian federal dialogue. Benoît Pelletier, the constitutional law scholar who was Minister of Intergovernmental Affairs between 2003 and 2008 claims that the Charest government has attempted to respect the federalist tradition of the Québec Liberal Party through respecting three principles:

"Affirmation –because Quebec has every reason to be proud of its identity and to want to reinforce it and have it resonate both in Canada and around the world.

Autonomy –because being a federalist means believing in autonomy. Indeed, federalism postulates that the provinces' auto-

36

nomy is just as important as that of the federal order of government. Quebec is an autonomous entity within the Canadian federation. The Government of Quebec is committed to defending this autonomy, and even extending it, in part through nonconstitutional means, such as the signing of administrative agreements. The current Quebec government defines the term 'autonomy' from a resolutely federalist perspective.

Leadership – because Quebec must resume the leadership position that it held historically within Canada, both in its relations with other provinces – namely interprovincialism – and in its dealings with Ottawa" (Benoît Pelletier, 2009: p. 471).

According to François Rocher, while embracing normatively the ideals of federalism and maintaining steadfastly that Québec should remain a dynamic partner in the Canadian federation, Mr. Charest and his government have been nothing short of implacable in their assessment of the current state of the federal political system (Rocher, 2009: p. 107). Premier Charest delivered this message in a subtle way in a speech he gave at Charlottetown in November 2004, inviting Canadians and their leaders to renew with the spirit of federalism and to take their distances from centralizing temptations. Entitled "Rediscovering the federal spirit", this conference gave Premier Charest the opportunity to identify five principles which should inhabit the spirit of federalism in Canada: the respect of the choices, the jurisdictions and the intelligence of each partner; flexibility, i.e. adaptability, respect of differences and asymmetry; the rule of law but also the capacity to change rules if they do not correspond anymore to the will of the partners; political as well as fiscal equilibrium, for 'there can be no long-term equilibrium if one member finds itself in a situation which transforms detrimentally the nature of the relationship between levels of government'; and finally the principle of cooperation, becoming ever more inevitable due to the requirements of interdependence characterizing contemporary politics. Whereas Premier Charest's key speech in Charlottetown mostly focused on aspects of political culture, insisting firmly but respectfully that the central government is not the sole guardian of the common good in a federal regime, most of former Minister Pelletier's addresses between 2003 and 2008 have been devoted to the structural characteristics of our federal regime. The crucial piece from this perspective is one pronounced on a few occasions by him in the spring of 2004,

while travelling in Western Canadian cities. He suggested that a federal regime should respect four requirements:

- 1) the establishment of an equilibrium in the sharing and interpretation of legislative powers between the two levels of government;
- 2) the ability of participants to obtain sufficient fiscal resources in order to assume their responsibilities fully and adequately;
- *3*) the capacity of provinces to express their views in common central institutions;
- 4) the setting up of efficient mechanisms to facilitate intergovernmental cooperation in fields where coordination is required.

Benoît Pelletier arrived at the conclusion that the Canadian system of government does not measure up with any of these structural requirements. But rather than lamenting the existence of a federative deficit – as I did for instance with my co-authors in a different chapter from the same book-, he chose to call for the urgent revitalizing of Canadian federalism. Almost a decade after their first electoral victory, how can we assess the performance of Jean Charest's Liberals in the revitalization of Canadian federalism? The results are far from insignificant: the creation in 2003 of a new body aimed at streamlining horizontal interprovincial intergovernmental relations, the Council of the Federation, a major agreement towards the financing of the health system with the central government in 2004, formally recognizing the principle of asymmetrical federalism in a parallel deal with Québec in 2004, a Canada-Québec agreement paving the way towards the participation of Québec in the forums of UNESCO in 2006, the motion adopted by the Canadian Parliament in 2006 as well recognizing that the Québécois form a nation within a united Canada, and the partial overhauling of fiscal relations between the central government and its partners in 2007. I have discussed some of these results in a previous section of this essay while commenting on Prime Minister Harper's federalism of openness. Experts have analysed in depth most aspects of this performance (see Réjean Pelletier 2008, Laforest and Montigny 2009). Beyond these segmented evaluations, it is worth noting that the Charest government has adapted its federalist rhetoric in the past couple of years. In a major speech delivered in Toronto during the October 2008 federal election campaign, entitled "Rein-

venting Canada: the Challenges of our Country for the 21st century", former Minister Pelletier clearly modified the structure of Québec's traditional federalist discourse. Habitually, this discourse is "existential" about Québec, emphasizing the twin mottos of autonomy and recognition, while simultaneously adopting an instrumental/utilitarian stance towards in Canada. In his Toronto speech, Pelletier started with a reference to Canada as a country that "we build and share all together" (Benoît Pelletier, 2008: p.2). Obviously, he did not neglect the objectives of autonomy and recognition, but he started by talking about the management of interdependence and cooperation. With regards to the national identities of Canada and Québec, Pelletier insisted that they did not need to conflict with one another, that they could enrich each other, inasmuch as the "affirmation of Québec's distinct national character could be conciliated with the pursuit of a Canadian common project" (Benoît Pelletier, 2008: p. 5). In the year that has elapsed since this speech, this recalibrated federalist discourse has not been followed or consolidated by any major new development. Intergovernmental relations between Canada and Québec appear to be dominated by problem-solving and the search towards administrative arrangements. It remains to be seen whether or not the governments of Stephen Harper in Ottawa and Jean Charest in Québec will be capable of proposing and structuring new orientations, towards a new equilibrium between autonomy and solidarity/interdependence.

About a decade ago, Alain-G. Gagnon and James Tully published a major collection on multinational democracies (Gagnon and Tully 2001). At the crossroads between comparative political science and political philosophy, this research endeavor studying political and constitutional developments mostly in advanced democracies such as Belgium, Canada, Spain and the United Kingdom has produced significant academic outputs under the leadership of Gagnon running major inter-university collaborative efforts out of Montréal (Groupe de Recherches sur les Sociétés Plurinationales et Centre de Recherche Interdisciplinaire sur la Diversité au Québec). In the deliberative public spheres of complex democracies, the flagship of multinational federalism is often carried with greater enthusiasm by the academic leaders of minority nations, witness the cases of Gagnon in Ouébec-Canada debates and Ferran Requejo in Catalunya-Spain debates (Gagnon 2007, Gagnon and Iacovino 2008, Requejo 2005). Logically, it would be only normal to expect these academic leaders to reproduce in debates surrounding multinational federalism the hegemonic categories of the internal debates in their respective national communities. Keeping in mind what François Rocher had to say about Québec's interpretive federalist traditions, let us consider the following excerpts from a recent book by Gagnon and lacovino:

"As this overview of Canadian constitutionalism will show, Quebec's position with regards to its place in Canada has survived generational shifts, international political transformations, and mostly, domestic social currents both in the larger Canadian context and in Quebec, demonstrating remarkable consistency with regards to its existential standing. From both a socio-historical and historical-institutional perspectives, Quebec's place in Canada has rarely shifted, and when it has, it has been a matter of degree as opposed to a wholesale reconceptualization" (Gagnon and Jacovino, 2008: p. 22).

"It is time for both parties to take the high road... Canada must understand that Quebec's affirmation is not inimical to the preservation of the country. It is not a zero-sum game. The extent of association, however, must be negotiated before the level of mutual confidence and trust that bind the political communities together are severed beyond repair. This is a key step, since the will to live together may not be sufficient once that symbolic threshold is crossed. The high road is a two-way street. Quebec must make additional efforts to assure that its minorities are represented in the process of formally constituting itself. Its relationship to the rest of the country ought to be deliberated in a more legitimate procedure than a mere referendum question would imply. And its solid record in respecting liberal democracy ought to remain unblemished. The formal constitution process puts all of this on the table. With regards to Canada, whatever negotiating partner emerges, whatever procedure is adopted, one clear principle must take precedence: it must internalize the notion that it is not ratifying and subsequently negotiating a new deal as a majority. It must begin to see itself as a partner, in the spirit of dualism to which Quebec has always adhered. They may not ratify the document, or reject the process altogether, but in the scenario outlined here, this would only hasten the rupture" (Gagnon and Jacovino, 2008: p. 174-175).

40

I believe that the tensions and contradictions that can be perceived in these passages reinforce the idea that the ground is slowly but effectively moving in Québec, that the current decade could indeed witness an important paradigm shift. The first passage is all about continuity, pretty much in the spirit of the Tremblay Commission and of its legacy critically analyzed by Rocher. The second passage does not totally depart from this view -consider for instance that the Canadian partner is deemed required to accept the dominant Québec view of dualism – but it also insists that all players in this democratic deliberation should take the high road, that the whole matter is a two-way street –thus insisting on the key notion of reciprocity–, with everything on the table -thus calling all partners to display imagination and courage. These latter elements were more consistently present in the introduction and conclusion of the book that Alain-G. Gagnon published under the auspices of the Institut d'Estudis Autonomics in 2007, for which he obtained the first Josep Maria Vilaseca i Marcet prize (Gagnon, 2007: p. 15 and 179). Our political and intellectual communities will be hard-pressed to display that kind of imaginative boldness in the 2010s.

Conclusion

I have argued in this essay that the interpretation of the meaning of Canadian federalism in Québec is at a crossroads in 2009-2010. While the traditional, strictly autonomist paradigm of the Tremblay Commission is still dominant in the key disciplines of political science, constitutional law and political philosophy, rich internal debates within these disciplines give indications that a major paradigm shift could be looming (Graefe 2009). Quite naturally, as often happens in the human and social sciences, not everything will change simultaneously. In both francophone Québec and English-speaking Canada, the dominant interpretive traditions are deeply-rooted and will not be easily displaced. If it was possible to muster sufficient space and intellectual resources, it would be interesting to see if François Rocher's argument about federalist traditions in Canada can be applied as well to the political and intellectual lives other multinational societies such as Belgium, Spain and the United Kingdom. My hunch is that it does, allowing us to see that in the dialogue between minority and majority national political communities, most authors (scholars, intellectuals, politicians) have formulated their interpretation of their shared tradi-

tion of federalism or partnership, broadly speaking, with an instrumental –thin- perspective if they are part of the majority and with an ontological identity-defining, thick perspective if they are part of the minority. This explains some of the major misunderstandings between interpretive communities. Focusing mostly on the Québec francophone interpretive community. I have examined here, following the pathbreaking work of Rocher, some of the intellectual shortcomings of this tradition. Of course, as Gagnon and Jacovino have adequately insisted, this whole affair is a two-way street and the English-speaking interpretive tradition is not devoid of its own shortcomings. Moreover, as Alain Noël has argued in his own assessment of current scholarly debates about multinational federalism in Canada, these debates are always complex affairs, combining normative considerations and power politics between governments, between majorities and minorities. They always are, simultaneously, associating the power of arguments with the arguments of power (Noël, 2006: p. 422). Considering all the constraints that limited their capacity for action and innovation, Noël suggests that nineteenth-century politicians from Canada and Québec did a reasonable job in their own deliberations, one that could possibly inspire us in our own times:

"For all its democratic limitations, the constitutional politics of the late nineteenth century followed a path that was neither 'analgesic' nor 'agonistic'. Anchored in the immediate preoccupations of politicians and informed by the need to find workable accommodations, the process nevertheless displayed a tension between the principled search for uniformity typical of modern constitutions and the equally principled demands for recognition and for the preservation of diversity that were anchored in the country's ancient constitution. This tension pitted the idea of a new nation against the protection of established ways of life, and confronted the elites of the new state with the complex requirements of popular consent in a multinational federation... Like all deliberative processes of significance, the Canadian constitutional debate never was a nice and polite conversation, carried by well-meaning participants who had previously checked their interests and their advantages at the door. It often involved tough bargaining or verged on plain domination, was always less than perfectly democratic, and incorporated many restrictions and constraints that disadvantaged some or many constituents. This debate, however, was also anchored in principles

42

about democracy, continuity and consent, and it contributed to the establishment of important rights and relatively satisfying institutions and practices. This deliberative process was, in other words, a real political process. And it mattered very much (Noël, 2006: p. 438).

This deliberative process is still going on and it still matters very much for us in 2010, with all kinds of new constraints in a transformed Canada, a transformed Québec, and a globalized world. Be they majorities or minorities, national communities are always structured around an equilibrium between the pull of the past, of heritage and memory, and the pull of their projected futures. Will these futures be characterized by the mechanical repetition of the dialectic of conquest and reconquest, premised on the idea of domination, or a by a more edifying politics of concord and reconciliation? We can never be completely certain about these matters in human affairs. However, I am pretty convinced that if the politics of concord and reconciliation are to prevail in Canada-Québec debates, it will require the political leaders of these societies and the scholars of the two major academic communities to agree, respecting Burelle's principle of co-decision, about the appropriate disentangling between utilitarian issues that can be governed by the categories of thin, instrumental rationality, and existential matters that will demand the ability to speak the thick language of authentic allegiance for their shared and intertwined collective national identities. It will not be a simple process. As Noël reminded us, it was far from being simple as well at the time of our federal founding in 1867.

Bibliography

AJZENSTAT, Janet, Paul ROMNEY, Ian GENTLES and William D. GAIRDNER. Canada's Founding Debates. Toronto: Stoddart, 1999.

AJZENSTAT, Janet, Paul ROMNEY, Ian GENTLES et William D. GAIRDNER. Débats sur la fondation du Canada. Édition française préparée par Stéphane Kelly et Guy Laforest, Québec: Presses de l'Université Laval, 2004. The additional chapter written by Stéphane Kelly and Guy Laforest, "Aux sources d'une tradition politique", p. 527-546 in this book, provides a broad overview of the evolution of interpretive perspectives about Canadian federalism in Québec from the times of Confederation to the late twentieth century.

BANTING, Keith, Roger GIBBINS, Peter M. LESLIE, Alain NOËL, Richard SIMEON and Robert YOUNG. *Open Federalism: Interpretations, Significance*. Kingston: Institute of Intergovernmental Relations, 2006.

Beauchemin, Jacques. L'histoire en trop: la mauvaise conscience des souverainistes québécois. Montréal: VLB éditeur, 2002.

BÉDARD, Éric. Les réformistes: une génération canadienne-française au milieu du XIXe siècle. Montréal:Boréal, 2009.

BELLAVANCE, Marcel. Le Québec et la Confédération, un choix libre? Le clergé et la constitution de 1867. Québec : Septentrion, 1992.

BICKERTON, James and Alain-G. GAGNON (ed.). *Canadian Politics*: 5th edition. Peterborough: Broadview Press, 2009.

BLACK, Edwin R. *Divided Loyalties: Canadian Concepts of Federalism*. Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1975.

BLATTBERG, Charles. *Shall We Dance? A Patriotic Politics for Canada*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2003.

BOILY, Frédéric (ed.). Stephen Harper: de l'école de Calgary au parti conservateur. Québec: Presses de l'Université Laval, 2007.

BROOKS, Stephen. Canadian Democracy: An Introduction. 6th edition, Toronto: Oxford University Press, 2009.

BROUILLET, Eugénie. "The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada". *Supreme Court Law Review*, XXXIV (S.C.L.R.), 2nd, 2006, p. 307-333.

BROUILLET, Eugénie, "La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada"", Les Cahiers de Droit, XLV(1), March 2004, pp. 7-67

BROUILLET, Eugénie, La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien, Québec: Septentrion, 2005 (with a preface from Guy Laforest).

BRUN, Henri, Guy TREMBLAY and Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5th Edition, Cowansville: Les Editions Yvon Blais, 2008

BURELLE, André, *Pierre-Elliott Trudeau: l'intellectuel et le politique*, Montréal: Fides, 2005.

BURELLE, André, Le droit à la différence à l'heure de la globalisation: le cas du Québec et du Canada, Montréal: Fides, 1996.

44

BURELLE, André, Le mal canadien, Montréal: Fides, 1994.

CARENS, Joseph, Culture, Citizenship and Community. Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness, Oxford: Oxford University Press, 2000.

CARON, Jean-François and Guy LAFOREST. "Canada and Multinational Federalism: From the Spirit of 1982 to Stephen Harper's Open Federalism". *Nationalism and Ethnic Politics*, XV(1), 2009, pp. 27-55.

CARON, Jean-François. "L'héritage républicain du fédéralisme: une théorie de l'identité nationale dans les fédérations multinationales". *Politique et Sociétés*, XXV (2-3) 2006, pp. 121-146.

CHAREST, Jean. "Pour redécouvrir l'esprit fédéral". La Presse, November 9, 2004, p. A-19.

CHEVRIER, Marc. Le Québec, une Écosse française? Asymétries et rôle des juristes dans les unions anglo-écossaise (1707) et canadienne (1867), in Linda Cardinal (ed.). Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales. Ottawa: Éditions prise de parole, 2008, pp. 51-97.

CHEVRIER, Marc. "Le provincialisme ou l'indolence politique". *Liberté*, XL(6), 240, December 1998, pp. 4-23.

CHEVRIER, Marc. "De l'Extrême Byzance". *Argument: Politique, société, histoire*, VII(1), Fall-Winter 2004-2005, pp. 15-38.

CHEVRIER, Marc. "La république du Québec et sa constitution". *Argument*, X(1), Fall-Winter 2007-2008, pp. 127-161.

COMEAU, Robert and Lucille BEAUDRY (ed.). *André Laurendeau : un intellectuel d'ici*. Québec: Presses de l'Université du Québec, 1990 (see chapters by Léon Dion and Claude Ryan).

COOK, Ramsay. Watching Quebec: Selected Essays. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2005.

DIECKHOFF, Alain (ed.). La constellation des appartenances: Nationalisme, libéralisme et pluralisme. Paris : Presses de Sciences Po, 2004.

DION, Stéphane. *Straight Talk: Speeches and Writings on Canadian Unity*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1999.

DUBUC, Alain. À mes amis souverainistes. Montréal : Les Editions Voix parallèles, 2008.

DUFOUR, Christian. Le défi français: regards croisés sur la France et le Québec. Québec: Septentrion, 2006.

DUFOUR, Christian. Lettre aux souverainistes québécois et aux fédéralistes canadiens restés fidèles au Québec. Montréal: Stanké, 2000.

GAGNON, Alain-G. Au-delà de la nation unificatrice: plaidoyer pour le fédéralisme multinational. Montréal: Boréal, 2007.

GAGNON, Alain-G., Montserrat Guibernau, and François Rocher (ed.). *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*. Montréal: IRPP, 2003.

GAGNON, Alain-G. and James Tully (ed.). *Multinational Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. See Tully's Introduction and Gagnon's chapter on asymmetrical federalism.

GAGNON, Alain-G (ed.). *Contemporary Canadian Federalism: Foundations, Traditions, Institutions*. Toronto: University of Toronto Press, 2009. This book provides a nice summary of scholarship in the last decade and of the main points of my presentation.

Concerning plural identities, see the chapter by Dimitrios Karmis, "The Multiple Voices of the Federal Tradition and the Turmoil of Canadian Federalism", pp. 53-76; about the need to go back to 1867, see the chapter by Marc Chevrier, "The Idea of Federalism among the Founding Fathers of the United States and Canada", pp. 11-51; Alain-G. Gagnon is also going back to 1867 in his chapter, "Taking Stock of Asymmetrical Federalism in an Era of Exacerbated Globalization", pp. 255-272; the matter of balance or equilibrium is discussed in the chapter by Alain Noël, "Balance and Imbalance in the Division of Financial Resources", pp. 273-302; it is also discussed in the chapter by J.F. Caron, G. Laforest and C. Vallières-Roland, "Canada's Federative Deficit", pp. 132-162; the issue of trust and loyalty is discussed in the chapter by François Rocher, "The Quebec-Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism", pp. 81-131.

GAGNON, Alain-G. Federalism, Citizenship and Quebec: Debating Multinationalism. Toronto: University of Toronto Press, 2007.

GAGNON, Alain-G. (ed.). *Québec: Etat et société*. Montréal: Québec/Amérique, 2003. Pay particular attention to the chapter by Gagnon himself, "Le duel constitutionnel Québec-Canada", pp. 151-174, and to the chapter by Dimitrios Karmis, "Pluralisme et identité(s) nationale(s) dans le Québec contemporain: clarifications conceptuelles, typologie et analyse du discours", pp. 85-116.

GAGNON, Alain-G. and James Tully (ed.). *Multinational Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

GAGNON, Alain-G. and Guy Laforest. "The Future of Federalism: Lessons from Canada and Québec". *International Journal*, XLII(3), 1993, pp. 470-491.

GAUDREAULT-DESBIENS, Jean-François, et Fabien GÉLINAS (dir.). Le fédéra-lisme dans tous ses états: gouvernance, identité et méthodologie. Montréal et Bruxelles: Editions Yvon Blais et Editions Bruylant, 2005. Pay particular attention to the following chapters: Leclair, Jean "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity", pp. 383-414; Macdonald, Roderick A., "Kaleidoscopic Federalism", pp. 261-284; Weinstock, Daniel Marc, "The Moral Psychology of Federalism", pp. 209-226.

GIBBINS, Roger. "Constitutional Politics", in James Bickerton and Alain-G. Gagnon, *Canadian Politics*. 5th edition. Peterborough: Broadview Press, 2009, pp. 97-114.

GRAEFE, Peter. "Renouveau d'intérêt pour l'étude du fédéralisme au Québec et chantiers à ouvrir". *Recherches sociographiques*, L(3), pp. 604-613.

GRIFFITHS, Rudyard, (ed.). *Great Questions of Canada*. Revised Edition. Toronto: Key Porter Books, 2007.

GUIBERNAU, Montserrat. *Nations Without States: Political Communities in a Global Age*. London: Polity Press, 1999.

HÉBERT, Chantal. French Kiss: Stephen Harper's Blind Date with Quebec. Toronto, A. Knopf, 2007.

JACKSON, Robert J. and Doreen Jackson. *Politics in Canada: Culture, Behavior, Institutions and Public Policy* 6th edition. Toronto: Pearson Prentice Hall, 2006.

JACQUES, Daniel. La fatigue politique du Québec français. Montréal: Boréal, 2007.

KARMIS, Dimitrios, and Wayne Norman. *Theories of Federalism: A Reader*. London: Palgrave Macmillan, 2005 (see chapters by Ronald Watts, "Comparing Forms of Federal Partnership", pp. 233-252; Pierre-Elliott Trudeau, "Nationalism and Federalism", pp. 221-226; and by Will Kymlicka, "Federalism, Nationalism and Multiculturalism", pp. 269-292.

KARMIS, Dimitrios and Jocelyn MACLURE. "Two Escape Routes from the Paradigm of Monistic Authenticity: Post-Imperialist and Federal Perspectives on Plural and Complex Identities". *Ethnic and Racial Studies*, XXIV(3), 2001, pp. 360-385.

KEATING, Michael. *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

KELLY, Stéphane. Les fins du Canada, selon Macdonald, Laurier, Mackenzie King et Trudeau. Montréal: Boréal, 2001.

KELLY, Stéphane (ed.). Les idées mènent le Québec. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003.

KYMLICKA, Will. Finding our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada. Toronto: Oxford University Press, 1998.

KYMLICKA, Will. *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*. Toronto: Oxford University Press, 2007.

KYMLICKA, Will. "Multinational Federalism in Canada: Rethinking the Partnership", in Roger Gibbins and Guy Laforest (ed.). *Beyond the Impasse: Toward Reconciliation*. Montréal: IRPP, 1998, pp. 15-50.

KYMLICKA, Will and Jean-Pierre Raviot. "Vie commune: aspects internationaux des fédéralismes". Études internationales, XXVIII(4), 1997, pp. 776-834.

LAFOREST, Guy. "The Internal Exile of Quebecers in the Canada of the Charter", in James B. Kelly and Christopher P. Manfredi(ed.). Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Vancouver: UBC Press, 2009, pp. 251-262.

LAFOREST, Guy and Alain-G. GAGNON. "Comprendre la vie politique au Canada et au Québec", in Réjean Pelletier and Manon Tremblay (ed.). *Le parlementarisme canadien*, fourth edition. Québec: Presses de l'Université Laval, 2009, pp. 9-39.

LAFOREST, Guy. "Afterword: Lord Durham, French Canada and Quebec: Remembering the Past, Debating the Future", in Janet Ajzenstat (ed.). Lord Durham's Report, New Edition, Text Abridged by Gerald M. Craig with introductions by Janet Ajzenstat and Gerald M. Craig. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, pp. 177-203. The last part of this chapter critically discusses contemporary historiographical debates (Beauchemin, Bouchard, Létourneau, Maclure) on Québec's identity.

LAFOREST, Guy, "The Historical and Legal Origins of Asymmetrical Federalism in Canada's Founding Debates: A Brief Interpretive Note", in Queen's University's Institute of Intergovernmental Relations' Web Series on Asymmetrical Federalism, 2005.

LAFOREST, Guy, et Eric MONTIGNY. "Le fédéralisme exécutif: problèmes et actualité"", in Réjean Pelletier and Manon Tremblay (ed.). *Le parlementa-risme canadien*, fourth edition, Québec: Presses de l'Université Laval, 2009, pp. 129-162.

LAFOREST, Guy. "Articuler une pensée fédéraliste authentique au Québec". Recherches sociographiques, XLVII(2), 2006, pp. 345-353.

LAFOREST, Guy. Pour la liberté d'une société distincte. Québec: Presses de l'Université Laval, 2004.

LAFOREST, Guy. "Standing in the Shoes of Other Partners in the Canadian Union", in Roger Gibbins and Guy LAFOREST (ed.). *Beyond the Impasse: Toward Reconciliation*. Montréal: IRPP, 1998, pp. 51-79.

LAFOREST, Guy. *Trudeau and the End of a Canadian Dream*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1995.

LAMONDE, Yvan. Allégeances et dépendances: L'histoire d'une ambivalence identitaire. Québec: Editions Nota Bene, 2001.

LAMONTAGNE, Maurice. Le fédéralisme canadien: Évolution et problèmes. Québec: Presses de l'Université Laval, 1954.

LANGLOIS, Simon. "Refondation de la nation au Québec", in Roch Côté and-Michel Venne (ed.). *L'Annuaire du Québec 2003*. Montréal: Fides, 2002, pp. 5-26. Includes an excellent bibliography on Quebec nationalism.

LASELVA, Samuel. *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements and Tragedies of Nationhood*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1995.

LAURENDEAU, André. *Journal tenu pendant la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*. Montréal: VLB éditeur, 1990 (see pp. 74-75 for a development on Canadian patriotism and Quebec).

LÉTOURNEAU, Jocelyn. *Que veulent vraiment les Québécois*. Montréal: Boréal, 2006.

LÉTOURNEAU, Jocelyn. A History for the Future: Rewriting Memory and Identity in Quebec. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2004.

LEVY, Jacob. "Federalism, Liberalism and the Separation of Loyalties". *American Political Science Review*, CI(1II), 2007, pp. 459-477.

MACIVOR, Heather. *Parameters of Power: Canada's Political Institutions*, 4th edition. Toronto: Nelson Canada, 2006.

MACLURE, Jocelyn. *Quebec Identity: the Challenge of Pluralism*. Montréal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003.

MCROBERTS, Kenneth. "Canada and the Multinational State". Canadian Journal of Political Science, XXXIV(4), 2001, pp. 683-713.

MCROBERTS, Kenneth. *Misconceiving Canada: The Struggle for National Unity*. Toronto: Oxford University Press, 1997.

MEEKISON, J. Peter, Hamish TELFORD and Harvey LAZAR (ed.). *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Canada: the State of the Federation 2002. Kingston: Queen's University's Institute for Intergovernmental Relations, 2002.

MILLARD, David. Secession and Self: Quebec in Canadian Thought. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2008.

MONTPETIT, Eric. Le fédéralisme d'ouverture: la recherche d'une légitimité canadienne au Québec. Québec: Septentrion, 2007.

MOORE, Christopher. 1867: How the Fathers Made a Deal. Toronto: McClelland & Stewart, 1997.

MURPHY, Michael. *Quebec and Canada in the New Century: New Dynamics, New Opportunities*. Canada: The State of The Federation 2005. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press and Institute of Intergovernmental Relations, 2007.

NOËL, Alain. "L'héritage de la Commission Tremblay: penser l'autonomie dans un cadre fédéral rigide". *Bulletin d'histoire politique*, XVI(1), 2007, pp. 105-122.

NOËL, Alain. "Democratic Deliberation in a Multinational Federation". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, IX(3), 2006, pp. 419-44. Contains an extremely relevant and exhaustive bibliography.

NORMAN, Wayne. *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism and Secession in the Multinational State*. Oxford: Oxford University Press, 2006. See pages 153-159 for a critical presentation of seven conditions of recognition in a multinational state.

PAQUIN, Stéphane (ed.). Les relations internationales du Québec (1965-2005): le prolongement externe des compétences internes. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006.

PAQUIN, Stéphane. La revanche des petites nations: le Québec, l'Écosse et la Catalogne face à la mondialisation. Montréal: VLB éditeur, 2001.

PAQUIN, Stéphane. L'invention d'un mythe : le pacte entre deux peuples fondateurs. Montréal: VLB éditeur, 1999.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. London: Macmillan, 2000. See pages 185-191, for a critical analysis of the relationships between the Canadian State and Québec.

PELLETIER, Benoît. "Appendix: The Future of Québec within the Canadian Federation", in Alain-G. Gagnon (ed.). Contemporary Canadian Federalism:

50

Foundations, Traditions, Institutions. Toronto: University of Toronto Press, 2009, pp. 469-481.

PELLETIER, Benoît. "Un bilan du fédéralisme à nuancer"". Recherches sociographiques, L(3), 2009, pp. 593-599.

PELLETIER, Benoît. "Réinventer le Canada: les défis de notre pays au XXIe siècle", speech delivered to the Canadian Club. Toronto, October 3, 2008. Online consultation, December 31, 2009 at following address:

http://www.saic.gouv.qc.ca/centre_de_presse/discours/2008/pdf/saic_dis20081003.pdf

PELLETIER, Benoît. "L'État de notre fédération: la perspective du Québec". Conference presented to the Canada West Foundation, Calgary, March 2004. Online consultation, December 23, 2009, at following address: http://www.saic.gouv.gc.ca/centre de presse/discours/2004/saic dis20040324.htm

PELLETIER, Réjean. *Le Québec et le fédéralisme canadien: un regard critique*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2008.

PRATTE, André (ed.). Reconquérir le Canada: un nouveau projet pour la nation québécoise. Montréal: Les Editions Voix Parallèles, 2007.

PRATTE, André. Aux pays des merveilles: essai sur les mythes politiques québécois. Montréal: VLB éditeur, 2006.

REQUEJO, Ferran. Multinational Federalism and Value Pluralism: The Spanish Case. London and New-York: Routledge, 2005.

RESNICK, Philip. *The European Roots of Canadian Identity*. Peterborough: Broadview Press, 2005.

RESNICK, Philip. "Toward a Multinational Federalism: Asymmetrical and Confederal Alternatives", in F. Leslie Seidle, *Seeking a New Canadian Partnership: Asymmetrical and Confederal Options*. Montréal: IRPP, 1994, pp. 71-104.

RUSSELL, Peter, François ROCHER, Debra THOMPSON and Linda A. WHITE (ed.). *Essential Readings in Canadian Government and Politics*. Toronto: Edmond Montgomery, 2009.

SEYMOUR, Michel. De la tolérance à la reconnaissance. Montréal: Boréal, 2008.

SEYMOUR, Michel, (ed.). *The Fate of the Nation-State*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2004. See two chapters, one by Seymour, "Collective Rights in Multi-Nation States: From Ethical Individualism to the Law of Peoples", pp. 105-129, and one by Daniel Weinstock, "Four Types of Post-Nation Building", pp. 51-68.

SEYMOUR, Michel. Le pari de la démesure: l'intransigeance canadienne face au Québec. Montréal: L'Hexagone, 2001.

SILVER, Arthur. *The French Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, 2nd edition. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

SMILEY, Donald. Canada in Question: Federalism in the Eighties. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1980.

STEVENSON, Garth. Parallel Paths: The Development of Nationalism in Ireland and Quebec. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2006.

STUDIN, Irvin (ed.). What is a Canadian? Forty-Three Thought-Provoking Answers. Toronto: McClelland & Stewart, a Douglas Gibson Book, 2006.

TAYLOR, Charles. Reconciling the Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1993.

THÉRIAULT, Joseph-Yvon. *Critique de l'américanité: Mémoire et démocratie au Québec*. Montréal: Québec Amérique, 2002.

TULLY, James. "Recognition and Dialogue: The Emergence of a New Field". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, VII(3), 2004, pp. 84-106.

TULLY, James. "Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales". Globe, Revue internationale d'études québécoises, II(2), 1999, pp. 13-35.

TULLY, James. The Unattained yet Attainable Democracy: Canada and Quebec Facing a New Century, Les grandes conférences Desjardins. Montréal: Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill, mars 2000, p. 32.

TULLY, James. "The Crisis of Identification: the Case of Canada". *Political Studies*, XLII, 1994, pp. 77-96.

TULLY, James. "La conception républicaine de la citoyenneté dans les sociétés multiculturelles et multinationales". *Politique et sociétés*, XX(1), 2001, pp. 125-148.

TULLY, James. Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

TULLY, James (ed.) with the assistance of Daniel M. Weinstock. *Philosophy in an Age of Pluralism: the Philosophy of Charles Taylor in Question*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

WATTS, Ronald L. *Comparing Federal Systems*, 3rd edition. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2008.

WATTS, Ronald L. and Douglas M. Brown. *Options for a New Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.

WEBBER, Jeremy. *Reimagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1994.

WEINSTOCK, Daniel Marc. "Building Trust in Divided Societies". *Journal of Political Philosophy*, VII(3), 1999, pp. 287-307.

WOEHRLING, José. "La Charte canadienne des droits et libertés et ses répercussions sur la vie politique", in Réjean Pelletier and Manon Tremblay (ed.). *Le parlementarisme canadien*, fourth edition. Québec: Presses de l'Université Laval, 2009, pp. 89-128.

ABSTRACT

Ever since the federal founding of Canada in 1867, Québec has substantially contributed to the various stages in the evolution of the Canadian state and in the interpretation of Canadian federalism. In the aftermath of the referendums of 1980 and 1995, and considering that a third sovereignty referendum appears quite unlikely in Québec, this article provides a survey and critical understanding of current federalist thinking and current academic discourses concerning federalism in Québec. Although the article is mostly about intellectual history, it integrates current political developments in the province of Québec, governed by the Liberals led by Jean Charest since 2003, and in Canada as a whole as well, governed since 2006 by consecutive Conservative minority governments under the leadership of Stephen Harper. The article shows that in the major academic discipines of constitutional law, history, political science and philosophy, Québec interpretations of Canadian federalism continue to be dominated by a paradigm formulated by the Report of the Tremblay Commission, a forum for enquiry on constitutional matters created by the Ouébec government more than fifty years ago. The dominant paradigm continues to propose an «existential» approach focusing on greater autonomy and recognition for Québec, while at the same time adopting an instrumental-utilitarian stance towards Canada. While this approach continues to be developed with great academic sophistication, in most of these disciplines a certain federalist «revival» is under way, attempting to propose a better equilibrium between the requirements of autonomy-recognition for Ouébec and those of solidarity-interdependence with the whole of Canada.

Key words: Canadian state; Québec's political freedom and self-government; autonomy and recognition; Canadian federalism; federal equilibrium.

RESUM

Des de la fundació federal del Canadà el 1867, el Quebec ha contribuït substancialment en les diferents etapes de l'evolució de l'estat canadenc i en la interpretació del federalisme al Canadà. Després dels referèndums del 1980 i el 1995, i tenint en compte que sembla poc probable un tercer referèndum sobre la sobirania al Quebec, aquest article ofereix una anàlisi i una comprensió crítica del pensament federalista actual, a més de dissertacions acadèmiques recents sobre el federalisme en aquesta regió. Encara que aquí es tracta especialment la història intel·lectual, també s'integra la situació política actual a la província del Quebec, governada pels liberals, encapçalats per Jean Charest, des del 2003, i al Canadà en conjunt, governat des del 2006 per governs successius de minoria conservadora sota el lideratge de Stephen Harper. L'article mostra que a les principals disciplines acadèmiques de dret constitucional, d'història, de ciències polítiques i de filosofia les interpretacions del federalis-

54

me canadenc del Quebec continuen sent dominades per un paradigma formulat en l'informe de la Comissió Tremblay, un fòrum per a la recerca en matèria constitucional creat pel govern del Quebec fa més de cinquanta anys. El paradigma dominant proposa un enfocament «existencial» que se centra en més autonomia i reconeixement del Quebec, mentre que alhora s'adopta una posició instrumental i utilitària cap al Canadà. Si bé aquest enfocament es desenvolupa amb una gran sofisticació acadèmica, en la majoria d'aquestes disciplines s'experimenta un cert «renaixement» federalista que tracta de proposar més equilibri entre les exigències de l'autonomia i del reconeixement del Quebec, i els de la solidaritat i interdependència amb tot el Canadà.

Paraules clau: estat canadenc; llibertat política del Quebec i autogovern; autonomia i reconeixement; federalisme canadenc; equilibri federal.

RESUMEN

Desde la fundación federal de Canadá en 1867. Ouébec ha contribuido sustancialmente en las distintas etapas de la evolución del estado canadiense y en la interpretación del federalismo en Canadá. Tras los referéndums de 1980 y 1995, y teniendo en cuenta que un tercer referéndum sobre la soberanía parece muy poco probable en Québec, este artículo ofrece un análisis y una comprensión crítica del pensamiento federalista actual, además de disertaciones académicas recientes sobre el federalismo en esta región. Aunque aguí se trata especialmente la historia intelectual, también se integra la actual situación política en la provincia de Québec, que está gobernada por los liberales, encabezados por Jean Charest, desde 2003, y en Canadá en su conjunto, gobernada desde 2006 por sucesivos gobiernos de minoría conservadora bajo el liderazgo de Stephen Harper. Este artículo muestra que en las principales disciplinas académicas de derecho constitucional, historia, ciencias políticas y filosofía las interpretaciones del federalismo canadiense de Québec siguen siendo dominadas por un paradigma formulado en el informe de la Comisión Tremblay, un foro para la investigación en materia constitucional creado por el gobierno de Québec hace más de cincuenta años. El paradigma dominante propone un enfoque "existencial" que se centra en más autonomía y reconocimiento de Québec, mientras que al mismo tiempo se adopta una postura instrumental y utilitaria hacia Canadá. Si bien este enfoque sique siendo desarrollado con una gran sofisticación académica, en la mayoría de estas disciplinas se está experimentando un cierto "renacimiento" federalista que trata de proponer un mejor equilibrio entre las exigencias de la autonomía y del reconocimiento de Québec y los de la solidaridad e interdependencia con todo Canadá.

Palabras clave: estado canadiense; libertad política de Québec y autogobierno; autonomía y reconocimiento; federalismo canadiense; equilibrio federal.

DEVOLUTION AND INDEPENDENCE IN THE UNITED KINGDOM: THE CASE OF SCOTLAND

Montserrat Guibernau

Professor of Politics, Queen Mary University of London, and Visiting Professor at the Centre for Global Governance, London School of Economics

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Devolution in Scotland, Wales and Northern Ireland. 2.1. Scotland. 2.2. Wales. 2.3. Northern Ireland. – 3. The case of Scotland. 3.1. The Scotland Act 1998. 3.2. Ten years of devolution: an overview. 3.3. The rise of the SUR – 4. Scotland's Future: Draft Referendum (Scotland) Bill Consultation Paper. 4.1. Objectives. 4.2. Main challenges to the pro-independence option. 4.2.1. Union or Independence?: The unionist project. 4.3. Main recommendations of the Calman Commission. – 5. Britisch versus Scottish identity. – Abstract-Resum-Resumen.

1. Introduction

In 1997 the Labour government decided to implement an asymmetrical devolution model granting differing degrees of autonomy to Scotland, Wales and Northern Ireland. In doing so, they sought to respond to different demands for devolution based upon particular national identities existing within Britain.

The British model stands in sharp contrast with the symmetrical devolution programmes implemented in Germany after World War II, where all its *länder* enjoy similar degrees of devolution, and with post-Francoist Spain, where its seventeen autonomous communities are due to enjoy similar powers once the devolution process is completed.¹ So far, devolution in the UK has been confined to Wales,

Article received 17/05/2010; approved 29/06/2010.

^{1.} For a comparative analysis of the Catalan, Quebec and Scottish cases see Guibernau, M. *The Identity of Nations*, Cambridge, Polity Press 2007, chapter 2. In Catalan, Guibernau, M. *La identitat de les nacions*, Barcelona, Deria Editors, 2010.

Scotland and Northern Ireland, omitting the 85 per cent of the population that lives in England, something which could find a remedy if elected regional assemblies are finally created there. Some argue that in this omission lies the inherent instability of British devolution, quite apart from the different settlements already in place.²

In support of devolution³

According to the latest available data obtained by the ESRC Devolution and Constitutional Change unit (2004) among the English, 57 per cent support the current model of government for England, 22 per cent are in favour of English regions having their own assemblies, and 16 per cent consider that England as a whole should have its own new parliament.⁴

When questioned about their preferences regarding the British model of the state and according to a survey carried out by the Institute of Governance, University of Edinburgh in 2004, 53 per cent of Scots⁵, 25 per cent of Welsh and 12 per cent of Northern Irish were in favour of the current devolution settlement. In addition, 37 per cent of Welsh and 31.4 per cent of Northern Irish considered that their Assembly/Parliament should enjoy tax-raising powers and only 5.6 per cent of Scots thought that their Parliament should not have tax-raising powers, as it currently has. As early as 2002, 18.6 per cent of Scots, 7.2 per cent of Northern Irish and 6.5 per cent of Welsh supported the independence of their region within the European Union.

^{2.} Osmond, J. 'A Constitutional Convention by Other Means: The First Year of the National Assembly for Wales' in Hazell, R. *The State and the Nations*, London, The Constitution Unit-Imprint Academic 2000, pp. 37-77, p. 40 and; Tomaney, J.'The Regional Governance of England' in Hazell, R. *The State and the Nations*, London, The Constitution Unit-Imprint Academic 2000, pp. 117-122.

^{3.} For a comprehensive analysis and statistical data concerning support for devolution in Scotland see McCrone, D. and Paterson, L. 'The Conundrum of Scottish Independence', Scottish Affairs, núm. 40, summer 2002. pp. 54-75.

^{4.} SN 4766. ESRC Devolution and Constitutional Change, 2001, UK Data Archive. www. data-archive.ac.uk (consulted 16 February 2004) p. 42.

^{5.} Lindsay Paterson provides slightly different percentages corresponding to 2002 in the paper 'Attitudes to Scottish Independence and to the SNP', Institute of Governance, University of Edinburgh, 29th May 2004. Web accessed on 15th March 2005. http://www.institute-of-governance.org

When questioned about whether the long-term policy for Northern Ireland should involve it remaining part of the UK, to unify with the rest of Ireland or to become an independent state, it is interesting to observe that 25.3 per cent of the English and 51 per cent of the Northern Irish considered that it should remain in the UK. It is also quite striking to note that 55.4 per cent of the English and only 25.8 per cent of the Northern Irish considered that it should unify with the rest of Ireland. Only 0.65 per cent of English and 6.4 per cent of Northern Irish thought that it should become an independent state.⁶

2. Devolution in Scotland, Wales and Northern Ireland

2.1. Scotland

Scotland has endured a long and complicated process towards self-determination. In the 1979 Referendum on devolution, the Scots voted in favour of the Devolution Act prepared by the then Labour Government. The aim of the Act was to establish a Scottish Assembly thus introducing devolution to the United Kingdom. However, the Act was repealed because a special majority provision required that at least 40 per cent of the registered electorate should vote in favour. Only 32.9 per cent of the electorate voted positively in the referendum. This means that the 'yes' to devolution won in the referendum, but the percentage of citizens voting 'yes' was short of the 40 per cent of the registered electorate required to sanction the Act. As a result, Scots had to wait until 1997 –when a new Labour government was in power– to have the opportunity to vote in a fresh referendum on Scottish devolution.

After the failure of the 1979 referendum there was widespread disillusion in Scotland. In 1988, the Scottish Constitutional Convention comprising Labour, Liberal Democrats, Nationalists, churches, unions and other civic groups initiated a campaign for constitutional change. In 1995, they published a plan for a Scottish Parliament. In the light

^{6.}SN 4766. ESRC Devolution and Constitutional Change, 2001, UK Data Archive. www.data-archive.ac.uk (consulted 16 February 2004) pp. 39-41.

of the unhappy memories of earlier attempts at major constitutional reform, the Convention opposed an establishing referendum considering it as a high risk strategy.

In 1997, and after a landslide Labour victory, Tony Blair became prime minister. Once in power, the Labour government decided to hold a new referendum (11 September 1997) which had a positive outcome: 74 per cent of the Scots voted for a Scottish Parliament and 63 per cent voted to give it tax-varying powers. After the referendum, in 1998, the Labour government introduced the Scotland Act 1998; it created the Scottish Parliament, establishing the regulations concerning its functioning and the procedures.

Traditionally, Westminster has always appointed its own representative in Scotland, Wales and Northern Ireland in the figure of a nominated Secretary of State for each one of these three territories. In 1885 a Secretary of State for Scotland was appointed, however he did not command a place in the Cabinet until 1892 and the office did not become a full Secretaryship of State until 1926.

In Wales they had to wait until 1964, when the Labour government appointed a Secretary of State for Wales, a ministerial post of cabinet rank, and subsequent Labour and Conservative administrations promoted the transfer of functions to the Welsh Office.

In Northern Ireland, the office of Secretary of State for Northern Ireland was created in 1972 and after the suspension and subsequent abolition of the home rule Parliament of Northern Ireland following widespread civil conflicts.

The striking differences between Scotland, Wales and Northern Ireland respond to the different time and conditions under which each one of these three territories joined the United Kingdom. The specific status of Scotland after the union of parliaments of Scotland and England in 1707 allowed the Scots to preserve their own Kirk (Church of Scotland), Scottish law, the education system and the judicial system.

In contrast, the accession of the Welsh Tudor dynasty to the English throne, after Henry Tudor's victory at the battle of Bosworth Field in 1485, encouraged Welsh assimilation on the basis of equality.

The Act of Union (1536) enshrined Henry VIII's wish to incorporate Wales within his realm. It meant the complete administrative assimilation of Wales into the English system. Welsh customary law was abolished and English was established as the sole language of legal proceedings.

The union of the three kingdoms of England, Scotland, and Ireland was effected in 1653. By an Act of Settlement, Ireland was regarded as a conquered territory. By this time Ulster had become the most British and most Protestant part of Ireland, although a large Irish Catholic population was also living in Ulster. The rest of Ireland remained Catholic. The Williamite wars reinforced Catholic discrimination by imposing the Penal Laws which excluded Catholics from the army. banned them from politics at both local and national levels, and deprived them of access to education.7 The Act of Union of 1800 put Protestants under the formal protection of the British (now Union) Parliament. The 1920 Government of Ireland Act divided Ireland into two self-governing parts: Northern Ireland formed by six of the nine countries of Ulster which remained as part of the British state primarily due to the opposition of Protestants in this area who feared the possibility of becoming a minority within a largely Catholic Irish state; and the three remaining counties of Ulster together with the 23 counties of the rest of Ireland considered as a dominion of the British Empire and known as the Irish Free State. Eamon de Valera became its first president.

2.2. Wales

A Royal Commission on the Constitution was appointed to consider increasing demands for an elected assembly in Wales. In 1973, the Commission recommended devolution for Wales. An Act giving Wales some devolved powers was passed at Westminster in 1978, but rejected by the Welsh people in the 1979 Referendum. Finally, in September 1997, the Welsh voted for the establishment of a Welsh Assembly and elections took place in 1999. Initially, the Assembly had no powers to initiate primary legislation, however this was to change following the passing of the Government of Wales Act 2006. Cur-

rently, the Assembly now has power to legislate in devolved areas although legislative competence requests are subject to the veto of the Secretary of State for Wales or Westminster, a highly controversial situation which the Welsh Assembly seeks to reverse. Although it has to be said that since the inception of the Welsh Assembly, the Secretary of State has never effected such prerogative:

'Under the Government of Wales Act 2006 c.95, once the prelegislative scrutiny process is complete, the First Minister sends a draft LCO (Legislative Competence Order), with notice of the Assembly's resolution to the Secretary of State, who has 60 days to either lay the draft LCO before Parliament or refuse to lay it before Parliament and give notice of refusal, with reasons to the First Minister. To date, the Secretary of State for Wales has not refused to lay a draft Legislative Competence Order before Parliament'.8

The so-called 'All Wales Convention' was created in 2007 with the aim of establishing the views of the people of Wales concerning devolution and, in particular, to find out whether they might be keen on the possibility of expanding the legislative powers of the Welsh National Assembly. The Convention's remit was to:

- Raise awareness and improve understanding of the current arrangements for devolved government in Wales and of the provisions of Part 4 of the Government of Wales Act 2006, and their future implications for the governance of Wales.
- Facilitate and stimulate a widespread, thorough and participative consultation at all levels of Welsh society on the issue of primary law-making powers.
- Prepare an analysis of the views expressed and the evidence presented through this process.
- Assess the level of public support for giving the National Assembly for Wales primary law-making powers.

^{8.} House of Commons-Wales and Whitehall-. http://www.publications.parliament.uk (Accessed 14.06.10).

Report to the *One Wales Government* on its findings, with recommendations relevant to the holding of a referendum.⁹

Currently the Welsh government, formed by a Labour-Plaid Cymru coalition, has plans to expand the powers of the Welsh Assembly by holding a referendum before the forthcoming May 2011 Welsh elections.

In early 2010, an ICM market research company poll found 56 per cent would vote "yes" to full powers in a referendum, while 35 per cent said they would vote against. The 21 per cent gap has grown three-fold from 7 per cent in 2008 and suggests a clear majority of people support giving the Assembly primary powers in devolved policy areas. Asked how Wales should be governed, 40 per cent said they would like a full law-making Assembly that also had some taxation powers. Support for Welsh independence remains small, with just 7 per cent wanting to split the UK and make Wales an EU member state.¹⁰

2.3. Northern Ireland

The Labour government from its appointment 1 May 1997 granted priority to the initiation of all party talks in Northern Ireland including the Sinn Fein. The government managed to obtain a renewed cease-fire from the IRA and invited Senator Robert Mitchell from the United States to act as a chairman in the peace process talks. The decommissioning of arms by the IRA was made into a condition to be met during the talks however no specific date for its accomplishment was ever given. This position underlined the government's stance on the illegitimacy of the use of violence for political ends but it also stressed the role of negotiations as a means to attain political aims which, for a long time, had been pursued through the use of violence. As Guelke (1985: 106) argues, 'seeking the inclusion of the political representatives of the paramilitaries was an acknowledgement of the link between their violence and the long-standing con-

^{9.} All Wales Convention, Published by the Welsh Assembly. http://wales.gov.uk/docs (Accessed 14.06.10).

^{10.} The Guardian, 2nd February 2010.

flict between the Protestant and the Catholic communities in Northern Ireland'.¹¹

An extremely tense negotiating process was initiated. The British Prime Minister Tony Blair, the Irish Prime Minister Berthie Ahern, the Secretary of State for Northern Ireland Mo Mowlam, and the President of the US Bill Clinton intervened in the process and put pressure on all sides to continue the talks. The *Belfast Agreement* (also known as the *Good Friday Agreement*) was finally signed 10 April 1998.

The Agreement represented a major breakthrough in conflict resolution strategies. It sought to reconcile the unionist desire that Ulster remains as a province of Britain, and the republican claim for an independent united Ireland free from English domination. The two objectives are opposed, and have provoked years of intense violence and suffering for the people of Northern Ireland.¹²

The major conditions for peace set up in the Belfast Agreement were 'the total and absolute commitment to exclusively democratic and peaceful means of resolving differences on political issues' and the endorsement of consent as a principle on the basis of which the people of Northern Ireland should decide upon their future. The participants in the drafting of the *Belfast Agreement* endorsed the commitment made by the British and Irish Governments that they would 'recognize the legitimacy of whatever choice is freely exercised by a majority of the people of Northern Ireland with regard to its status, whether they prefer to continue to support the Union with Great Britain or a sovereign united Ireland'.¹³

The Belfast Agreement was signed by the British and the Irish governments 10 April 1998 (Good Friday) and endorsed by most political parties in Northern Ireland. The citizens of Northern Ireland endorsed the Belfast Agreement in a Referendum (23 May 1998). The same day, the citizens of the Irish Republic voted separately to mod-

^{11.} Guelke, A. *The age of terrorism and the International Political System*, London, Tauris Academic Studies 1985, p. 106.

^{12.} The Belfast Agreement, London, The Stationery Office April, 1998, p. 1.

^{13.} The Belfast Agreement, p. 2.

ify their Constitution which laid a territorial claim to Northern Ireland –Northern Ireland was considered as a part of the Republic of Ireland currently under British jurisdiction—. The acceptance of 'consent' as the mechanism to decide the future of Northern Ireland (be it within the United Kingdom or by uniting with the Republic of Ireland) meant that the democratic will of the citizens of Northern Ireland was to take precedence in defining their political future. And it was precisely this condition that prompted the Republic of Ireland to renounce to its long term territorial claim over the province of Northern Ireland.

The Belfast Agreement was endorsed by 71 per cent of the population of Ulster (turn out 80.98 per cent) and 94 per cent of the population of the Irish Republic (turn out 55.59 per cent) and provided strong support for the peace process. In Ulster, however, these results revealed a profound split within the ranks of unionism. Catholic voters supported the deal almost unanimously, while Protestant voters were divided. For those who voted 'no' in the Referendum, the *Belfast Agreement* signified a sell out, a clear first step towards what they hate most, the prospect of a united Ireland in which Protestants would lose their privileged status and become a minority. As Senator Tom Hayden wrote, 'Unionism continues as the political identity of the threatened majority which fears change. Their choice of British identity must be honoured even while its scaffolds of privilege are taken down'.¹⁴

The endorsement of the Belfast Agreement involved the creation of the Stortmont Parliament in Belfast which is inclusive in its membership, capable of exercising executive and legislative authority, and subject to safeguards to protect the rights and interests of all sides of the community. It also promoted the creation of a North/South Ministerial Council to develop consultation, co-operation and action between Northern Ireland and the Irish Government on matters of mutual interest within the competence of the Administrations, North and South. A further new institution emerging from the Agreement was the constitution of the British-Irish Council (BIC) whose aim is to promote the harmonious and mutually beneficial development of the

^{14.} Hayden, T. Pamphlet: *No Border, no cry? The Peace Process and the Causes of Conflict in Northern Ireland*, February 1, 1998, Senator Tom Hayden, State Capitol, Sacramento CA, p. 2.

totality of relationships among the peoples of the these islands. It comprises representatives of the British and Irish Governments, devolved institutions in Northern Ireland, Scotland and Wales and, if appropriate, elsewhere in the UK, together with the representatives of the Isle of Man and the Channel Islands.

3. The case of Scotland

3.1. The Scotland Act 1998

The Scotland Act 1998 has transformed Scotland's status within Britain by ending years in which the Scots were governed by a Scottish Secretary of State appointed by the Westminster Parliament a post that was created in 1926. Prior to that, a Secretary for Scotland was appointed, however he did not command a place in the Cabinet until 1892 and the office did not become a full 'Secretaryship of State' until 1926.

The Scots first elected their own representatives in the Scottish Parliament in May 1999. The First Minister heads the Scottish Executive and is appointed by the Queen on the advice of the Presiding Officer after the Scottish Parliament has nominated a candidate, who will normally be the leader of the party able to command the majority support of the Scottish Parliament. The 1997 affirmative referendum result cannot deliver constitutional entrenchment, but it might reinforce its moral and political legitimacy. Ultimately, Scotland's Parliament will have to secure its future in the UK constitution by convincing the population of its relevance to their lives.

One of the main concerns of British politics when discussing devolution is the continuing role of MPs sitting for devolved areas at Westminster. This issue became prominent for the first time in 1977 when Tam Dalyell posed the so called 'West Lothian Question' in the House of Commons and it acquired greater relevance in 1997 once devolution plans were set up by the then new Labour government. The West Lothian Question refers to 'the anomaly whereby Scottish MPs would retain the right to vote on matters affecting only England and Wales but no Westminster MP would have such a voting entitlement on the same issues for Scotland (having been transferred to the

Edinburgh Parliament)'¹⁵ The current over-representation of Scotland at Westminster by around fourteen seats, justified by the need to compensate sparsely populated regions, is also being considered and might be corrected in the future. In the 2010 general election, 532 MPs were elected in England, 40 MPs in Wales, 59 MPs in Scotland and 18 MPs in Northern Ireland.¹⁶ The absence of a British written constitution where answers to these questions could be found leaves open a wide range of options to be discussed in dealing with these crucial issues.

In response to this specific issue the 2010 Conservative party election manifesto included a clause stating that a Conservative government will introduce new rules so that legislation referring specifically to England, or to England and Wales, cannot be enacted without the consent of MPs representing constituencies of those countries.¹⁷

The creation of a devolved parliament in Edinburgh has not altered, in principle, the unitary character of the British state since sovereignty continues to reside in Westminster. No doubt, the Scottish Parliament exposes an asymmetric picture of the UK based on the recognition of Scotland as a nation distinct from other areas of Britain by acknowledging its specific culture, tradition and ways of life stemming from a separate past as an independent territory.

The former British Prime Minister, Tony Blair, in his preface to the Scotland's Parliament White Paper setting up the terms of devolution refers to Scotland as 'a proud historic nation in the United Kingdom' thus acknowledging the multinational character of the British state. Throughout the Paper, Scottish devolution is presented as part of the Government's comprehensive programme of constitutional reform aiming to strengthen the United Kingdom. Scotland is defined as an integral part of the UK, and the Queen continues to be Head of

^{15.} McCormick, J. and Alexander, W. 'Firm foundations: securing the Scottish Parliament' in Tindale, Stephen (ed.) *The State and the Nations: the politics of devolution*, London, IPPR, 1996, p. 161-162.

^{16.} Since December 2009, the number of electors per constituency is 71,537 (England); 65,588 (Scotland); 56,532 (Wales); 64,487 (Northern Ireland). The UK's average is 69,878. Data from Gay, Oonagh and Holden, Helen *The West Lothian Question*, Library House of Commons, SN/PC-02586, p. 8 . (Accessed 19th June 2010).

^{17.} General Election 2010, The Constitutional Unit, UCL. Website accessed 3rd May 2010.

State of the United Kingdom. Westminster is and will remain sovereign. The Scottish Parliament will have law-making powers over a wide range of matters that affect Scotland. In turn, Westminster will retain powers and responsibilities for: the constitution of the UK; UK foreign policy including relations with Europe; UK defence and national security; the stability of the UK's fiscal, economic and monetary system; employment legislation; social security; and most aspects of transport safety and regulation.

- According to the Scotland Act 1998, reserved matters to the United Kingdom include:
- The constitution, including the Crown, the Union and the United Kingdom Parliament and the civil service;
- National security, security and intelligence services, international relations and defence;
- Fiscal, economic and monetary policy, including money, taxes, public expenditure and the Bank of England;
 - Immigration and nationality;
- Companies, health and safety, employment rights and industrial relations;
 - Oil, gas, coal, nuclear energy and supply of electricity;
 - Road, rail, marine and air transport;
 - Social security, child support and pension schemes;
 - Broadcasting.18

3.2. Ten years of devolution: an overview

Over ten years of devolution have been marked by the charismatic leadership of Labour leader Donald Dewar who became the founding First Minister of Scotland and held office from May 1999, until his death in October 2000. His sudden death left a great vacuum in Scottish politics. Dewar was the architect of Scottish devolution and Tony Blair trusted him. After his death, his Lib-Dem deputy Jim Wallace became Acting First Minister, until the appointment of Henry McLeish by the Labour Party (October 2000-November 2001). After McLeish was forced to resign, he was succeeded by Jack McConnell

^{18.} Choosing Scotland's Future: A National Conversation: Independence and Responsibility in the Modern World, The Scottish Government, 2007. Accessed 5th May 2010. http://www.scotland.gov. uk

(November 2001-May 2007). A string of Labour leaders presiding over a LibDem-Labour coalition government followed Donald Dewar's decease.

In 2007, after continuing instability within the Labour party in Scotland and general dissatisfaction with Tony Blair's policies in Westminster, in particular his decision to participate in the invasion of Iraq, the leader of the Scotlish National Party, Alex Salmon, was elected First Minister of Scotland with a narrow minority.

3.3. The rise of the SNP and the strengthening of secessionism

The victory of the Scottish National Party (SNP) in the Scottish elections 3 May 2007 has created an unprecedented political scenario in which the government of one of Britain's nations is being presided over by a pro-independence party. The SNP's victory has broken a trend initiated in 1997 according to which British-wide parties have been ruling devolved institutions in Scotland and Wales since their inception.

It is worth noting that support for independence stood at 31 percent in 2007, and 41 per cent in 2008.¹⁹ An opinion poll commissioned by BBC Scotland in 2009 has shown that 58 per cent of Scots are in favour of a referendum on independence as planned by the SNP.²⁰ Another matter concerns whether, all those who support a referendum on independence, would be prepared to support Scottish independence.

In early 2009, the well-respected research and consulting organization YouGov found in an opinion poll that 57 per cent of Scots would say 'no' to independence, while 29 per cent would vote in favour, and 15 per cent said they did not know or would not vote. When YouGov asked the same question in October 2009, support for independence had fallen two percentage points, while backing for the Union had increased by four points.²¹

^{19.} Progressive Scottish Opinion Poll, cited in The Scotsman, 14th October 2008.

^{20.} http://www.bbc.co.uk/scotland Accessed 5th May 2010.

^{21.} http://www.telegraph.co.uk/news/newstopics/politics/scotland. Accessed 5th May 2010.

In October 2009, the leading market research Ipsos Mori Social Research Institute carried out a poll showing that only 25% of Scots wanted a referendum now and only 20% supported the SNP's goal of independence – the lowest figure for some time. However, 50% said a referendum should be held "in a few years". 22 Since then, the three main Unionist parties have made clear that they intend to vote down the Referendum Bill, arguing that the SNP administration at Holyrood should be focusing on tackling the recession. The Ipsos Mori poll suggests that the public agrees, with only one in eight respondents naming a referendum as one of the top two priorities on which the Scottish Parliament should be concentrating. Reducing unemployment in Scotland heads a list of seven areas rated in the survey, with 63 per cent of Scots saying that this should be precisely one of Mr. Salmond's most important tasks.

Undoubtedly, the global economic crisis has exerted a strong impact upon the traditionally powerful Scottish banking system. In November 2009, it was revealed that the Bank of England secretly handed a £62 billion loan to the Royal Bank of Scotland and HBOS (Halifax Bank of Scotland) to prevent them from collapsing in October 2009. The scale of the intervention of the Bank of England was only publicly recognized after the banking system had stabilized enough to admit such a substantial contribution.²³ The bailing out of Scottland's most important banks –now partly owned by British taxpayers, when previously they stood exclusively in Scottish hands– implies a lost of independence for Scottish banking, now entirely reliant of the Bank of England's support; only time will reveal whether a full recovery might be possible.

The socio economic scenario prompted by the economic crisis will no doubt influence attitudes towards an eventual independence of Scotland and the conditions for its viability. Yet, while Alex Salmond launched the *Scottish Independence White Paper* (30th November 2009) on Scotland's constitutional future, paving the way for an independence referendum, Labour was quick to remind Scottish people that if they were independent they might have been faced with a situation similar to that of Iceland.

^{22.} http://www.guardian.co.uk/politics/2009. Accessed 5th May 2010.

^{23.} http://www.guardian.co.uk/business/2009. Accessed 5th May 2010.

The next elections to the Scottish Parliament are expected in May 2011 and the SNP is determined to hold a referendum on independence before that date. A white paper for the Bill setting out four possible options ranging from no change and full Independence was in print on 30 November 2009. A draft bill for public consultation was published on 25 February 2010. It set out a two question yes/no referendum, proposing both further devolution, and full independence.

This consultation paper sets out proposals for a Referendum (Scotland) Bill. The Scottish Government plans to introduce the Bill in 2010 and aims to obtain the agreement of the Scottish Parliament to hold a referendum as soon as possible. In what follows, we add a summary of the main points integrated in the Referendum (Scotland) Bill including some quotations from the original text:

4. Scotland's Future: Draft Referendum (Scotland) Bill Consultation Paper

4.1. Objectives

"The Scottish Government believes that Scotland's future interests would be best served by it assuming all of the responsibilities and rights of a normal European state. Independence would give the Scottish Parliament and Government full responsibility for those matters currently reserved to the United Kingdom Parliament and Government, including key economic and political powers and the right of representation for Scotland in the European Union. Other aspects of an independent Scotland would stay the same. Her Majesty The Queen would remain as Head of State and the social union with the remainder of the UK would be maintained, with the nations continuing to co-operate on a range of matters.

However, the Scottish Government acknowledges that there is also support for extending the powers of the Scottish Parliament in more limited ways. The draft Bill would provide the people of Scotland with the opportunity to vote on two questions:

- the first about an extension of the powers and responsibilities of the Scottish Parliament, short of independence;

 the second about whether the Scottish Parliament should also have its powers extended to enable independence to be achieved.

The Scottish Government invites views on two possible options for the first question, one of which would be included on the referendum ballot paper. The first option, full devolution (sometimes called "devolution max"), would give the Scottish Parliament and Government responsibility for almost all domestic matters and most revenues and public spending in Scotland. The UK Parliament and Government would continue to have responsibility for defence, foreign affairs, financial regulation, monetary policy and the currency.

The second option for the first question would involve a more limited extension of devolution based on the financial recommendations made by the Commission on Scottish Devolution (the "Calman Commission") in June 2009. The Scottish Parliament would have the following additional responsibilities:

- responsibility to set a Scottish rate of Income Tax, which could vary by up to 10p in the pound from the rate in the rest of the UK:
- power to set the rates of Stamp Duty Land Tax and other minor taxes, and to introduce new taxes in Scotland with the agreement of the UK Parliament; and
- limited power to borrow money.

The Scottish Government believes that these Calman Commission proposals for financial devolution are seriously flawed and fall far short of the fiscal responsibilities which the Scottish Parliament requires. It believes that they also fall short of what would normally be seen as requiring a referendum. Indeed, those parties who took part in the Calman Commission have made clear their view that a referendum on these proposals is not necessary. However, the Income Tax proposal goes further than the tax-varying power which resulted from the vote in the second question in the 1997 Scottish devolution referendum. Therefore the Scottish Government can see that there is an argument for in-

cluding the Calman financial recommendations within a multioption referendum and that approach is put forward here for consideration".²⁴

4.2. Main challenges to the pro-independence option

At least three main challenges could be identified when assessing the prospect of an eventual move towards Scottish independence. First, Alex Salmond and the SNP do not command the overall majority in the Scottish Parliament and they will almost certainly need the support of another major party to legislate for a referendum on independence. If a referendum is organized, the SNP will have to plan its campaign with great care and be cautious. There are some important examples of failed referendums which have had a negative impact on those parties organizing them.²⁵ For instance the failed 26th October 1992 Charlottetown Agreement granting Quebec a 'distinct society' status within Canada and the 30th October 1995 Referendum on Quebec's sovereignty lost by only 5.288 votes, giving a 1.16 per cent majority to the 'no' camp.²⁶ Issues are discussed and exposed in public debates and experience has proven that support in opinion polls is not always reliable when comparing it with the outcome of the vote.

Second, Scottish membership of the European Union. According to the Constitution Unit's book on Scottish independence²⁷, an eventual independence of Scotland would consider the United Kingdom as the successor state, and Scotland would have to re-apply for membership of the EU.²⁸

Finally, Scottish independence would require Westminster to legislate to dissolve the Union. However, successive British prime min-

^{24.} Scotland's Future: Draft Referendum (Scotland) Bill Consultation Paper, The Scottish Government, http://www.scotland.gov.uk. Accessed 5th May 2010.

^{25.} Guibernau, M. Nations without States, Cambridge, Polity Press 1999, chapter 5.

^{26.} Quebec Chief Electoral Officer, Rapport préliminaire des résultants du dépouillement des votes le soir du scrutin: Rèfèrendum du 30 octobre 1995, Quebec, Blibliothèque nationale du Québec, 1995.

^{27.} C. Bromley, J. Curtice, K. Hinds and A. Park (eds.), *Devolution: Scottish Answers to Scottish Questions?*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2003.

^{28.} The Constitution Unit Newsletter, Issue 35, January 2007.

isters have acknowledged that 'Westminster would not seek to override the clearly-expressed will of the Scottish people'.²⁹

4.2.1. Union or Independence?: The unionist project

After ten years of devolution, two main options destined to enhance Scotland's future have been presented in Scotland; a unionist option initially proposal led by Labour involving further-reaching devolution powers and a pro-independence plan led by the SNP.

It was the then Labour leader in Scotland, Wendy Alexander, who set out a unionist perspective on constitutional change ruling out independence. As early as 2008, Alexander set out a dual strategy of strengthening devolution while also taking steps to underpin the union. It was also a first attempt to build a unionist consensus on Scotland's constitutional future engaging Labour, the Conservatives and the Liberal Democrats.

The Scottish Parliament and the Government of the United Kingdom established the Calman Commission –which was not to examine independence as an option but to restrict itself to the analysis of greater devolution within the UK—. It focused on a review of devolution with the aim of recommending changes to enable the Scottish Parliament to better serve the people and "continue to secure the position of Scotland in the United Kingdom".

Alexander's leadership was undermined when she became embroiled in a small-scale, yet illegal, donations affair concerning her campaign budget. However her political initiative was important because, for the first time, the unionist parties in the Scottish Parliament were to join forces and endorsed the creation of the so-called Calman Commission. Instead of aiming at limiting Scottish devolution or protecting the status quo, Alexander's proposal combined calls for further powers and greater fiscal autonomy for the Scottish Parliament with ideas on reconciling more devolution with a renewal of the United Kingdom. A controversial point referred to her defense of similar social rights across the UK, thus contradicting the current SNP radi-

|73

cally different policies concerning university education, health and support for the elderly as much more generous than those available in England and Wales.

After her removal from power, the impact of her plan faded away and priority was given to the findings of the Calman Commission which Final Report, *Serving Scotland Better: Scotland and the United Kingdom in the 21st Century*³⁰ was published on 15 June 2009.

4.3. Main recommendations of the Calman Commission

- The Scottish Parliament (Holyrood) has always had the power to vary the standard rate of income tax –the so-called Tartan Tax– by 3p in every pound, but this has never been used.
- The Calman Commission called for a new Scottish-set tax, still collected by Her Majesty Revenue and Customs (HMRC).³¹ This would work by the Treasury deducting 10p from standard and upper rates of income tax in Scotland, accompanied by a cut in the block grant Holyrood gets from the UK Government. Such a change would prompt MSPs –this is, members of the Scottish Parliament– to decide whether to levy 10p. In the end the amount of cash received by Scotland would remain the same through the combination of Treasury grant, UK tax and Scottish tax. This would allow them to either increase the levy and people's taxes as a result or to cut it –implying a likely reduction in public services–. Holyrood would also have to maintain the differential between standard and upper rate. The aim of this change would be to increase the accountability of the Scottish Parliament by having to decide on the tax and announce their decision.
- Control over stamp duty land tax³² could be devolved to the Scottish Parliament from Westminster. It made the same call on landfill tax, air passenger duty and aggregates levy. Transferring VAT and

^{30.} http://www.commissiononscottishdevolution.org.uk

^{31.} Her Majesty Revenue and Customs is a non-ministerial department of the British Government primarily responsible for the collection of taxes and the payment of some forms of state support. Its equivalent in the Spanish system would be the *Agencia Tributaria*.

^{32.} Tax applied to the buying/selling of housing property and land.

fuel duty has been ruled out, for now. This would probably result in a moderate cut in the Scottish block grant.

- Currently, the Scottish Government has very limited power to borrow cash, which it can use to cover short-term funding gaps. The Calman Commission has suggested easing the cash flow and giving the Scottish Parliament some powers to borrow for capital investment and to build public infrastructure such as schools and hospitals.
- Gaining control over "Scotland's oil" has been a key SNP policy since the 70s –but the Calman Commission warned of the reliability of North Sea revenue because of volatile world oil prices, and said that value was likely to decline in future.
- The report argued that it might be attractive to speculate how these revenues may perhaps be added to the Scottish budget, but ultimately rejected the devolution or assignment of oil and gas tax receipts to the Scottish Parliament.
- The commission also recognized that oil and gas revenue would continue to contribute to the UK-wide pot, therefore continuing to add to the total level of public spending in Scotland.
- To maintain the controversial Barnett formula which involves providing a grant from Westminster to the Scottish Parliament, since many taxes are not devolved or assigned.
- Further devolution of powers from Westminster to the Scottish Parliament should include control over air gun legislation, drink-driving and speeds limits as well as the running of the Scottish elections. Other areas should include: animal health funding, licensing of controlled substances for use in tackling addiction and Scottish ministers to be responsible for appointing a Scotland representative on the BBC trust.
- In addition, Calman has recommended that Westminster sets laws on charities as well as food content and labeling and the regulation of health professionals to apply all over the UK, however, there was no proposal to change the current arrangement where devolved planning law could be used to block new nuclear power stations in Scotland.

- The Calman Commission also emphasized the need to strengthen co-operation between the Scottish and the Westminster parliaments while declaring devolution a success and describing the Union as an institution working to Scotland's advantage, especially in economic matters.
- The Calman Commission review of Scottish devolution includes a call for Holyrood to take charge of half the income tax raised in Scotland.³³

The constitution of a new British LibDem-Conservative government in May 2010 and the appointment of David Cameron as Prime Minister have opened up further questions about how the future of Scotland is to evolve. As a result of the 6th May 2010 general election, the Conservatives have only one MP in Scotland, while their coalition government allies, the LibDems, have a substantial number of MPs (11). David Cameron's initiative to visit Scotland immediately after being appointed signals his interest in developing what he has referred to as a relationship of mutual respect between the British and the Scottish government. Cameron has promised Alex Salmond not to cut down the guite generous annual grant from Westminster to be received by Scotland later this year.³⁴ At the same time, Cameron has signaled his willingness to leave the room open to further dialogue with the Scottish Executive and even hinted at the possibility of obtaining some further economic support for Scotland. Surely he is to make an effort to strengthen unionism by showing Scottish people the extend to which they benefit from membership of the Union, in particular, at a time of economic crisis and with the 2011 Scottish election looming in the horizon.

Undoubtedly one of the main issues related to implementation of devolution in the United Kingdom has to do with the ongoing debate on national identity that it has generated. In what follows we

^{33.} http://www.commissiononscottishdevolution.org.uk/. Accessed, 16th May 2010.

^{34.} The HM Revenue and Customs collects taxes from all UK citizens and residents, the British Government allocates funding to devolved institutions in Scotland, Wales in Northern Ireland in the form of an annual grant calculated according to the number of people and population density of each territory. For instance, the sparsely populated character of Scotland accounts for a larger grant per inhabitant when compared that allocated to other territories. The need to offer services closer to the people even if they live in remote areas justifies this position. The amount of public expenditure allocated to Scotland, Wales and Northern Ireland is calculated every year according to the so-called Burnett formula.

consider some of the consequences of devolution for British as well as Scottish, Welsh and Northern Irish identity in the United Kingdom.

5. British versus Scottish identity

For most English people it is hard to establish a clear-cut distinction between an English and a British identity; this explains their difficulty in understanding the Scottish perspective. Initially devolution in Britain became a highly contentious issue which automatically provoked passionate reactions. Lack of solidarity, unfair treatment, favoritism, and threat to the integrity of the state, were some of the expressions, which emerged when considering a decentralized Britain.

However, ten years of devolution have changed this. Both the English and the English press seem to feel much more relaxed about the prospect of a referendum on independence being held in Scotland. Ultimately they argue that 'if this is the Scots' wish, then be it'. However such attitudes may change once the referendum on independence have a date and clear question.

An easily predictable but not specifically intended consequence of devolution has been the generation of greater regional awareness. Thus, Scottish, Welsh and Irish identity have been strengthened in the United Kingdom. A further question concerns whether the devolution process has either reinforced or, rather, irreparably weakened British identity. So far, there is evidence that devolution has problematized British identity and prompted an almost national search for those elements that could be defined as 'British' as opposed to 'English' for example, an issue that was completely neglected in the past. The Scottish, Welsh and Irish redefinition and invigoration of their identities has undoubtedly altered the way in which British and English identities are to be constructed. The Scotland's Parliament White Paper (July 1997) states in chapter three: 'The Union will be strengthened by recognizing the claims of Scotland, Wales and the regions with strong identities of their own. The government's devolution proposals, by meeting these aspirations, will not only safeguard but also enhance the Union'. 35 The outcome of an eventual referendum on Scottish.

^{|77}

independence will prove a testing exercise to the original drive of the then Labour British government went it embarked upon the devolution process in 1997.

When compared with other nations without states, a key economic issue distinguishes the position of Scotland and Wales with that of Catalonia and the Basque Country. The former depends on state subsidies while the latter are net contributors to the state's coffers. This makes a substantial difference when considering the Spanish and the British prospects for further decentralization.

An asymmetric political structure such as the one set up in Britain is likely to provoke conflict and states are usually reluctant to accept it because it implies, in one way or another, the acceptance of a special status for some areas. Few states define themselves as multinational, although there may be strong arguments for them to do so. In this respect, political autonomy is perceived as an intermediate option, which goes further than simply acknowledging the cultural specificity of some regions, but stops far short of the sharing of sovereignty involved in federation. For the state and the areas which do not benefit from it, asymmetry is hard to accept, however it might come to be regarded as the only acceptable alternative for some nations such as Scotland if they are to be discouraged from seeking independence.

Since 1997, the United Kingdom has not only constructed a successful asymmetric model of devolution but it is currently engaged in deepening such asymmetry and expanding devolution in Scotland, Wales and Northern Ireland. The key question of whether devolution fosters separatism or, on the contrary, whether it tames it remains unanswered. A Scottish referendum on independence will provide a test for such a question since many of those who have supported the SNP, because of its policies and project for the development of Scotland, may not share their ultimate objective of an independent Scotland.

References

All Wales Convention. Report, 2009, en línia a http://wales.gov.uk/docs/awc/publications/091118thereporten.pdf

BROMLEY, Catherine, John CURTICE, Kirstin HINDS and Alison PARK (eds.). *Devolution: Scottish Answers to Scottish Questions?* Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003.

Choosing Scotland's Future: A National Conversation: Independence and Responsibility in the Modern World. The Scottish Government, 2007. http://www.scotland.gov.uk

GAY, Oonagh and Helen HOLDEN. *The West Lothian Question*. Library House of Commons, SN/PC-02586, Last Updated 21 May 2010. Accessible en línia http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-02586.pdf

GUELKE, Adrian. The Age of Terrorism and the International Political System. London: Tauris Academic Studies, 1985.

GUIBERNAU, Montserrat. *La identitat de les nacions*. Barcelona: Deria Editors, 2010.

GUIBERNAU, Montserrat. *The Identity of Nations*. Cambridge: Polity Press, 2007.

GUIBERNAU, Montserrat. *Nations without States*. Cambridge: Polity Press, 1999.

HAYDEN, Tom. No Border, no Cry? The Peace Process and the Causes of Conflict in Northern Ireland, February 1, 1998. Senator Tom Hayden, State Capitol, Sacramento CA.

Welsh Affairs Committee of the House of Commons Wales and Whitehall. London: The Stationary Office, 2010. Accessible en línia a

http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmwe-laf/246/24608.htm#a29

JENKINS, R. Rethinking Ethnicity. London: Sage, 1993.

MCCORMICK, J. and ALEXANDER, W. 'Firm foundations: securing the Scottish Parliament' in Stephen Tindale (ed.). *The State and the Nations: the Politics of Devolution*. London: IPPR, 1996.

MCCRONE, D. and PATERSON, L. 'The Conundrum of Scottish Independence'. *Scottish Affairs*, núm. 40, summer 2002.

OSMOND, J. 'A Constitutional Convention by Other Means: The First Year of the National Assembly for Wales' in Hazell, Robert. *The State and the Nations*. London: The Constitution Unit-Imprint Academic, 2000.

PATERSON, Lindsay. 'Attitudes to Scottish Independence and to the SNP'. Institute of Governance, University of Edinburgh, 29th May 2004. Web accessed on 15th March 2005. http://www.institute-of-governance.org

"Progressive Scottish Opinion Poll", in *The Scotsman*, 14th October 2008.

Quebec Chief Electoral Officer. Rapport préliminaire des résultants du dépouillement des votes le soir du scrutin: Rèfèrendum du 30 octobre 1995. Quebec: Bibliothèque Nationale du Québec, 1995.

Scotland's Parliament White Paper. London: The Stationery Office, 1997.

Economic and Social Research Council. *Devolution and Constitutional Change*, Study Number 4766. UK Data Archive. www.data-archive.ac.uk, 2001.

The Belfast Agreement. London: The Stationery Office, April, 1998, p. 1.

The Constitution Unit Newsletter. Issue 35, January 2007.

TOMANEY, J.'The Regional Governance of England' in Hazell, R. *The State and the Nations*. London: The Constitution Unit-Imprint Academic, 2000, pp. 117-122.

ABSTRACT

The aim of this paper is to reflect upon the consequences of the devolution process initiated by the Labour government in 1997. The paper considers the development of Scottish devolution since its inception up to the present day. In so doing, it establishes a distinction between the so-called unionist view and the secessionist approach. It offers a detailed study of current plans for a referendum on secession, as planned by the Scottish National Party (SNP), while considering its main objectives and challenges. It also includes a thorough overview of the main recommendations of the Calman Commission (2009) set up by the Government of Scotland and the Government of the United Kingdom in order to evaluate ten years of devolution. The paper concludes by offering some final reflections on the consequences of devolution for Scottish and British identity alike.

Key words: devolution; Scotland; independence; Scottish National Party.

RESUM

L'objectiu d'aquest treball és reflexionar sobre les conseqüències del procés de descentralització iniciat pel govern laborista el 1997. Aquest document estudia el desenvolupament de la descentralització escocesa des dels seus inicis fins al dia d'avui. D'aquesta manera, s'estableix una distinció entre l'anomenat punt de vista sindicalista i el secessionista. S'ofereix un estudi detallat dels plans actuals d'un referèndum sobre la secessió, tal com havia previst el Partit Nacional Escocès (SNP), a més de tenir en compte els seus objectius i reptes principals. També s'inclou una descripció exhaustiva de les principals recomanacions de la Comissió Calman (2009), creada pel Govern d'Escòcia i el del Regne Unit per tal d'avaluar els deu anys del traspàs de poders. El treball acaba amb algunes reflexions finals sobre com ha repercutit la descentralització en la identitat escocesa i britànica.

Paraules clau: devolució; Escòcia; independència; Partit Nacional Escocès.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre las consecuencias del proceso de descentralización iniciado por el gobierno laborista en 1997. Este documento estudia el desarrollo de la descentralización escocesa desde sus inicios hasta la actualidad. De este modo, se establece una distinción entre el denominado punto de vista sindicalista y el secesionista. Se ofrece un estudio

detallado de los planes actuales de un referéndum sobre la secesión, tal y como había previsto el Partido Nacional Escocés (SNP), además de tener en cuenta sus principales objetivos y desafíos. También se incluye una descripción exhaustiva de las principales recomendaciones de la Comisión Calman (2009), creada por el Gobierno de Escocia y el del Reino Unido con el fin de evaluar los diez años del traspaso de poderes. El trabajo concluye ofreciendo algunas reflexiones finales sobre cómo ha repercutido la descentralización en la identidad escocesa y británica.

Palabras clave: devolución; Escocia; independencia; Partido Nacional Escocés.

EL NIVEL SUPRAMUNICIPAL DE GOBIERNO LOCAL EN ALEMANIA

Ricard Gracia Retortillo

Profesor ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La posición jurídica de los entes locales en Alemania: autonomía local y diversidad normativa en el proceso de formación del Estado federal. 2.1. Orígenes y constitucionalización de la autonomía local: de las ideas de von Stein a la Constitución de Weimar. 2.2. La diversidad histórica en la ordenación territorial de la organización local alemana. 2.2.1. Diversidad norte-sur. 2.2.2. Diversidad campo-ciudad. 2.2.3. Diversidad este-oeste. 2.3. La posición jurídica de los entes locales en la actual República Federal de Alemania. 2.3.1. La integración de las entidades locales en la organización de los Länder, 2,3,2. La garantía de la legitimación democrática y la autonomía locales en la Ley Fundamental. – 3. El mapa local en Alemania: la planta municipal y las agrupaciones de municipios. - 4. El Kreis. 4.1. El Kreis, como agrupación de municipios de carácter necesario, 4.2. Organización, 4.2.1. La Asamblea, 4.2.2. La Comisión, 4.2.3. El Consejero estatal, 4.3. Competencias, 4.3.1. Competencias propias. 4.3.2. Competencias delegadas. 4.4. El Kreis, como administración periférica del Land. – 5. Otras agrupaciones de municipios con finalidades generales. 5.1. Los llamados "municipios-conjuntos" (Gesamtgemeinden). 5.2. Las agrupaciones locales superiores (höhere Kommunalverbände). – 6. Otras agrupaciones de municipios con finalidades específicas o sectoriales. 6.1. Las agrupaciones metropolitanas (Stadt-Umland-Verbände). 6.2. Las corporaciones locales de planificación regional (Regionen). - 7. Las mancomunidades locales (Zweckverbände). - 8. Tendencias actuales del gobierno local supramunicipal en Alemania. – 9 Referencias Bibliográficas. 10. Apéndice normativo. – Resumen-Resum-Abstract.

Artículo recibido el 01/07/2010; aceptado el 26/07/2010.

Este trabajo presenta parte de los resultados del proyecto "El nivell supramunicipal de govern local a Alemanya", que contó con una beca del Institut d'Estudis Autonòmics para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Konstanz, durante los meses de julio a diciembre de 2009, bajo la dirección del profesor Dr. Martin Ibler. A él y a todos los miembros de su cátedra quiero agradecerles muy sinceramente su amable acogida y todas las facilidades ofrecidas. En especial, a Matthias Hangst, por sus generosas orientaciones en la elaboración de este trabajo, y a Fabián Martínez y Guillermo Castro, por los buenos ratos. Mi enorme deuda de gratitud con Mercè Darnaculleta y familia espero poder compensarla a lo largo de los muchos años, que deseo que la vida universitaria nos permita seguir compartiendo. A Judit, por sus "hin und zurück" en estos meses y su cariño incondicional.

El autor agradece también las aportaciones de las dos evaluaciones anónimas a las que se ha sometido el trabajo.

1. Introducción¹

En el contexto de cambios normativos en el que se mueve hoy nuestro régimen local, puede resultar de interés acudir a los modelos comparados de nuestro entorno, y en especial, a aquellos que, como el alemán, son referencia ineludible en materia de organización territorial para el Derecho público español, sin que ello deba entenderse, no obstante, como el primer paso a una traslación aséptica y descontextualizada de las instituciones que sean objeto de estudio. Estas afirmaciones son particularmente pertinentes en relación con los procesos de reforma, y los debates inherentes a ellos, que tienen como protagonista al nivel supramunicipal de gobierno local, especialmente intensos en los últimos años no sólo en España,² sino también en la propia Alemania.

Es por ello que, partiendo de las escasas aunque notables excepciones que entre la doctrina española han atendido al estudio de esta cuestión,³ este trabajo se propone analizar la composición del "nivel

BVerfGE: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

BVerwGE: Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán.

GG: (Grundgesetz): Ley Fundamental de Bonn de 1949 o Constitución federal.

GO (Gemeindeordnung): Ley reguladora de los Municipios.

LVerf (Landesverfassung): Constitución del Land.

LKrO (Landkreisordnung): Ley reguladora de los Kreise.

KZG (Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit): Ley de cooperación local.

Las concretas referencias (y las correspondientes abreviaturas) de la normativa de régimen local citada se encuentran relacionadas en el apéndice normativo que figura al final del trabajo.

En cuanto a las denominaciones de los *Länder*, se ha utilizado la traducción castellana, para facilitar su identificación por el lector español.

- 2. En concreto, sobre la situación del nivel local supramunicipal tras las recientes reformas estatutarias, puede verse J. Tornos Mas y R. Gracia Retortillo, "La organización territorial en los nuevos estatutos de autonomía. En especial, el nivel local supramunicipal en Cataluña", en T. Font Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2008*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local Institut Dret Públic, 2009, pp. 75-116.
- 3. Desde una perspectiva general, las aportaciones más recientes son J. L. Carro Fernández-Valmayor, "El régimen local alemán: una introducción", en T. Font Llovet (dir.), Anuario del Gobierno Local 2005, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local Institut Dret Públic, 2006, pp. 223-246; y la obra colectiva F. Velasco Caballero (dir.), Gobiernos Locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2010. Centrado exclusivamente en el ámbito supramunicipal,

^{1.} En el presente trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas, manteniéndose, cuando se ha considerado oportuno para facilitar el acceso a las fuentes originales, su versión en alemán:

supramunicipal de gobierno local" en la actual República Federal de Alemania. Por dicho nivel entenderemos –sin perjuicio de posteriores precisiones– el conjunto de personas jurídico-públicas que ejercen competencias de carácter local cuyo ámbito territorial de actuación se extiende más allá del de un municipio (Gemeinde) y por debajo del de un estado federado ([Bundes]land). Precisando que tal definición supone dejar fuera, por tanto, el tratamiento de las organizaciones asociativas de entes locales (kommunalen Spitzenverbände)⁴ y que exige, a su vez, algunas referencias ineludibles al nivel municipal, queda únicamente por advertir que nuestro examen se limita a la configuración del nivel supramunicipal en los llamados Flächenländer, es decir, en los trece estados federados alemanes que resultan de excluir las denominadas Ciudades-Estado (Stadtstaaten), cuyas peculiaridades organizativas las hacen prácticamente irrelevantes a estos efectos.⁵

Hechas estas advertencias previas, nuestro estudio parte de unos breves apuntes en relación con la posición jurídica, histórica y actual, de los entes locales en general en el marco del Estado federal alemán (apartado 2), para presentar posteriormente las distintas entidades que actúan en el nivel supramunicipal (apartado 3) y entrar en el análisis, a modo de "foto fija", de cada una de ellas (apartados 4 a 7), atendiendo especialmente a su naturaleza jurídica y sus características organizativas y competenciales. El trabajo se cierra, desde una aproximación más dinámica, con una reflexión de conjunto a partir de los debates actuales en torno a la configuración territorial y funcional del gobierno local supramunicipal en los distintos *Länder* (apartado 8).

destaca, entre otros estudios suyos, J. Esteve Pardo, Organización supramunicipal y sistema de articulación autonómica y orden local. La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España, Barcelona, Civitas – Diputación de Barcelona, 1991.

^{4.} Organizaciones, que, si bien tienen una importante relevancia política y pueden llegar a disponer de algunos derechos de participación en los diferentes procedimientos normativos, no dejan de ser asociaciones de naturaleza jurídico-privada. Sobre la historia y el papel de estas concretas asociaciones representativas locales en Alemania, véanse los respectivos capítulos de Landsberg, Articus y Henneke en la renovada edición de la ambiciosa obra colectiva T. Mann y G. Püttner (dirs.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlín, Springer, 2007, pp. 937-1014.

^{5.} Las ciudades-estado son Berlín, Hamburgo y Bremen. A excepción de Bremen (que incluye Bremerhaven o puerto de Bremen), ninguna de ellas distingue entre sus funciones como entidad local y estado federado. No obstante, las referencias a Bremen también quedan fuera de este trabajo, por sus especialidades. Sobre las ciudades-estado, véase T. Mann y G. Püttner (dirs.), *Handbuch...*, pp. 717-796.

2. La posición jurídica de los entes locales en Alemania: autonomía local y diversidad normativa en el proceso de formación del Estado federal

Sin pretender llevar a cabo un estudio en profundidad de la evolución histórica del régimen local alemán,⁶ sí creemos oportuno apuntar, con carácter previo, algunos elementos que presiden su evolución más reciente y que se han erigido en pilares esenciales sobre los que se asienta el sistema de gobierno local en la actual República Federal y también, por tanto, el nivel local supramunicipal. Dos son los aspectos que queremos destacar: por un lado, la autonomía local y, por otro, la diversidad en la ordenación del régimen local.

2.1. Orígenes y constitucionalización de la autonomía local: de las ideas de von Stein a la Constitución de Weimar

Dejando de lado otros precedentes históricos anteriores, la doctrina alemana sitúa el origen de la concepción moderna de la autonomía local en los inicios del siglo XIX, con las reformas emprendidas en Prusia por el barón Karl von Stein, tras las derrotas sufridas contra Napoleón en Jena y Auerstedten (1806). El centro de las reformas realizadas lo constituye la Ley prusiana de 19 de noviembre de 1808, que ha pasado a conocerse entre nosotros como "Ordenanza de las ciudades" (Städteordnung). En esencia, con ella se pretendía fomentar la participación efectiva de los individuos en las tareas de la comunidad local y eliminar las barreras burocráticas que la dificultaban, de tal manera que la administración basada en el "espíritu comuni-

^{6.} Para ello, entre otros, A. Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 30 y ss. En lengua castellana, O. Gönnenwein, *Derecho municipal alemán*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1967 y R. Martín Mateo, *El Municipio y el Estado en el Derecho alemán*, Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación, 1965.

^{7.} A. Gern, *Deutsches...*, pp. 30-31. El barón von Stein (1757-1831) fue ministro de Economía y Finanzas del "Generaldirektorium" de Prusia entre 1804 y 1809, salvo el período de febrero de 1807 a octubre de 1808, en el que salió del Gobierno por sus diferencias con el monarca. Las derrotas militares ante Napoleón fueron precisamente uno de los detonantes de la reincorporación del barón al gobierno prusiano, siendo en dicha segunda (y corta) etapa cuando se materializaron algunas de sus propuestas más influyentes en el ámbito político-organizativo. Sobre la figura e ideas de von Stein, por todos en castellano, J. L. Mijares Gavito, *El barón vom Stein y la formación del régimen municipal moderno en Alemania*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1965.

tario" se erigiese en uno de los pilares del nuevo Estado diseñado por von Stein en su famosa "Memoria de Nassau" de 1807.8 A tal efecto, la norma prusiana dispuso expresamente que las ciudades gestionasen sus asuntos en su nombre y bajo su propia responsabilidad, como expresión, por tanto, de una primera "autoadministración" local (kommunale Selbstverwaltung).9 En las reformas de von Stein, altamente conocedor de las corrientes revolucionarias europeas de la época, subyace, pues, la idea primigenia de la autonomía local en Alemania.

Al poco tiempo, la "Ordenanza" fue, sin embargo, revisada y limitado su alcance reformador, introduciéndose medidas de un marcado carácter absolutista (1831), con lo cual no será hasta más adelante, con la consolidación del constitucionalismo, cuando recobre fuerza la idea de la autonomía local. En cualquier caso, la Ordenanza de von Stein constituye un precedente fundamental para el régimen local alemán, cuya impronta se dejará notar no solo durante el proceso de formación del Estado-nación en el mismo siglo XIX, sino también en momentos posteriores –incluso en los más dramáticos– de la historia alemana, 10 llegando su reconocimiento hasta nuestros días, cuando se han cumplido ya doscientos años de su aprobación. 11

^{8.} En otras palabras, el municipio era, para von Stein, "el punto de partida de la regeneración política nacional". J. L. Mijares Gavito, *El barón...*, p. 187.

^{9.} En consecuencia, la "Ordenanza" convertía la asamblea (Stadtverordneteversammlung) en el principal órgano del municipio, haciendo desaparecer los privilegios de tipo gremial (aunque la calidad de vecino seguía unida a la propiedad). Junto a ella, seguían existiendo el Consejo Municipal (Magistrat) y el Alcalde (Bürgermeister), sobre los cuales se reducían las facultades de intervención estatal.

^{10.} Las referencias al barón von Stein llegan incluso a la ley reguladora del ordenamiento local durante el régimen nacionalsocialista (de 30 de enero de 1935), la cual le invoca como inspirador de su regulación.

^{11.} En los últimos años, se ha conmemorado el 200° aniversario de la aprobación de la Ordenanza de ciudades de 19 de noviembre de 1808 y el 250° aniversario del nacimiento del barón von Stein (1757). Tal coincidencia temporal ha propiciado en Alemania múltiples reflexiones doctrinales sobre la construcción teórica de la autonomía local y posibles vías para su reforzamiento. Entre ellas, M. Mempel, "Von der Stein-Zeit ins 21. Jahundert - Kommunale Selbstverwaltung in Zeiten des demografischen Wandels", en *Der Landkreis*, núm. 12, 2007, pp. 607 y ss.; H-G. Henneke y K. Ritgen, "Aktivierung bürgerschaftlicher Selbst-Verwaltung in Städten, Kreisen und Gemeinden - zur Bedeutung der Lehren des Freiherrn vom Stein für die kommunale Selbstverwaltung der Gegenwart", en *DVBI*, núm. 20, 2007, pp. 1253-1266; en respuesta al anterior, H. Faber, "Erwiderung auf den Beitrag von Henneke und Ritgen zum 250. Geburtstag des Freiherrn vom Stein und zu seiner Bedeutung für die kommunale Selbstverwaltung", en *DVBI* núm. 7, 2008, pp. 437 y ss.

Más allá de su plasmación en la Ordenanza de von Stein, como decimos, la idea de la autonomía local halla su reconocimiento, con mayor o menor alcance, a lo largo del constitucionalismo alemán del siglo XIX. Siguiendo las teorías del liberalismo y las influencias francesa y belga, la Constitución de Frankfurt de 1848 dispuso que todo municipio era titular del derecho fundamental a la elección de sus dirigentes y representantes y a la administración autónoma de sus propios asuntos, incluyendo los de policía de carácter local, bajo la tutela superior del Estado legalmente establecida. La Constitución prusiana de 1850 también garantizó en su artículo 105 la propia responsabilidad de la administración municipal sobre los asuntos locales, bajo la tutela del Estado. Por su parte, la Constitución del Imperio alemán de 1871 no reguló, sin embargo, nada con respecto a los municipios, dejando en manos de los Länder la regulación del Derecho municipal.

De todos modos, fue la Constitución de la República de Weimar de 1919 la que incorporó por primera vez el término "autoadministración" o autonomía (Selbstverwaltung) a un texto constitucional, a pesar de que, evidentemente se trataba de una autonomía administrativa poco elaborada y todavía alejada de su concepción actual. El artículo 127 de la Constitución de Weimar reconocía a los municipios (Gemeinden) y a las agrupaciones de municipios (Gemeindeverbände) su "derecho a la autonomía dentro de los límites de las leyes". La regulación del régimen local quedaba, por tanto, en manos del legislador ordinario sin más límites que los de este precepto constitucional. Es en este contexto cuando nace la conocida teoría de la garantía institucional elaborada por Carl Schmitt, dirigida a impedir la supresión de determinadas instituciones presentes en la Constitución por parte del legislador, entre ellas la autonomía local. Interpretación que fue asumida por la doctrina y la jurisprudencia de la época y que, como es sabido, ha llegado hasta nuestros días. Tras el paréntesis del régimen nacionalsocialista y de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 recuperará, como veremos más adelante, la garantía constitucional de la autonomía local, utilizando para ello la influencia del mencionado artículo 127 de la Constitución de Weimar.

2.2. La diversidad histórica en la ordenación territorial de la organización local alemana

El propio proceso histórico de formación del Estado alemán, a partir de la unificación de varios estados independientes, explica, en buena parte, otra de las características definitorias de la organización territorial a nivel local: su diversidad. Los *Länder* regulan de forma diversa el gobierno local en general y particularmente también el nivel supramunicipal. Dicha diversidad tiene, no obstante, manifestaciones distintas según las variables que tengamos en consideración. En este sentido, podríamos decir que la diversidad del Derecho local alemán moderno deriva de las huellas que las sucesivas dinámicas históricas han dejado en él, con mayor o menor intensidad, atendiendo a los siguientes ejes: norte-sur; campo-ciudad y este-oeste.¹²

2.2.1. Diversidad norte-sur

En el norte, se deja sentir el pasado prusiano. Más que las ya conocidas ideas de von Stein, que quedaron pronto desdibujadas por el absolutismo, debe tenerse en cuenta la reorientación que aquéllas sufrieron de la mano de Rudolf von Gneist, quien en el último tercio del siglo XIX importó el modelo de gobierno local inglés. De acuerdo con la idea del self government, los entes locales eran concebidos como entidades carentes de intereses propios y, en consecuencia, configurados como colaboradores necesarios del Estado, quien a su vez ejercía sus competencias en el ámbito provincial. En este contexto, adquirirá gran relevancia como punto de encuentro entre ambas realidades (Estado y comunidad local) la figura intermedia del *Kreis*, ente de origen medieval, integrado en sus inicios por municipios fundamentalmente rurales para el ejercicio de competencias de ámbito supramunicipal (comarcal). 14

En los estados del sur, aunque también se propagaron algunas de las ideas de von Stein, fueron más claramente perceptibles las in-

^{12.} En particular, sobre la dualidad histórica norte-sur y campo-ciudad en la organización local alemana, véase más extensamente J. Esteve Pardo, *Organización supramunicipal...*, pp. 23-39 y 61-78.

^{13.} J. Esteve Pardo, "La reforma de Rudolf von Gneist y su definitiva impronta en la actual conformación del Kreis o ente comarcal alemán", en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 11, 1989, pp. 15-28.

^{14.} Sobre el origen del *Kreis*, G-C. von Unruh, "Der Kreis. Ursprung, Wesen und Wandlungen", en AAVV, *Der Kreis*, Vol. I, Grote, Colonia-Berlín, pp. 11-47 (pp. 18 y ss.). Entre nosotros, por todos, J. Esteve Pardo, "La reforma...", pp. 23-39, y *Organización supramunicipal...*, pp. 41 y ss.

fluencias liberales francesas del *pouvoir municipal*. Así, se partía del reconocimiento del carácter natural de los municipios, de su existencia previa a la del Estado. Como intento de limitar dicho poder local, los estados del sur tendieron a fuertes procesos de centralización, que, en la mayoría de los casos, se tradujeron también en la generalización del *Kreis* como entidad intermedia.¹⁵

2.2.2. Diversidad campo-ciudad

Otra de las variables históricas a tener en cuenta es la distinción entre municipios rurales y urbanos, muy propia del Derecho local alemán hasta el siglo XIX y que atiende a las diferentes configuraciones jurídicas de que pueden ser objeto los municipios en función de sus diversas características poblacionales. Así, por ejemplo, la Ordenanza de ciudades de von Stein no se aplicaba a los municipios rurales, sino que éstos continuaron sometidos al poder de los terratenientes (Junker), que eran guienes nombraban al Alcalde. Esta distinción pervivió en Prusia hasta la última década del siglo xix, cuando quedó sustituida por la aprobación de la Ordenanza reguladora de los municipios rurales de las siete provincias orientales, de 3 de julio de 1891. Los estados del Sur, por su parte, tendieron antes a la equiparación entre ambos tipos de municipios. Así lo hizo Baviera, por medio del edicto de 17 de mayo de 1818 y la Ley municipal de julio de 1834; Württemberg, por el edicto de 1 de marzo de 1822; y Baden, por la Ley municipal de 1831.16

Como veremos, la distinción entre ambos tipos de municipios se mantiene hoy, de forma muy matizada, y se manifiesta también en el ámbito supramunicipal, en la medida en que las grandes ciudades no se integran, conforme a lo establecido por las respectivas legislaciones de los *Länder*, en las divisiones territoriales superiores, los *Kreise*, que suelen agrupar municipios pequeños y medianos.

^{15.} Sólo en Baviera esta figura cristalizó con mayor retraso, como derivación de diferentes formas de cooperación intermunicipal, más propias de la tradición francesa. J. Esteve Pardo, *Organización supramunicipal...*, pp. 29 y ss.

^{16.} L. Parejo Alfonso, *Derecho básico de la Administración Local*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 214.

2.2.3. Diversidad este-oeste

Finalmente, no puede obviarse la división surgida de la Segunda Guerra Mundial entre la Alemania oriental y la occidental, que ha dejado también una importante huella en el actual régimen local alemán. De entrada, el reparto territorial inmediatamente posterior al fin de la guerra entre las potencias aliadas supuso que cada una de las zonas ocupadas se dotase de su específica legislación municipal, importándose en cada caso su respectiva tradición en materia de organización local.¹⁷ La influencia de estas diversas regulaciones en relación con el modelo de gobierno municipal (Kommunalverfassung) adoptado por los diferentes Länder ha sido perceptible hasta nuestros días. No obstante, dichas diferencias se han ido modulando con el tiempo hasta prácticamente desaparecer en los últimos años con la generalización de la elección directa del alcalde.¹⁸

Con la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949 y la creación de la República Federal de Alemania, las diferencias jurídicas, políticas y de todo tipo, respecto a la República Democrática no hicieron sino que trasladarse también al ámbito local. Así, frente a la garantía de la autonomía y legitimación democrática de los municipios y los *Kreise* en la Ley Fundamental, la posición de los entes locales en la Alemania oriental era equiparable sustantivamente a la existente en la época del nacionalsocialismo, en la medida en que el llamado principio del "centralismo democrático" los situaba bajo las órdenes directas de las autoridades estatales y les negaba toda capacidad jurídica y competencial distintas a las del Estado.

La reunificación de las "dos Alemanias" dio paso a la aplicación de los principios democrático y de autonomía local a todo el territorio de la nueva Federación. Antes incluso de la formalización de la unificación (el 3 de octubre de 1990), se aprobó la Constitución local de la República Democrática, (Kommunalverfassung de 17 de mayo de 1990), que regulaba el tránsito al nuevo sistema de gobierno local, hasta que los nuevos Länder se dotaran de sus propias legislaciones en la materia. La implantación de este nuevo régimen local llevó aparejada una

^{17.} M. Burgi, Kommunalrecht, 2ª ed., Múnich, CH Beck, 2008, p. 26.

^{18.} Sobre los diferentes modelos de "Kommunalverfassung" hoy, véase H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., Múnich, CH Beck, 2009, pp. 574-576.

inmediata reforma territorial a nivel municipal y de los *Kreise*, que venía a equipararse a las reformas territoriales habidas ya en la República Federal Alemana en los años 60 y 70.

2.3. La posición jurídica de los entes locales en la actual República Federal de Alemania

La diversidad en la ordenación territorial y la garantía constitucional de la autonomía local presentes en la historia alemana tienen también hoy su plasmación en la configuración que el vigente ordenamiento alemán hace de las entidades locales. Sin entrar en un análisis detallado sobre su posición jurídico-institucional, sí conviene destacar ahora que las entidades locales se caracterizan, en la actual República Federal, por un doble papel.¹⁹ Así, son, por un lado, parte del Estado en su conjunto, integrándose en él como parte de la organización de los *Länder* y, a su vez, se configuran, dentro de ella, como corporaciones dotadas de su propia legitimación democrática y autonomía.

2.3.1. La integración de las entidades locales en la organización de los Länder

Desde esa primera perspectiva organizativa, la Ley Fundamental se separa claramente de los precedentes constitucionales anteriores y deja claro que los entes locales no ocupan una posición *iusfundamental* frente al Estado sino que son parte de él en su conjunto. Ejercen el poder público estatal, que se halla descentralizado territorialmente y que en última instancia deriva del pueblo (art. 20 III GG en conexión con el art. 28.2 GG).

En este contexto y según la concepción constitucional del Estado federal alemán, en el que la estatalidad se atribuye exclusivamente a la Federación y los *Länder*, es unánime la afirmación doctrinal según

^{19.} E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", en E. Schmidt-Aßmann y F. Schoch (dirs.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14ª ed., Berlín, De Gruyter Recht, 2008, p. 21. También, F. Schoch, "Der verfassungsrechtliche Schutz der kommunalen Selbstverwaltung", en Jura 2/2001, p. 123, y C. Pielow, Autonomía Local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, Múnich, Franz Vahlen, 1993, p. 217. Entre la jurisprudencia, BVerfGE 52, 95, 112; 79, 127, 149.

la cual los entes locales forman parte de la organización de su respectivo estado federado. No cabe, por tanto, la concepción alternativa, según la cual los entes locales constituyen "un tercer pilar" del Estado federal, junto a la Federación y los *Länder.*²⁰

Esta concepción del nivel local se traduce, de entrada, en que son precisamente los propios estados federados quienes, de acuerdo con las reglas constitucionales de reparto competencial entre la Federación y los Länder, ostentan las competencias legislativas y ejecutivas sobre el Derecho local (Kommunalrecht).²¹ El Derecho local es, pues, fundamentalmente Derecho del Land (Landesrecht), con lo cual se abre paso a la diversidad normativa existente en esta materia.²² El papel de la Federación está, por tanto, muy limitado, reduciéndose en la práctica a su intervención por la vía de la financiación y de los títulos horizontales. Limitación que vino a reforzar la reforma constitucional de 2006 (Föderalismusreform I),²³ al prohibir expresamente, a través de la modificación de los arts. 84.1 y 85.1 GG, que las leyes federales puedan transferir competencias a los municipios y agrupaciones de municipios, potenciándose, de este modo, tanto la autonomía como el carácter "intraestatal" de las entidades locales.

^{20.} H. Dreier, "Art. 28", en H. Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II, 2a ed., Múnich, Mohr Siebeck, 2006, p. 469; A. Bovenschulte, *Gemeindeverbände als Organisationsformen kommunaler Selbstverwaltung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 545; H. Faber, "Art. 28 1 II y 2", en *Alternativkommentar GG*, 2002. No obstante, alguna doctrina matiza esta conclusión al referirse a la administración local como un "tercer pilar debilitado". Por ejemplo, W. Thieme, "Die Gliederung der deutschen Verwaltung", en T. Mann y G. Püttner (dirs.), *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*, Berlín, Springer, 2007, pp. 147-168. En términos similares, M. Burgi, *Kommunalrecht*, p. 12.

^{21.} Al no estar atribuida expresamente a la Federación, ni en concepto de exclusiva (arts. 71 y 73 GG), ni en concepto de concurrente (arts. 72 y 74 GG), entran en juego la cláusula general de atribución del art. 70.1. GG y la declaración general del art. 30 GG, que atribuyen residualmente la competencia a los *Länder*.

^{22.} Todos los *Länder* han aprobado sus propias leyes en la materia, que en la mayoría de casos se hallan dispersas en leyes relativas a los diferentes tipos de entidades locales (municipios, *Kreise* y otras), la cooperación local, el régimen electoral local y los tributos locales. Sólo excepcionalmente, algunos estados (Brandemburgo, Sarre y Turingia) han regulado en una misma norma los municipios y los *Kreise* o incluso junto a ellos la cooperación local (Mecklemburgo-Pomerania Occidental).

^{23.} Un análisis general de la que pretendía ser la "madre de todas las reformas" del federalismo alemán en H. Meyer, *Die Föderalismusreform: Konzeption, Kommentar und Kritik*, Berlín, Duncker und Humblot, 2008. Entre nosotros, A. Arroyo Gil, *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Barcelona, IEA, 2009. Desde una perspectiva local, H-G. Henneke (dir.), *Kommunen in den Föderalismusreformen I und II*, Stuttgart (y otras), Boorberg Verlag, 2008.

Una segunda manifestación de la integración de los entes locales en la organización de los Länder es su configuración como administración indirecta de éstos, en la medida en que ejercen poder público estatal derivado del propio Land. Así, los entes locales ejercen, junto a las competencias propiamente locales, competencias de carácter estatal que les atribuye el Land y que les lleva a actuar como administración estatal inferior ("als untere staatliche Verwaltungsbehörde"), en los términos establecidos por las legislaciones de los diferentes estados.²⁴ Eiercicio que, en ocasiones conduce incluso, como veremos en el caso del Kreis, a la confluencia de ambas administraciones en un único órgano (el consejero estatal o Landrat). Paralelamente, la integración en el Land supone que los entes locales quedan sometidos al control permanente de las autoridades estatales (Kommunalaufsicht), que si bien se restringe por regla general al control de legalidad, se extiende, en el caso de competencias delegadas o encomendadas, al ámbito de la oportunidad.

2.3.2. La garantía de la legitimación democrática y la autonomía locales en la Ley Fundamental

La diversidad jurídica que se deriva de la estrecha vinculación entre los *Länder* y el nivel local tiene un importante límite en la Constitución federal que garantiza dos principios fundamentales en el sistema de gobierno local alemán: por un lado, el principio democrático, y por otro, el de la autonomía local.

En atención a sus antecedentes históricos más recientes, la Ley Fundamental de 1949 pretendió asegurar el principio democrático en todo el Estado y, por tanto, también en sus manifestaciones en el nivel local. Es en este sentido que el art. 28.1 GG recoge la llamada cláusula de homogeneidad, según la cual "los Länder, los municipios y los Kreise deberán contar con una representación basada en elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas". De este modo, el constituyente alemán garantiza la unidad democrática del Estado y de su administración pública y obliga a que, al menos en los dos tipos de entidades locales principales (municipios y Kreise),

la población cuente con una representación democrática directa, como el primer paso para la construcción de una "democracia desde abajo hacia arriba".²⁵

Más allá del principio democrático, la piedra angular que explica la inserción de los entes locales en la estructura general del Estado es su autonomía. Siguiendo su tradición constitucional, y en especial lo dispuesto por el artículo 127 de la Constitución de 1919, la Lev Fundamental reconoce y garantiza, en su artículo 28.2, la autonomía de los municipios (Gemeinden) y de las agrupaciones de municipios (Gemeindeverbände).26 Dejando para otro momento la delimitación detallada del alcance y contenido de este principio, cuya construcción jurídico-dogmática cuenta en Alemania con una exhaustiva labor doctrinal y jurisprudencial, sí debemos recordar ahora que el cambio histórico en la sistemática constitucional del precepto relativo a la autonomía local (fuera del catálogo de derechos fundamentales) supone confirmar su concepción como una "garantía institucional", de acuerdo con lo que ya se había venido sosteniendo desde la República de Weimar. Como es conocido -en buena medida por el éxito de que dicha interpretación gozó ya entre las primeras doctrina y jurisprudencia españolas postconstitucionales— la protección de dicha garantía institucional se provecta en tres niveles, siendo su alcance sensiblemente distinto para sus diversos titulares (municipios y agrupaciones de municipios):

a) Desde el punto de vista subjetivo, la autonomía local garantiza la necesaria existencia de los titulares de la autonomía "municipios" y "agrupaciones de municipios", en tanto que instituciones. No se protege, por tanto, la subsistencia de cada uno de los municipios y agrupaciones existentes en un momento dado, sino que lo que se prohíbe es –más gráficamente— la eliminación de todo, o la

^{25.} BVerfGE 79, 127, 149.

^{26.} El art. 28.2 GG establece que: "Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las agrupaciones de municipios tienen igualmente, dentro del ámbito de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho a su autonomía. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; a estas bases pertenece una fuente impositiva que corresponde al municipio, junto con el derecho al establecimiento del tipo de gravamen y que se rige por la respectiva capacidad económica". (La traducción es nuestra).

parte esencial, del nivel administrativo municipal o supramunicipal.²⁷ Como podrá advertirse, la dificultad aquí reside en determinar el alcance de la expresión "agrupación de municipios". De entrada, cabría una interpretación amplia del término, referida a toda Corporación Local de Derecho público que actúa territorialmente por encima del municipio. No obstante, la doctrina suele convenir que el sentido de dicha expresión en el artículo 28.2 GG es mucho más restringido, de tal manera que los elementos de la definición anterior serían condición necesaria pero no suficiente para gozar de la garantía constitucional de la autonomía. En cualquier caso, no existe consenso acerca de cuáles son los aspectos definitorios de dicha expresión ni, por tanto, acerca de qué entidades gozan de la protección constitucional.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal y con la mayoría de la literatura, el concepto del artículo 28 II 2 GG es un "concepto general (Sammelbegriff) para una multiplicidad de organizaciones locales", ²⁸ que, por tanto, puede referirse a más de un tipo de entidad local supramunicipal, entre las que se encuentran en todo caso los Kreise. En efecto, a fecha de hoy existe total unanimidad en que la protección del artículo 28.2.II GG alcanza como mínimo al Kreis, al ser éste la única agrupación de municipios a la que la Ley Fundamental cita de forma expresa y le impone su legitimación democrática directa, a través de la cláusula de homogeneidad del art. 28.1 GG.²⁹

^{27.} W. Kluth, "Die kommunale Selbstverwaltung", en H. Wolff; O. Bachof y R. Stober, Verwaltungsrecht, Vol. 3, 5ª ed., Múnich, CH. Beck, 2004, p. 645.

^{28.} BVerfGE 52, 95, 111; BVerfGE 79, 127, 151. No obstante, hay que tener en cuenta que la primera de las sentencias –cuyos términos se reiteran en la segunda– parte del análisis del concepto de "agrupación de municipios" en la Constitución del *Land* de Schleswig-Holstein y no en el art. 28.2 GG. En este caso, el Tribunal Constitucional federal negó la condición de *Gemeindeverband* al *Amt*, agrupación supramunicipal de ámbito territorial inferior al del *Kreis* específica de la legislación de varios *Länder* del norte de Alemania. Sobre ello, véase el punto 5.1 de este trabajo.

^{29.} Junto a este argumento sistemático, sin duda el más extendido en la actualidad, para afirmar la garantía constitucional del *Kreis* se alegan también motivos de tipo histórico o incluso de protección de la propia autonomía municipal. Al respecto, R. Wiese, *Garantie der Gemeindeverbandsebene?*, Athenäum Verlag, Frankfurt Main, 1972, p. 29; E. Schmidt-Aßmann y H-C., Röhl, "Kommunalrecht", p. 115; M. Burgi, *Kommunalrecht*, pp. 304-305; H. Dreier, "Art. 28", p. 558; P. Tettinger, "Artikel 28 GG", en Mangoldt y Klein y Starck (dirs.), *Bonner Grundgesetz Kommentar*, Vol. 2 (Art. 20-78), 4ª ed., Múnich, 2000, p. 608; B. Pieroth, "Art. 28", en H. Jarass y B. Pieroth (dirs.), *GG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 8ª ed., Múnich, Verlag CH Beck, 2006, p. 570.

Más allá del *Kreis*, no existe una opinión mayoritaria acerca de si otras entidades locales de ámbito supramunicipal gozan de esta protección por parte de la Constitución federal, motivo por el cual será fundamental atender a lo que dispongan las Constituciones de los *Länder* en la definición de la organización local supramunicipal. Sobre ello nos detendremos más adelante al analizar la regulación de cada una de las entidades locales de ámbito supramunicipal.

b) Desde una perspectiva objetiva, se protege la institución de la "autonomía" o "autoadministración" (Selbstverwaltung), esto es, el ejercicio de un ámbito propio de competencias (Aufgabenbestand) baio la propia responsabilidad (Eigenverantwortlichkeit).30 Esta garantía está sometida a una reserva de ley, que perfecciona a la vez que limita dicha autonomía. Es justamente esta dimensión objetiva en la que se manifiesta la diferente intensidad de protección constitucional de la que gozan la autonomía de los municipios y la de sus agrupaciones (fundamentalmente los Kreise). Mientras a los primeros se les reconoce el derecho a gestionar "todos los asuntos de la comunidad local" que no estén atribuidos a otra administración (principio de universalidad), las agrupaciones de municipios solo cuentan con la garantía del "ámbito de las competencias legalmente atribuidas". En los últimos años ha sido precisamente la delimitación de las competencias entre municipios y Kreise una de las mayores fuentes de conflicto en el Derecho local alemán. De conformidad con la jurisprudencia constitucional consolidada a partir de la conocida sentencia "Rastede",³¹ en la determinación del ámbito de competencias locales por parte del legislador, rige, más allá del respeto al contenido esencial de la autonomía, un principio material de carácter específico de "reparto de tareas a favor del municipio", que actúa no solo frente al Land sino también y especialmente frente a los propios Kreise, de tal manera que solo podrán retirarse competencias a los municipios si no hay otra forma de que dichas competencias se ejerzan conforme al ordenamiento iurídico.32

^{30.} M. Burgi, *Kommunalrecht*, pp. 60 y ss.; F. Schoch, "Der verfassungsrechtliche...", pp. 121 y ss.

^{31.} BVerfGE, 79, 127, 161.

^{32.} Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales han incidido todavía más –si cabe– en esta presunción competencial a favor del municipio frente al *Kreis*. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 20 de diciembre de 2007 (BVerfGE 119, 331-394) reitera la más limitada protección de la autonomía de los *Kreis*e también en el ámbito de sus

Paralelamente, al garantizar la "propia responsabilidad" en el ejercicio de las competencias, se quiere proteger un margen de actuación y decisión de los municipios y agrupaciones sobre sus asuntos, sin injerencias ni tutelas indebidas por parte del resto de entidades públicas. De entre el conjunto de potestades (*Hoheiten*) inherentes a esta garantía, el art. 28.2.III GG se refiere expresamente a la potestad financiera de municipios y agrupaciones, si bien solo a los primeros se les reconoce el derecho a establecer tipos impositivos en sus tributos propios (art. 28.2.IV GG).

c) Por último, la garantía institucional de la autonomía local se proyecta sobre la posición jurídico-subjetiva de los municipios y agrupaciones de municipios. Con ello se asegura que podrán defenderse por vía jurisdiccional ante cualquier vulneración que pueda sufrir su contenido subjetivo y/o objetivo, ya sea por la vía ordinaria o bien por la vía específica del recurso constitucional local (Kommunalverfassung) previsto en el artículo 93.1.4) GG o en las respectivas constituciones de los Länder.

Más allá de este marco constitucional, y ante la falta de una legislación general a nivel federal, serán los propios *Länder* quienes se encargarán de regular el régimen jurídico del gobierno y la administración locales, en todos sus niveles, a través de sus propias constituciones y de las diferentes leyes en la materia, dando lugar, como analizamos seguidamente, a una amplia diversidad de modelos.

3. El mapa local en Alemania: la planta municipal y las agrupaciones de municipios

Antes de adentrarnos en el análisis de la configuración jurídica que las diversas legislaciones de los *Länder* hacen de las entidades locales supramunicipales, es precisa una presentación global del mapa local alemán, partiendo, por tanto, no solo de las características de las agrupaciones de municipios, sino muy especialmente de la planta municipal, referencia indispensable para la configuración de aquéllas.

De acuerdo con los datos oficiales disponibles,33 la República Federal de Alemania cuenta con 12.263 municipios (Gemeinden), de muy diversas características en cuanto a su población, extensión, competencias y recursos. Si nos centramos en los datos demográficos, del total de municipios alemanes, el 21,8% tiene menos de 500 habitantes, el 57.4% no llega a los 2.000 habitantes, mientras que en más de las tres cuartas partes del total (76,7%) viven menos de 5.000 habitantes. Las diferencias entre Länder muestran que, por término medio, los municipios más pequeños se encuentran mavoritariamente en los "nuevos" Länder (los surgidos de la RDA), donde el 55,4% de los municipios no llega a los 1.000 habitantes. Sin embargo, la diversidad de situaciones es mucha y se pueden encontrar casos de Länder por encima y por debajo de estas cifras, tanto entre los "nuevos" como entre los "viejos" estados federados. La clave de estas diferencias en relación con las dimensiones de la planta municipal reside en la política seguida por cada Land durante las reformas territoriales que se sucedieron en diferentes momentos históricos.

En los antiquos *Länder* estas reformas tuvieron lugar entre 1967 y 1978. Antes de ellas había en la antigua República Federal alrededor de 24.000 municipios, de los cuales 10.760 tenían menos de 5.000 habitantes. A partir de procedimientos de fusiones e incorporaciones se consiguió reducir el número de municipios a un tercio (8.505).³⁴ No obstante, el alcance con que cada Land llevó a cabo la reforma fue muy diverso. Así, mientras en unos estados (Renania del Norte-Westfalia) se impuso un sistema intensivo de fusiones obligatorias, otros (Renania-Palatinado o Schleswig-Holstein) partieron de un modelo más flexible de fusiones voluntarias, que se intentó compensar con la constitución de agrupaciones de municipios adicionales y el fomento de las formas de cooperación intermunicipal. Los resultados de estas diferentes políticas sobre la planta municipal se perciben todavía hoy de forma clara. Así, mientras en Renania del Norte-Westfalia, sólo un 0,8% de los municipios (3 de los 396 existentes) tiene menos de 5.000 habitantes, en Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein –para seguir con el ejemplo anterior- los municipios con menos de 1.000 habitan-

^{33.} El total de datos que se exponen en este apartado se extrae, salvo indicación en contrario, de los siguientes documentos: Deutscher Städtetag, 95. Jahrgang des Statistischen Jahrbuches Deutscher Gemeinden, Berlín, 2008 (datos a 1 de enero de 2008); Statistisches Bundesamt, Statistiches Jahrbuch 2008 (datos a 31 de diciembre de 2007).

^{34.} Estos datos en E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 19.

tes superan con creces la mitad del total (69,6% y 64,3%, respectivamente). Por su parte, los nuevos *Länder* no llevaron a cabo las correspondientes reformas territoriales hasta los primeros años después de la Reunificación (1990), optándose en la mayoría de ellos por una política más flexible de fusiones y la consiguiente creación de nuevas entidades intermunicipales.

Más allá del nivel municipal –o, mejor dicho, partiendo de él v de su concreta configuración— la planta local alemana se completa con una pluralidad de entidades de ámbito supramunicipal, que se caracterizan por la diversidad de su configuración jurídica y la heterogeneidad en su implantación en los diferentes Länder. Entre todas ellas nos referimos aquí al conjunto corporaciones de Derecho público de carácter local (kommunale Körperschaften) que actúan en el ámbito territorial superior al de un municipio. Partimos, por tanto, de un concepto amplio de "agrupación de municipios", que no necesariamente se identifica en todos los casos con el más restringido del artículo 28.2 GG. Fuera de este "supraconcepto" quedan, por tanto, aquellas fórmulas de cooperación intermunicipal que no tienen carácter de corporación, ya se trate de los establecimientos (Anstalten) y fundaciones (Stiftungen) de Derecho público locales o de la diversidad de fórmulas asociativas municipales previstas por las legislaciones de los Länder que no se institucionalizan en una nueva persona jurídica.

En este contexto, la principal de estas corporaciones supramunicipales no es otra que el (Land-)Kreis, 35 que, de conformidad con su tradición histórica y su ya conocida garantía constitucional, está presente en todos los Länder de forma generalizada, 36 de tal manera que constituyen un auténtico segundo nivel de gobierno y administración

^{35.} En el texto utilizamos la denominación alemana "Kreis". Aunque a veces se ha traducido, entre nosotros, como "comarca" o "distrito", la denominación literal alemana es suficientemente conocida y esclarecedora como para no apartarnos ahora de ella, evitando así la asociación de aquellos términos con su distinto significado en el ordenamiento español. Sin embargo, hay que advertir que, si bien la Constitución federal se refiere al "Kreis" (art. 28.1 GG), la gran mayoría de *Länder* ha optado –en sus diferentes regulaciones– por la denominación "Landkreis", añadiendo, pues, el prefijo "Land-" en referencia tanto a su carácter rural originario como a su estrecha vinculación con el estado federado.

^{36.} Los Kreise ocupan el 95% del territorio de Alemania y agrupan a más de 2/3 de su población.

locales. En el conjunto de la República Federal existen hoy 301 *Kreise*, ³⁷ más de la mitad de los cuales se distribuyen en los cuatro *Länder* más extensos (71 en Baviera, 38 en Baja Sajonia, 35 en Baden-Württemberg y 31 en Renania del Norte-Westfalia). En paralelo a los procesos de reformas municipales, los *Kreise* fueron también objeto de racionalización territorial. ³⁸ La generalización del *Kreis* convive, sin embargo, con la existencia de municipios que, en atención a sus dimensiones poblacionales y su capacidad de gestión, no se integran en ningún *Kreis* (*kreisfreie Städte*) y que asumen las competencias de aquéllos en su territorio. Actualmente existen 112 ciudades libres de *Kreis*, ³⁹ con una alta concentración en los *Länder* de Baviera (25) y Renania del Norte-Westfalia (23). En estos casos, el gobierno local cuenta, pues, con un único nivel territorial generalizado (el municipal).

Junto al *Kreis*, los ordenamientos de los *Länder* prevén una variada tipología de agrupaciones de municipios de implantación y configuración dispares. Por un lado, podemos hablar de una serie de entidades que cuentan con competencias propias de carácter material o general y que o bien se extienden a un ámbito territorial inferior al del *Kreis* (municipios-conjuntos o *Gesamtgemeinden*) o bien se erigen por encima de él en un tercer nivel de gobierno local (agrupaciones locales superiores o *höhere Gemeindeverbände*). Mientras la primera categoría de entidades surge fundamentalmente en aquellos *Länder* donde las reformas territoriales a nivel municipal fueron menos intensas y que cuentan todavía con un importante grado de inframunicipalismo, ⁴⁰ la segunda categoría agrupa entidades con amplia tradición histórica y que se concentran específicamente en unos *Länder* muy determinados (los *Bezirke* de Baviera o las *Landschaftsverbände* de Renania del Norte-Westfalia, entre otras).

^{37.} A 1 de enero 2008, según los datos manejados, existían 313 *Kreise*. No obstante, tenemos en cuenta aquí la reciente reforma territorial aprobada en el *Land* de Sajonia, en vigor desde agosto de 2008, y que redujo de 22 a 10 su número de *Kreise*. Sobre ello véase el apartado 8.

^{38.} En el caso de la ex-RFA, se pasó, tras las reformas de los años 60 y 70, de 425 a 235 *Kreise*.

^{39.} Se incluyen los datos de la reforma territorial habida en Sajonia, en vigor desde 1 de agosto de 2008.

^{40.} Así, por ejemplo, en Renania-Palatinado hay 163 *Verbandsgemeinde*, de las que forman parte el 98,3% del total de municipios.

A las anteriores, se añade también un conjunto de agrupaciones de municipios de carácter especial, que, si bien cuenta con una implantación cada vez más generalizada entre los diferentes *Länder*, tiene por finalidad afrontar problemáticas específicas o sectoriales, como las áreas metropolitanas (*Stadt-Umland-Verbände*) o las corporaciones para la planificación regional (*Regionalplanungskörperschaften*). Para acabar, merece especial atención la compleja figura de las mancomunidades (*Zweckverbände*) en el Derecho local alemán, de larga tradición e implantación en la prestación de determinados servicios locales.⁴¹

4. El Kreis

4.1. El *Kreis*, como agrupación de municipios de carácter necesario

Los Kreise (o Landkreise) son la manifestación más típica y fundamental de agrupación de municipios, en el sentido restringido con que hemos visto que la Ley Fundamental utiliza la expresión. Es decir, son corporaciones territoriales con garantía constitucional de su autonomía en los términos de los arts. 28.2.Il y III de la Constitución Federal y de las respectivas constituciones de los Länder.

De entrada, los *Kreise* son, pues, en todos los *Länder*, corporaciones de Derecho público con carácter territorial.⁴² Tal como la doctrina se ha encargado de puntualizar, no son "Gemeindeverbände" en el sentido literal del término (asociación de municipios), sino que los miembros de tal corporación son los habitantes de los municipios y no los propios municipios que pertenecen al *Kreis*.⁴³

^{41.} Solo en el ámbito del abastecimiento y tratamiento de aguas, por ejemplo, se contabilizan en toda Alemania más de 400 mancomunidades. Véase la web del *Institüt für Umweltverfahrenstechnik – Universität Bremen* en el siguiente enlace (última consulta el 17 de julio de 2010): http: y ywww.wasser-wissen.de ylinklisten yabwasserzweckverbaende.htm.

^{42.} Todas las regulaciones de los *Länder* reconocen expresamente la mencionada condición al *Kreis*, a excepción de la de Baden-Württemberg: Art.I S. I LKrOBay; § I Abs. I S. 2 LKrOBbg; § I Abs. I S. I LKrOHess; § 88 Abs. I KVMV; § I Abs. I S. I LKrONds; § I Abs. 2 LKrONW; § I Abs. I S. I LKrORhPf; § 140 Abs. I S. I KVSaarl; § I Abs. 2 LKrOSachs; § I Abs. 2 S. I LKrOSA; § I Abs. I LKrOSH; § 86 Abs. I KVThür.

^{43.} M. Burgi, *Kommunalrecht*, p. 303; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", pp. 118 y 120.

Como ya hemos dicho, los Kreise deben estar dotados necesariamente de una representación con legitimación democrática directa (art. 28.1 GG) y gozan de la garantía de su autonomía en las mismas tres vertientes (subjetiva, objetiva y jurisdiccional) que los municipios, si bien con una intensidad menor especialmente en relación con sus competencias propias.44 Si hay, pues, una agrupación de municipios garantizada por la Constitución federal esa es el Kreis. Por su parte, las constituciones de los estados federados reconocen dicha garantía en términos diversos. 45 Buena parte de ellas (Baden-Württemberg, Brandemburgo, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Schleswig-Holstein, Turingia) garantizan la autonomía a las "agrupaciones de municipios" en general (Gemeindeverbände), sin especificar qué tipos de entidades supramunicipales cabe incluir en ellas, trasladando, por tanto, la inicial indeterminación de la Grundgesetz. Solo en casos excepcionales, se explicita que dicha garantía se proyecta necesariamente sobre el Kreis, sea de forma exclusiva sin nombrar a ninguna otra agrupación de municipios (Mecklemburgo-Pomerania Occidental) o incluso distinguiéndola de dicha categoría genérica (Baja Sajonia, Sajonia y Sajonia-Anhalt).46

Los Kreise constituyen, pues, en todos los Länder el segundo nivel necesario en que se manifiesta la autonomía local. Sin embargo, no ocupan todo el territorio del Land, sino que, como ya hemos advertido, se admite constitucionalmente la existencia de las ciudades libres de Kreis (Kreisfreie Städte), municipios que, en función de los criterios establecidos por la respectiva legislación de régimen local (fundamentalmente poblacionales y de capacidad de gestión), no se integran territorialmente en ningún Kreis y que asumen, junto a las propias de los municipios, las competencias de aquél.⁴⁷

El marco normativo de los Kreise se perfecciona mediante la regulación propia de los Länder, que se traduce, en la mayoría de

^{44.} En los términos que ya se ha explicado en el punto 2.3.2.

^{45.} Art. 71 LVerfBW; Arts. 10 y 83 LVerfBay.; Art. 97 LVerfBbg.; Art. 137 LVerfHess.; Arts. 3, 72–73 LVerfMV; Art. 57 LVerfNds.; Art. 78 LVerfNW; Art. 49 LVerfRhPf; Art. 118 LVerfSaarl.; Art. 82.2 y 84 LVerfSachs.; Art. 2.3, 87 LVerfSA; Art. 46 LVerfSH; Art. 91 LVerfThür.

^{46.} De forma excepcional, Baden-Württemberg amplía, como veremos, la garantía constitucional de autonomía a los establecimientos y a las mancomunidades (Art. 71 LVerfBW).

^{47.} Téngase en cuenta, sin embargo, que la garantía de su autonomía lo es en calidad de municipios, de acuerdo con el art. 28.2.I GG.

casos, en una ley específica ([Land]-Kreisordnung).⁴⁸ Con carácter general, hay que destacar que el Kreis posee una doble naturaleza en la estructura federal del Estado. Además de ser Corporación Local con el derecho a la autonomía, constituye el nivel inferior de la administración desconcentrada del Land, en la medida en que ejerce las funciones de éste mediante su propia organización y bajo una estricta tutela. Esta doble dimensión tiene importantes consecuencias para la configuración jurídica del Kreis, tanto en sede organizativa como competencial, aspectos en los que profundizamos a continuación.

4.2. Organización

La organización interna (Kommunalverfassung) del Kreis es expresión de su naturaleza como Corporación Territorial. Los miembros del Kreis son sus habitantes, como cuerpo electoral, no los municipios que se integran en él, los cuales simplemente delimitan su territorio. En consecuencia, el Kreis se organiza de manera unitaria, sin que los municipios como tales formen parte de su estructura organizativa. 49 A pesar de la diversidad normativa existente entre los Länder, se pueden identificar algunos rasgos comunes entre ellos. 50 En todos los estados, las decisiones más importantes son tomadas por una Asamblea electa para los ciudadanos (Kreistag) y todos cuentan también con un órgano unipersonal en el cual confluyen la administración estatal inferior y la local, el Consejero estatal (Landrat). Además, la mayoría de Länder prevé la existencia de una Comisión (Kreissausschuss).

4.2.1. La Asamblea

La Asamblea (*Kreistag*) es el principal órgano de gobierno del *Kreis*, formado por representantes directamente elegidos por sus ciu-

^{48.} Recuérdese que, sin embargo, los *Länder* de Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sarre y Turingia regulan en una misma ley el régimen jurídico de los *Kreise* y de los municipios.

^{49.} E. Schmidt-Aßmann v H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 118.

^{50.} Una exposición detallada en H-G. Henneke, "Entwicklungen der inneren Kommunalverfassung am Beispiel der Kreisordnungen", en *DVBI*. Núm. 2, 2007, pp. 87-96. También H. Meyer, "Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme", en T. Mann y G. Püttner (dirs.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlín, Springer, 2007, pp. 679-703.

dadanos, a través del cual se da cumplimiento a las previsiones del art. 28.1 GG.⁵¹ El número de miembros del Kreistag se determina legalmente en función de la población del Kreis, resultando en buena parte de los casos excesivamente elevado para garantizar un funcionamiento ágil. La duración de su mandato es de seis años en Baviera y de cinco años en el resto de Länder, después de que se ampliase dicho periodo en los Länder de Hesse y Schleswig-Holstein, que lo mantenían en cuatro. Entre las atribuciones de este órgano colegiado se encuentran, como hemos dicho, las más importantes del Kreis, que no pueden ser delegadas en los otros órganos: el ejercicio de la potestad normativa, decisiones en materia de organización y personal, la aprobación de los estatutos y el establecimiento de la contribución económica que los municipios realizan al Kreis (Kreisumlage). Junto a ellas, las legislaciones de los Länder les reconocen una serie de competencias menores que sí pueden ser delegadas, distinguiéndose aguí dos modelos, en función del destinatario de la delegación: uno, en el que el Kreis puede delegar a la Comisión o al jefe de la administración del Kreis v otro. donde la delegación se realiza a comisiones deliberativas.⁵²

4.2.2. La Comisión

Salvo en Baden-Württemberg, Sajonia y Sajonia-Anhalt, todos los Kreise cuentan con un órgano colegiado elegido por la Asamblea, denominado Comisión (Kreisausschuss). Su finalidad es fundamentalmente la de agilizar el proceso de formación de voluntad de la propia Asamblea, que en la mayoría de casos se ve dificultado por sus dimensiones. Su concreta posición orgánica varía de un Land a otro. En la mayoría de casos, la Comisión se configura como un tercer órgano del Kreis, junto al Kreistag y el Consejero estatal y asume, por tanto, una serie de competencias propias asignadas por ley, además de las delegadas por el resto de órganos y las que residualmente le corresponden, al no estar atribuidas legalmente a ningún otro órgano. En otros supuestos (Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania-Palatinado, Turingia y Schleswig-Holstein), la Comisión carece de la condición de

^{51.} De acuerdo con el art. 28.1.III GG, el derecho de voto se extiende también a los ciudadanos comunitarios. En algunos *Länder*, se reconoce también el derecho de sufragio activo a los menores a partir de 16 años.

^{52.} H-G. Henneke, "Entwicklungen...", p. 92.

órgano independiente, en la medida en que forma parte de la propia Asamblea y ejerce tareas de preparación de las sesiones o coordinación de sus comisiones. Único es el sistema de organización del *Kreis* en Hesse que, tal como sucede ya en el nivel municipal, reproduce el llamado modelo de "magistratura" (*Magistratsverfassung*), de tal manera que sus miembros no provienen de la Asamblea, sino que son designados por el propio Consejero estatal.

4.2.3. El Consejero estatal

El Consejero estatal (*Landrat*) es un órgano unipersonal del *Kreis*, que ejerce su representación hacia el exterior así como la dirección interior de su administración (*Landratsamt*).⁵³ Esta función de dirección se refiere a todas las competencias ejercidas por el *Kreis*, ya sean competencias propias, delegadas o encomendadas por el estado federado. Adicionalmente, el *Landrat* ejerce como órgano desconcentrado de la administración del *Land*, en su nivel inferior (*untere staatliche Verwaltungsbehörde*), cumpliendo así una importante función en el sistema federal, como punto de conexión entre la administración estatal y la local. Singularmente, en algunos *Länder*, el *Landrat* es también el presidente de la Asamblea, si bien no siempre goza del derecho de voto.⁵⁴

Una de las cuestiones que ha suscitado mayores cambios normativos en cuanto al régimen jurídico del *Kreis* en los últimos años es sin duda el sistema de nombramiento y elección del *Landrat*. Hasta el principio de la década de los noventa, el Consejero estatal era elegido por la Asamblea en la mayoría de estados, si bien en Renania-Palatinado y Sarre era todavía designado directamente por el *Land*. Sólo en Baviera era elegido por los ciudadanos. En la última década el sistema de elección directa (*Urwahl*) se ha extendido mayoritariamente, ⁵⁵ de manera

^{53.} En el *Land* de Hesse esta función de dirección le corresponde prioritariamente a la Comisión, en coherencia con el modelo organizativo ya apuntado anteriormente.

^{54.} Arts. 20.1.I, 32 VI LKrOBW (sin voto); Art. 33.1 LKrOBay; 25.2.I LKrONW; 29.1 LKrORhPf; 171.7 I 42 KVSaarl (sin voto); 25.1, 32.1 LKrOSachs.

^{55.} En una tendencia muy similar a la existente en el nivel municipal, con la introducción de la elección directa del alcalde, siendo, por tanto, trasladables a nuestros efectos muchas de las reflexiones habidas en cuanto a la motivación de tal medida. Al respecto, S. Díez Sastre, "La elección directa del Alcalde en Alemania", en T. Font Llovet (dir.), *Anuario del Gobierno Local 2004*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local- IDP, 2005, pp. 233-253.

que hoy el *Landrat* es elegido directamente por los ciudadanos en todos los *Länder*, con las únicas excepciones de Baden-Württemberg y Brandemburgo, donde es elegido por la Asamblea. Las legislaciones son, no obstante, mucho más diversas en cuanto a la duración del mandato del *Landrat*, el cual se extiende hoy desde los seis hasta los nueve años, según los casos. ⁵⁶ La introducción de la elección directa del *Landrat* ha supuesto, además de una evidente democratización del *Kreis* en general, un fortalecimiento de la posición de dicho órgano en el conjunto de la organización interna del *Kreis*, especialmente en su relación con la Asamblea. Los eventuales problemas derivados de este cambio de equilibrio de fuerzas se intentaron compensar por algunos *Länder* (Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia) con la reducción de la duración del mandato del Consejero estatal a los cinco años. No obstante, recientemente han vuelto a ampliar tal periodo a los ocho años. ⁵⁷

4.3. Competencias

La doctrina alemana actual identifica dos modelos en cuanto a forma en que las legislaciones de los Länder atribuyen las competencias a los entes locales: el modelo "dualista" (Aufgabendualismus) y el modelo "monista" (Aufgabenmonismus). De manera sintética, el primero distingue entre competencias propias o autónomas (Selbstverwaltungsaufgaben), que corresponderían al círculo de acción sobre asuntos propiamente locales (eigener Wirkungskreis), y competencias estatales (Auftragsaufgaben), aquéllas que inicialmente se encuentran fuera de este círculo de acción local, pero que les son delegadas por el Land (übertrageger Wirkungskreis). Dentro de las competencias propias o autónomas, se diferencia al mismo tiempo entre las competencias obligatorias y las voluntarias. 58 Por su parte,

^{56.} En Hesse y Turingia el plazo es de seis años, en Sajonia y Sajonia-Anhalt de siete, y en Baden-Württemberg, Brandemburgo, Baja Sajonia, Renania-Palatinado y Sarre de ocho. En Schleswig-Holstein, de seis a ocho y en Mecklemburgo-Pomerania Occidental, de siete a nueve años, según lo que fijen las correspondientes ordenanzas (*Hauptsatzung*) del *Kreis*.

^{57.} H-G. Henneke, "Entwicklungen...", pp. 91-92.

^{58.} Siguiendo a E. Schmidt-Aßmann y H-C., Röhl, ("Kommunalrecht", p. 116), se incluyen en este modelo dualista de atribución de competencias Baviera, Baja Sajonia, Renania-Palatinado, Sarre, Sajonia-Anhalt, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Turingia. Por su parte, M. Burgi, define el modelo de Mecklemburgo-Pomerania Occidental como monista (Kommunalrecht, p. 89).

el modelo monista no conoce la distinción entre competencias locales y estatales, sino que parte de un único concepto de "competencias públicas" en el territorio del ente local a la vez que distingue entre competencias voluntarias (Freiwilligeaufgaben), competencias obligatorias pero libres de instrucciones (weisungsfreie Pflichtaufgaben) y competencias obligatorias para su cumplimiento conforme a instrucción o dirección (Plfichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung).59 La distinción de estos dos modelos no es puramente académica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas, especialmente en cuanto al control o tutela que ejerce la administración estatal sobre ellos en los casos de competencias delegadas por ley. En este sentido, en los modelos dualistas se parte de la existencia de un derecho ilimitado de la autoridad delegante para ejercer la tutela de oportunidad, en la medida en que expresamente la ley no establezca lo contrario. En cambio, en los modelos monistas la tutela de oportunidad sólo se ejercerá de acuerdo con la expresa atribución por ley de esta posibilidad.60

Este modelo general, normalmente construido en torno a las competencias municipales, es también plenamente aplicable a los Kreise, ya que así se deduce también de las diferentes legislaciones de los Länder. 61 Sin embargo, la distinción de estos dos modelos puede acompañarse, con un objetivo puramente descriptivo, de la existencia de dos grandes tipos de competencias: 1) las que corresponden al círculo de acción propio de los entes locales (Aufgaben im eigenen Wirkungskreis) y 2) las que les son atribuidas o asignadas por ley estatal (Aufgaben im übertragegenen Wirkungskreis o Auftragsangelegenheiten), con independencia de que éstas últimas se consideren propiamente locales o estatales. 62

^{59.} Responden al modelo monista las legislaciones de Baden-Württemberg, Brandemburgo, Hesse, Renania del Norte-Westfalia, Sajonia, Schleswig-Holstein. Como ya hemos dicho, Burgi incluye aquí también Mecklemburgo-Pomerania Occidental.

^{60.} Al margen de eso en los dos modelos cabe, de principio, el control de legalidad para todo tipo de competencias. Véase al respecto, M. Burgi, *Kommunalrecht*, pp. 80-102; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", pp. 40-50.

^{61.} Arts. 5 y 6 LKrOBay; 89 y 90 KVMV; 3 y 4 LKrONds; 2 LKrORhPf; 2 LKrOSachs; 2 y 3 LKrOSH; 144 y 145 KSGSaarl; 4 y 5 LKrOSA; 87 y 88 LKrOThür.

^{62.} Como ya hemos visto, de acuerdo con la reforma constitucional de 2006, dicha ley solo podrá ser ley del *Land* (arts. 84.1.VII y 85.1 GG).

Aplicando estas consideraciones a los *Kreise*, distinguimos, pues, entre sus competencias propias y las competencias transferidas o delegadas por ley. Además, es importante recordar que los *Kreise* ejercerán también competencias como división territorial inferior de la administración del *Land* para el desarrollo de sus funciones.

4.3.1. Competencias propias

Dentro de las competencias propias o del círculo de acción propio de los *Kreise* se incluyen tanto las competencias voluntarias como aquellas que tienen carácter obligatorio pero no están sometidas a las instrucciones estatales.⁶³ Como ya hemos visto, de la garantía constitucional de los *Kreise* se deriva la necesaria existencia de un mínimo competencial, que tendrá que ser determinado por la ley. Tal determinación tiene lugar en la mayoría de ocasiones por contraste o referencia con las competencias municipales y es, en este sentido, que se hace preciso prestar especial atención al grado de respeto que dicha operación manifieste para con la garantía constitucional de la autonomía municipal. En todo caso, hay que recordar que las tradicionalmente problemáticas relaciones competenciales entre municipios y *Kreise* se resuelven en la actualidad a partir del principio material de atribución de competencias en favor del municipio, surgido a partir de la sentencia "Rastede" y hoy fuertemente consolidado.

Entre las competencias propias de los *Kreise*, es tradicional distinguir a nivel doctrinal la siguiente clasificación.⁶⁴

a) Competencias supramunicipales (übergemeindliche o gemeindeübergreifende Aufgaben). Se refieren a aquellos asuntos que tienen carácter marcadamente supramunicipal. Por su naturaleza, se trata de competencias que exceden el ámbito territorial de un municipio y responden a la demanda del conjunto de la población de un Kreis, siendo éste, pues, el ámbito territorial más adecuado para su ejercicio. La asignación legal de estas competencias se produce a partir del

^{63.} Todas estas competencias estarán únicamente sometidas, por regla general, al control de legalidad.

^{64.} H. Meyer, "Die Entwicklung...", pp. 672 y ss; M. Burgi, Kommunalrecht, pp. 307 y ss; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", pp. 116 y ss. También, J. L. Carro Fernández-Valmayor, "El régimen...", pp. 239 y 240.

sistema de cláusulas generales en las diferentes legislaciones de régimen local y la consecuente atribución por medio de una ley sectorial específica en materias determinadas. Esta atribución específica por ley puede derivarse de una transferencia inicialmente asumida como voluntaria que se transforma en obligatoria o bien por la decisión del legislador de atribuir al *Kreis* una competencia que inicialmente era municipal.

Los ámbitos materiales a los que se extienden las competencias supramunicipales del *Kreis* son muy diversos. Ejemplos de competencias normalmente obligatorias son, dentro de su ámbito territorial, el mantenimiento de carreteras, la titularidad de servicios de transporte público de personas, institutos (*Gymnasien*) y escuelas profesionales (*Berufsschulen*), entre otros. Entre las típicas competencias voluntarias de ámbito supramunicipal se incluyen los museos y bibliotecas, así como el fomento económico regional.⁶⁵

- b) Competencias complementarias (ergänzende Aufgaben). Se trata de aquellas competencias que asume el Kreis como consecuencia de la falta de capacidad económica o de gestión suficiente de uno o de diversos municipios que se integran en su territorio y que eran los competentes inicialmente. Cuándo y en qué medida eso se produce no se puede determinar con carácter general y previo, sino que, con el fin de respetar la autonomía municipal, se debe remitir a las circunstancias de cada caso. Las legislaciones en materia local hacen referencia a esta competencia en términos muy genéricos e imprecisos, que a veces se confunden con las competencias compensatorias.
- c) Competencias compensatorias (ausgleichende Aufgaben). Estas competencias están dirigidas a apoyar la actuación de los municipios más débiles del territorio del Kreis. Están íntimamente ligadas a la idea de solidaridad intermunicipal. El Kreis actúa aquí con el objetivo de alcanzar un efecto compensador, de equilibrio territorial, y garantizar un mismo nivel de capacidad de gestión para todos los municipios de manera tal que se asegure a toda la población del Kreis unas condiciones similares en la prestación de sus servicios. La delimitación del alcance de este tipo de competencias ha sido objeto de una intensa polémica doctrinal. Así, mientras se ha aceptado sin problemas

la inclusión de la asistencia técnica o jurídica como medio de compensación o equilibrio, se ha puesto en duda la admisibilidad de medidas económicas o financieras con esta finalidad. Contra ellas, se ha alegado que vulneran la garantía financiera del resto de municipios integrados en el *Kreis*, ya que se afecta al *Kreisumlage*, es decir, al total de las aportaciones que, de acuerdo con la ley, los municipios hacen al *Kreis*, y que supone buena parte de los ingresos de éste. En todo caso, el Tribunal Administrativo Federal ha admitido expresamente la posibilidad de prestar ayudas financieras en ejercicio de competencias compensatorias.⁶⁶

Las legislaciones de los *Länder* tratan de manera muy diversa esta cuestión, si bien tienen en común su ambigüedad y su difícil encaje en las dos categorías doctrinales anteriores. Por su parte, Baviera, Turingia, Renania del Norte-Westfalia y Sarre no prevén expresamente ninguna mención relativa a las competencias de carácter complementario ni compensatorio. El resto de nueve estados han optado por una cláusula general en términos muy variados. Mientras Baden-Württemberg, Renania-Palatinado y Sajonia hablan de una tarea de "apoyo" (*Unterstützung*) a los municipios integrados en el *Kreis*, el resto de *Länder* le atribuyen una función de promoción o impulso (*fördern*) y complemento (*ergänzen*), sin concretar más allá su significado.⁶⁷

d) La llamada "competencia-competencia" (Kompetenz-Kompetenz). A pesar de la aparentemente clara sistematización doctrinal de tareas que acabamos de presentar, los legisladores de los Länder han advertido las dificultades que de la concreta aplicación del derecho positivo se derivan para la correcta articulación de competencias entre municipios y Kreise. En este contexto, buena parte de los estados federados han previsto, con mayor o menor detalle, un mecanismo que dota al sistema de una cierta flexibilidad: la posibilidad de que el Kreis asuma singularmente como competencia propia una competencia municipal, previamente determinada. Para proteger la autonomía municipal, las diferentes legislaciones disponen una serie de cautelas: en todo caso, el acuerdo tiene que ser aprobado

^{66.} BVerwGE 101, 99, 104 y ss.

^{67.} H. Meyer, "Die Entwicklung...", p. 675.

^{68.} Arts. 52 LKrOBay; 2.2 LKrOBW; 4.1 y 2 LKrOBbg; 19 LKrOHess; 89.3 KVMV; 3.2 LKrONds; 2.3 LKrORhPf; 143.3 y 4 KVSaarl; 21 LKrOSH; 87 KVThür.

por el *Kreistag* por mayoría cualificada y, a veces, se exige también la necesaria solicitud del municipio o bien que el *Kreis* cuente con la organización suficiente para ejercer la competencia asumida en el municipio en cuestión. Asimismo, la doctrina ha señalado que esta medida sólo se puede tomar en contra de la voluntad del municipio si el ejercicio de la competencia comporta un aumento desproporcionado de los costes.⁶⁹

4.3.2. Competencias delegadas

El ámbito competencial de los *Kreise* se construye también a partir de la atribución por ley de competencias estatales. Con independencia de que se parta de un modelo dualista o monista en la asignación de competencias, ésta es una posibilidad que está prevista en todas las legislaciones de los *Länder*. En unos casos, la transferencia se realiza en concepto de competencias encomendadas (*Auftragsangelegenheiten*), mientras que la mayoría de *Kreisordnungen* habla de competencias sometidas a instrucción (*Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung*). Como ya hemos dicho, la distinción del modelo de atribución de competencias comportará una diferente configuración del modelo de control sobre el *Kreis*.

Como consecuencia de su rol intermedio entre la autonomía municipal y la administración estatal, los *Kreise* asumen buena parte de sus funciones en concepto de competencias de su "círculo de acción delegado". Así, es habitual reivindicar el papel de los *Kreise* como primer escalón local en el que puede residenciarse la descentralización de competencias en el marco de la llamada reforma funcional (*Funktionalreform*) allí donde esté proyectada.⁷⁰

4.4. El Kreis, como administración periférica del Land

Además de entidad local, el *Kreis* es también la demarcación territorial del nivel inferior de la administración estatal. El territorio del *Kreis* es, pues, la última ramificación de la estructura de la admi-

^{69.} E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 118.

^{70.} H. Meyer, "Die Entwicklung...", p. 678. Sobre ello volveremos al final de este trabajo.

nistración del *Land*, que no llega, con la excepción del ámbito policial, al nivel municipal.⁷¹

Como ya se ha advertido, a nivel del Kreis, la administración estatal confluye con la administración local, de tal manera que la administración del Kreis (Landratsamt) y en especial su jefe (el Landrat) se integran en la ejecución de las tareas estatales. La forma de esta integración varía, sin embargo, según el Land. En la mayoría de casos, 72 el Landrat (o el conjunto del Landratsamt)⁷³ actúa como administración estatal inferior por la vía del préstamo de órganos o de institución (Organleihe o Institutionsleihe).74 De acuerdo con esta técnica, el Kreis "cede" su estructura administrativa al Land para que éste pueda prestar sus competencias en territorio del Kreis. En este sentido, el Kreis se somete al control de oportunidad y también orgánico por parte de las autoridades superiores del Land (Fach- und Dientsaufsicht der übergeordneten Staatsbehörden)75, que va, pues, mucho más allá de la tutela de legalidad a que se someten las competencias propias del Kreis o incluso de la tutela de oportunidad en el caso de las competencias delegadas. El ejercicio de la competencia se realiza, entonces, por cuenta ajena, de tal manera que será el Land y no el Kreis quien responda de los daños que se puedan derivar de su actividad. Este control se ejerce por diferentes autoridades según el Land. En aquellos estados donde la administración del Land cuenta con una instancia periférica intermedia (Regierungsbezirk o Regierungspräsident), será éste guien ejerza el control sobre el Kreis. Mientras que en el resto de estados son directamente las autoridades superiores o el propio Ministerio del Interior del Land quien ejerce la tutela en los términos que acabamos de exponer.

^{71.} T. Whieme, "Die Gliederung...", pp. 152-153.

^{72.} Arts. 1.3.II LKrOBW; 37.1.II LKrOBay; 68 LKrOBbg; 8.1 KrONW; 55. 1 LKrORhPf; 111.1 KVThür. En el caso de Hesse, eso sólo se da en menor medida (art. 55.2 LKrOHess).

^{73.} Recordamos que mientras los *Länder* del sur denominan esta entidad en función del conjunto de la estructura organizativa (*Landratsamt*) en el norte se utiliza el criterio personal (*Landrat*). H. Maurer, *Allgemeines...*, pp. 554-556.

^{74.} Coherentemente con la distinción de denominación entre *Landrat* y *Landratsamt*, alguna doctrina distingue entre préstamo de órgano y préstamo de la institución en su conjunto. M. Burgi, *Kommunalrecht*, p. 306. Sobre el concepto y alcance de esta técnica, véase, entre otros, H. Maurer, *Allgemeines...*, pp. 538-540 y 558-559.

^{75.} E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 119.

Por otra parte, en algunos *Länder*, el ejercicio de las competencias estatales no se confía exclusivamente a un único órgano o institución del *Kreis* (como el *Landrat*), sino al *Kreis* en su conjunto.⁷⁶

Las principales funciones del *Kreis* como administración estatal inferior tienen que ver con los asuntos policiales y el control estatal sobre los municipios integrados en el *Kreis*. A estas, hay que añadir un gran número de competencias en los términos en que las leyes de organización administrativa del respectivo *Land* (*Landesorganisationsgesetze*) y el resto de la legislación sectorial le atribuyen de acuerdo con dicha condición. Por último, el *Kreis* puede tener también un papel importante como "transmisor" de competencias de la administración estatal a los municipios, dado que, por una parte, les puede delegar competencias, y, por otra, su intensa relación con la administración estatal da lugar a programas o actuaciones marco en el territorio que requieren a su vez de la posterior ejecución a nivel municipal.⁷⁷

5. Otras agrupaciones de municipios con finalidades generales

De acuerdo con el concepto amplio de agrupaciones de municipios del que hemos partido, en Alemania es posible identificar otros tipos de entidades supramunicipales, más allá de los *Kreise*. Entidades que, si bien no responden, como lo hacen aquéllos, a una implantación homogénea en toda la Federación, ni parten de un mínimo régimen jurídico común que permita analizar de manera conjunta sus elementos característicos, sí que comparten con los *Kreise* su vocación generalista o universal en cuanto al ámbito material y funcional al que se pueden extender sus competencias. Y que han acabado teniendo, por tanto, un importante peso práctico allí donde están previstas. Todas estas agrupaciones de municipios responden a un mismo fundamento: la necesidad de atribuir forzosamente un amplio conjunto de competencias a una entidad local que, por unos u otros motivos (técnicos, económicos o incluso históricos), se considera más adecuada para la satisfacción de las necesidades locales.

^{76.} Arts. 4. 2 LKrONds; 140.2, 144.1 KVSaarl; 5 LKrOSA; 2.5 LKrOSachs.

^{77.} J. Esteve Pardo, Organización supramunicipal..., pp. 170-171.

Teniendo en cuenta que hablamos de categorías de creación doctrinal, que acogen en su interior realidades con denominaciones y configuraciones jurídicas diversas en los diferentes *Länder*, podemos distinguir dos tipos de agrupaciones de municipios de ámbito general, según si éstas se sitúan territorialmente por debajo del *Kreis* ("municipios-conjuntos" o *Gesamtgemeinden*) o bien por encima de él (agrupaciones locales superiores o *höhere Kommunalverbände*).

5.1. Los llamados "municipios-conjuntos" (Gesamtgemeinden)

Bajo el concepto de "municipios-conjuntos" (Gesamtgemeinden) –cuya creación se atribuye a H. J. Wolff⁷⁸– se incluye una serie de formas de agrupación intermunicipal que tienen lugar en el marco de los pequeños municipios rurales. En términos generales, se trata de entidades locales formadas por la agrupación de municipios contiguos de un mismo Kreis para el ejercicio de competencias mediante un aparato administrativo común. Son, pues, agrupaciones de municipios a las que la ley reconoce una serie de competencias, además de las que les pueden delegar los propios municipios que se integran en ellas (Ortsgemeinden), sin que éstos pierdan, por otra parte, su carácter de corporación autónoma. Es en este sentido que se ha afirmado que en estos supuestos se crean entidades locales de carácter multinivel (mehrstufigen kommunale Organisationseinheiten).⁷⁹

La finalidad de este tipo de agrupaciones es, por tanto, doble: primero, reforzar la capacidad de gestión de los pequeños y medianos municipios, de tal manera que se asegure el correcto ejercicio de sus competencias y, segundo, conservar de forma equilibrada su identidad e integridad político-institucional. En general, estas entidades tienen su origen en las fusiones municipales derivadas de las reformas de los años setenta y que se extendieron también a los nuevos *Länder* después de la Reunificación. Así, el peligro del alejamiento de la democracia local derivado de la supresión de municipios se compensó mediante la creación de un doble nivel administrativo, muy

^{78.} M. Burgi, *Kommunalrecht*, p. 300; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 122.

^{79.} W. Bogner, "Mehrstufige kommunale Organisationseinheiten", en T. Mann y G. Püttner (dirs.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Springer, Berlín, 2007, pp. 245-267; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 122.

especialmente allí donde las fusiones fueron menos intensas y, por tanto, donde cabía pensar que la capacidad de gestión seguiría necesitando de la cooperación supramunicipal. Sin embargo, las *Gesamtgemeinden*, que ciertamente nacieron como una solución transitoria, se han convertido hoy en una respuesta del todo estable⁸⁰ y de una más que demostrada eficacia,⁸¹ como demuestra su gran implantación en buena parte de los *Länder*.

Antes de referirnos precisamente a las diversas manifestaciones de este tipo de agrupaciones, cabe todavía una última reflexión general. Desde el punto de vista constitucional, la relación entre las Gesamtgemeinden v los municipios que se integran en ellas plantea algunos interrogantes. De entrada, aunque la esencia cualitativa del ejercicio de las competencias reside en las Gesamtgemeinden, los municipios miembros conservan su derecho a la autonomía en los términos del artículo 28.2.1 GG y, con él, claro está, el principio de universalidad sobre los asuntos locales. En consecuencia, se plantea si es suficiente la eventual protección constitucional que puedan recibir estos "municipios-conjuntos", como agrupaciones de municipios (Gemeindeverbände) en los términos del artículo 28.2.II GG o bien deberían gozar de una protección "cuasi-municipal".82 Por otra parte, se acepta, sin embargo, la constitucionalidad de la integración obligatoria de un municipio en una Gesamtgemeinde. El Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que estos casos no suponen ninguna inierencia inadmisible en la autonomía municipal, siempre que los municipios conserven su carácter de corporación territorial, su autonomía político-democrática y que no se vacíe de contenido su círculo de competencias propias.83

A excepción de Renania del Norte-Westfalia y Sarre, que cuentan con una planta municipal altamente racionalizada, 84 todos los *Länder*

^{80.} W. Bogner, "Mehrstufige...", p. 267.

^{81.} E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 122.

^{82.} En cualquier caso, habrá que atender, como enseguida veremos, a cada una de las configuraciones legales que las *Gesamtgemeinde* reciben en cada uno de los *Länder*, para definir en qué términos se concreta esta garantía. M. Burgi, *Kommunalrecht*, p. 300; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 122.

^{83.} BVerfGE, 107, 1, 17 y ss. Al respecto, W. Kluth, "Die kommunale...", p. 755.

^{84.} En Sarre no hay ningún municipio menor de 5.000 habitantes y en Renania del Norte-Westfalia sólo un 0,8% de los municipios no alcanzan esta cifra.

prevén la existencia de algún tipo de "municipio-conjunto". No obstante, su denominación, estructura y ámbito competencial varían notablemente de un *Land* a otro. La diversidad normativa existente puede reconducirse a tres modelos diferentes:

a) Un modelo "fuerte", propio de los "municipios-conjuntos" en sentido estricto o Samtgemeinden de Baja Sajonia y los "municipiosagrupación" o Verbandsgemeinden de Renania-Palatinado. 85 Se trata, sin duda, de las Gesamtgemeinden que tienen una posición jurídica más reforzada. Son corporaciones de Derecho público con autonomía, cuyos órganos de gobierno (asamblea y jefe de la administración) se eligen directamente por los ciudadanos. Eiercen fundamentalmente competencias de procedencia municipal, respecto de las cuales los municipios integrados en ellas no tienen capacidad alguna de decisión. Una de las diferencias principales entre ambos supuestos reside en su forma de creación. Mientras las Verbandsgemeinden de Renania-Palatinado se crean por ley de manera general extendiéndose a todo el territorio del Land (con excepción de las ciudades libres de Kreis), en el caso de Baja Sajonia se parte de su constitución voluntaria a partir del acuerdo de los propios municipios. Aunque se ha llegado a calificar este tipo de entidades como verdaderos "municipios de municipios"86 o "municipios federales" 87 y se admite que la garantía de su autonomía goza de protección constitucional, se discute, dogmáticamente, si esta protección se deriva de su condición de agrupación de municipios (28.2.II GG) o bien si estas entidades se pueden equiparar efectivamente a la garantía más intensa de los municipios (28.2.1 GG).88

b) El modelo de las "administraciones comunes" o Ämter (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Schleswig-Holstein). Son corporaciones de Derecho público carentes de naturaleza territorial, propias de algunos Länder del norte. Sobre su constitución, modificación y disolución deciden en última instancia las

^{85.} Arts. 71-79 GONds; 64-73 GORh-Pf.

^{86.} J. L. Carro Fernández-Valmayor, "El régimen...", p. 244.

^{87.} W. Bogner, "Mehrstufige...", p. 250.

^{88.} A. Bovenschulte, Gemeindeverbände..., p. 320; W. Kluth, "Die kommunale...", p. 755.

^{89.} Amtsordnung Brandemburgo, de 10 de octubre de 2001 (última modificación de 4 de junio de 2003); arts. 125 y ss. KVMV; Amtsordnung Schleswig-Holstein de 28 de febrero de 2003.

autoridades gubernativas del *Land*, previa intervención de los municipios –e incluso, en algunos casos, de los *Kreise*– afectados. Ejercen competencias de asesoramiento técnico y administrativo (p.ej. preparación de decisiones o resoluciones del Pleno y del alcalde de los municipios) en los términos atribuidos por la ley, además de aquellas que les puedan delegar los municipios. Su organización consta, en términos generales, de un órgano colegiado con carácter deliberante y un órgano unipersonal con funciones de dirección. Se discute su consideración como "agrupaciones de municipios" a efectos de la protección constitucional del artículo 28.2.II GG. Tal condición ha sido negada expresamente por la jurisprudencia constitucional para el caso de los *Ämter* de Schleswig-Holstein, mientras que, en Brandemburgo, se ha excluido también su capacidad para interponer el recurso constitucional en defensa de la autonomía local.⁹⁰

c) Un tercer modelo, el más numeroso y diverso en la práctica, es el de las "comunidades administrativas" o Verwaltungsgemeinschaften (Baviera, Baden-Württemberg, Hesse, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia)91. Como los Ämter, son corporaciones de Derecho público con carácter no territorial, que no se crean directamente por ley, sino a partir del acuerdo inicial de los municipios, finalmente perfeccionado por la intervención estatal. Entre la diversidad de requisitos legales establecidos para su constitución, se establece en muchas ocasiones la necesidad de que la comunidad administrativa cuente con un mínimo poblacional (que oscila en la práctica de los 2.000 a los 10.000 habitantes). En cuanto a sus competencias, algunas legislaciones distinguen –sin definir claramente su alcance– las competencias que las comunidades "ejecutan o gestionan" para el municipio (Erledigungsaufgaben) de aquéllas que "cumplen" en el lugar de los propios municipios (Erfüllungsaufgaben). Todas ellas vienen asignadas, de entre el círculo propio de competencias de los municipios miembros de la comunidad administrativa, por ley o por delegación municipal y se

^{90.} BVerfGE 52, 95, 111; Sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* de Brandemburgo (LVerG Bbg 8, 71). A favor de su consideración como agrupación de municipios en el sentido constitucional, entre otros, B. Pieroth, "Art. 28", p. 580.

^{91.} En Baden-Württemberg reciben el nombre de "Gemeindeverwaltungsverband" (asociación administrativa de municipios) y en Sajonia "Verwaltungsverband" (asociación administrativa). Arts. 59 GOBW; Verwaltungsgemeinschaftsordnung Baviera de 26 de octubre de 1982; art. 30 Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit Hesse; Gesetz über kommunale Zusammenarbeit Sajonia; art. 75 y ss. GOSA; 46 y ss. KVThür.

refieren principalmente a cuestiones administrativas y de asistencia técnica (p.ej. la preparación y elaboración del plan urbanístico). Su organización es, en términos generales, similar a la de los Ämter, articulada en torno a la estructura de un órgano colegiado deliberante y un órgano unipersonal directivo, con fuerte peso de los municipios miembros. En definitiva, estaríamos ante un tipo de entidad cercana a una mancomunidad de municipios potenciada en cuanto a su ámbito de competencias, a la cual la doctrina no suele incluir entre las agrupaciones de municipios dotadas de garantía constitucional.⁹²

Finalmente, hay que advertir que algunos *Länder*⁹³ prevén bajo el mismo nombre de comunidad administrativa (*Verwaltungsgemeins-chaft*)⁹⁴ una forma de cooperación local no institucionalizada, a partir de la cual los municipios (generalmente contiguos de un mismo *Kreis*) pueden decidir, por medio de convenio, que uno de ellos (*erfüllende Gemeinde*) ejerza, haciendo uso de su propio aparato administrativo, unas determinadas competencias en favor de todo el resto, sin crear, pues, ninguna persona jurídica nueva. Este tipo de fórmula cooperativa queda, pues, claramente fuera tanto de la categoría "municipioconjunto" que acabamos de explicar como incluso del concepto de agrupación de municipios, en cualquiera de las acepciones conocidas.

5.2. Las agrupaciones locales superiores (höhere Kommunalverbände)

Algunos Länder cuentan, como resultado de su propia tradición histórica, con agrupaciones de municipios que se extienden por encima del territorio de un Kreis y que constituyen, en este sentido, un tercer escalón o nivel de gobierno local. A diferencia de lo que sucede con los Kreise, las características de las diferentes entidades que pueden incluirse en este tercer nivel son muy diversas entre los diferentes Länder donde están previstas. Por ello se hace muy difícil un estudio conjunto de todas ellas, más allá de señalar el rasgo común de su

^{92.} W. Kluth, "Die kommunale...", p. 743; B. Pieroth, "Art. 28", p. 580.

^{93.} Baden-Württemberg, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia y Schleswig-Holstein.

^{94.} En Baden-Württemberg, reciben el nombre de "vereinbarte Verwaltungsgemeinschaft" (comunidades administrativas por convenio), art. 59 GOBW.

existencia. Destacando su carácter territorial superior al *Kreis*, la doctrina alemana las suele unificar bajo la denominación genérica de agrupaciones superiores locales o municipales (höhere Kommunal- o Gemeindeverbände).

Todas ellas suponen, pues, un cierto mantenimiento de la tradición histórica provincial y se erigen en la forma organizativa actual de la idea política de "región", 95 tomada habitualmente como punto de partida para los debates territoriales que afectan hoy al ámbito supramunicipal y sobre los que más tarde volveremos. Como hemos dicho, estas agrupaciones superiores no están presentes en todos los estados federados y, además, allí donde lo están, no se encuentran siempre generalizadas a todo el territorio del Land. Su regulación se contiene mayoritariamente en leyes específicas. Allí donde existen, tienen, en términos generales, un peso competencial importante y actúan principalmente en los sectores de la asistencia social, la protección de menores, la cultura y el medio ambiente. En cuanto a su autonomía, las especificidades legislativas aconsejan atender necesariamente caso por caso, para determinar si se incluyen o no en el ámbito de protección del artículo 28.2.II GG.

Las principales manifestaciones de entre las agrupaciones superiores de municipios son:96

a) Los "distritos" o Bezirke de Baviera y Renania-Palatinado.⁹⁷ El estado federado de Baviera está dividido, todo él, en siete Bezirke, de acuerdo con una división territorial de intensas raíces históricas, prácticamente inalterada desde su creación en 1826, ni siquiera después de la Segunda Guerra Mundial. Los Bezirke disfrutan de una

^{95.} M. Burgi, *Kommunalrecht*, p. 301; E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 123.

^{96.} Una detallada exposición de todas ellas en A. Hörster, "Höhere Kommunalverbände", en T. Mann y G. Püttner (dirs.), *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*, Berlín, Springer, 2007, pp. 901-934.

^{97.} Su traducción literal (distrito) no debe llevarnos a la confusión de asociar esta agrupación supramunicipal con el significado de dicho concepto en nuestro Derecho, referido a los órganos de desconcentración territorial en los grandes municipios. Quizá pueda ser más intuitiva su traducción por "departamento" o incluso "provincia", al menos en cuanto a su dimensión territorial. Tampoco deben confundirse los Bezirke con los Regierungs-bezirke, que constituyen el nivel intermedio de la administración directa de algunos Länder, justo por encima, pues, de los Kreise.

posición jurídica fuerte, al tener garantizada su existencia en la misma Constitución de Baviera (at. 10 LVerfBay). Su organización y potestades vienen reguladas en la Bezirksordnung.98 Tienen carácter de corporación territorial con el derecho a la autonomía sobre los asuntos de ámbito territorial superior a los de los Kreise y las ciudades libres de Kreis. Sus miembros son, en consecuencia, los habitantes de su territorio y no tanto los municipios o Kreise integrados en él. Esto se manifiesta claramente en el hecho de que los miembros de su principal órgano de gobierno (la Asamblea o Bezirkstag) resultan elegidos directamente por los ciudadanos en elecciones cada cuatro años, celebradas paralelamente a las elecciones al Parlamento del Land. Su estructura organizativa básica consta, además, de una Comisión (Bezirksausschuss), con funciones de preparación de los asuntos de la Asamblea, y del Bezirkstagspräsident, que es al mismo tiempo presidente de la Asamblea y ostenta funciones ejecutivas. Entre sus competencias, previstas expresamente por su ley reguladora, destacan especialmente las de la protección de la cultura en el ámbito regional (conservación del patrimonio, de las tradiciones regionales, etc.), asistencia social, protección de la juventud, atención a las víctimas de la querra, asistencia hospitalaria y en clínicas de salud, medio ambiente. entre muchas otras.

Por su parte, en el Land de Renania-Palatinado existe la Bezirks-verband de Palatinado, originariamente uno de los Bezirke bávaros, que se extiende únicamente al territorio formado por ocho Kreise y ocho ciudades libres de Kreis de este estado federado. Está prevista en la Constitución del Land (art. 78.2 LVerfRhPf) y regulada por la Bezirksverbandsordnung. ⁹⁹ Igual que los Bezirke de Baviera, se define como corporación territorial y agrupación de municipios con garantía de su autonomía. Los 29 miembros de su Asamblea son elegidos directamente por los ciudadanos cada cinco años. Aunque las competencias que originariamente tenía en materia de asistencia social y juventud fueron asumidas por el Land en el marco de diversas reformas administrativas, hoy todavía conserva facultades de intervención en los ámbitos de la protección cultural, la salud, la formación, el turismo, el medio ambiente y el desarrollo económico. En el cumplimiento de

^{98.} Bezirksordnung für den Freistaat Baviera de 22 de agosto de 1998 (última modificación de 27 de julio de 2009).

^{99.} Bezirksordnung für den Bezirksverband Pfalz, de 13 de octubre de 1994.

estas competencias tiene un peso importante la constitución de sus propios establecimientos y fundaciones de Derecho público.¹⁰⁰

b) Las Landschaftsverbände de Nordhrein-Westfalen. 101 El territorio de este estado federado, uno de los más extensos de Alemania, está dividido en dos agrupaciones locales superiores (la de Renania y la de Westfalia-Lippe). Estas entidades, que tienen su origen histórico en la división provincial de la época prusiana y fueron reinstauradas en el año 1953, vienen reguladas hoy en su propia Landschaftsverbandsordnung de 14 de julio de 1994. Son corporaciones de Derecho público con derecho a la autonomía, carentes, sin embargo, de reconocimiento expreso de su naturaleza territorial. Sus miembros son los Kreise y las ciudades libres de Kreis que forman parte de ellas. No obstante, de acuerdo con el Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, disfrutan de la protección constitucional que el artículo 78.2 LVerfNW otorga a las "agrupaciones de municipios", en la medida en que ejercen un notable haz de competencias propias. 102 Su organización está formada por: una Asamblea, cuyos miembros se eligen indirectamente por los Kreise y las kreisfreie Städte; una Comisión, con poderes ejecutivos; y un Director, designado por un mandato de ocho años. De acuerdo con la lev. las competencias de las Landschaftsverbände se extienden a ámbitos materiales muy diversos como la asistencia e integración social, ayuda a las víctimas de la guerra, iuventud, salud (en especial centros psiguiátricos) y protección de la cultura regional.

c) Las Landeswohlfahrtsverbände (Hesse) y las kommunale Sozialverbände (Sajonia, Baden-Württemberg y Mecklemburgo-Pomerania Occidental). Las Landeswohlfahrtsverbände o "agrupaciones de bienestar social" existían con este mismo nombre hasta principios de los años 2000 en los Länder de Baden-Württemberg, Sajonia y Hesse. Se trataba de corporaciones de Derecho público derivadas de la agrupación de Kreise y ciudades libres de Kreis con amplias competencias a nivel de la asistencia social, la ayuda a discapacitados y a la juventud, entre otros. Mientras en Baden-Württemberg el territorio se dividía

^{100.} W. Kluth, "Die kommunale...", p. 766.

^{101.} Ante lo poco intuitivo de la traducción literal (algo así como "agrupaciones paisajísticas"), optamos una vez más por el término en lengua alemana.

^{102.} BVerfGE 52, 95, 109.

en dos asociaciones de este tipo (Baden y Württemberg-Hohenzollern) en Sajonia y Hesse su ámbito territorial coincidía con el del mismo Land. Sin embargo, en el marco de las correspondientes reformas administrativas y descentralizaciones funcionales que se produjeron en los Länder de Baden-Württemberg (31 de diciembre de 2004) v Saionia (14 de julio de 2005) las Landeswohlfahrtverbände fueron derogadas y sustituidas por otras corporaciones de Derecho público que reciben el nombre de kommunaler Sozialverband ("asociación local de carácter social") y que asumen únicamente las competencias que en estos ámbitos no fueron transferidas a los grandes municipios y a los Kreise. Hay que tener en cuenta que esta transferencia de competencias no se ha producido todavía en el Land de Hesse, donde se mantiene la configuración originaria como Landeswohlfahrtsverband. Por su parte, la reforma administrativa en Baden-Württemberg comportó la fusión de las dos asociaciones en una única Kommunalverband für Jugend und Soziales Baden-Württemberg de alcance territorial, por tanto, a todo el estado federado. En términos generales, se niega la inclusión de estas entidades entre las agrupaciones de municipios que tienen garantizada su autonomía, equiparándose en ocasiones su naturaleza a la de las mancomunidades locales. 103 Los principales problemas de estas entidades se dan en el ámbito financiero, dado que es esta una materia que comporta amplias cargas económicas y que suele financiarse con las aportaciones de los Kreise v ciudades libres que son miembros.

6. Otras agrupaciones de municipios con finalidades específicas o sectoriales

En el espacio supramunicipal alemán intervienen también otras agrupaciones locales, que, a diferencia de las manifestaciones estudiadas hasta el momento, se caracterizan por dar respuesta a problemas de carácter específico o sectorial y que se configuran, por tanto, como corporaciones locales con un ámbito competencial limitado, no universal. De todos modos, es precisamente en relación con este tipo de entidades donde se plantean, en la actualidad, los mayores debates y propuestas de reforma y donde, consecuentemente, las categorías jurídicas son más difíciles de generalizar y de ser fijadas

con claridad. Nos referimos aquí a las agrupaciones metropolitanas (Stadt-Umland-Verbände) y a las corporaciones de planificación regional (Regionalplanungskörperschaften).

6.1. Las agrupaciones metropolitanas (Stadt-Umland-Verbände)

Las aglomeraciones urbanas presentan problemas específicos que a menudo encuentran también su reflejo en soluciones jurídicas específicas. Alemania no ha sido una excepción a esta máxima y ha previsto y prevé formas jurídicas peculiares para dar solución a los problemas que se plantean a nivel de los múltiples cinturones urbanos con los que cuenta, tratándose como es de uno de los estados más industrializados del planeta.

A diferencia de sus primeras manifestaciones, donde las agrupaciones metropolitanas se presentaban como el primer paso a las fusiones municipales, ¹⁰⁴ hoy éstas suponen precisamente una solución intermedia entre otras dos alternativas más extremas para afrontar el problema metropolitano: la más traumática, consistente en la fusión obligatoria de los municipios que conforman el cinturón urbano y la más flexible, basada en la cooperación intermunicipal voluntaria.

En cualquier caso, hay que reconocer, de entrada, que no es posible hacer una aproximación general a la multitud de soluciones jurídicas que se dan en la práctica en Alemania al fenómeno metropolitano. 105 El concepto "Stadt-Umland-Verband" es una categoría doctrinal genérica que no describe una concreta forma organizativa, sino que se refiere a un conjunto de formas de cooperación intensa en el ámbito de una aglomeración urbana. Atendiendo fundamentalmente a su naturaleza jurídica, la diversidad de formas existentes en la práctica puede reconducirse a los siguientes tres tipos: 106

^{104.} W. Kluth cita la *Zweckverband* del Gran Berlín de 1911 como el primer antecedente en este sentido. ("Die kommunale...", p. 764).

^{105.} Una buena aproximación general al tema, U. Schliesky, "Stadt-Umland-Verbände", en T. Mann y G. Püttner (dirs.), *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*, Berlín, Springer, 2007, pp. 873-899.

^{106.} U. Schliesky, "Stadt...", pp. 884 y ss.

- a) Modelo de "Region" o "kreisregional". Se trata de agrupaciones metropolitanas concebidas como corporación de carácter territorial y que pueden asimilarse a las agrupaciones de municipios en el sentido del artículo 28.2.II GG. Se trata, sin duda, de un modelo fuerte de agrupación metropolitana. Son la excepción en la práctica, pero se observa últimamente una cierta tendencia alcista a su constitución. Es el caso de la "Region Hannover" (Baja Sajonia), constituida el 1 de noviembre de 2001, como sucesora del Kreis de Hannover v la Kommunalverband Grossraum Hannover, incluvendo también la propia ciudad libre de Hannover. Asume importantes competencias a nivel de la planificación regional y urbanística, así como de la "Daseinvorsorge", procedentes inicialmente del Land, pero también de los propios municipios que la integran y del Kreis al que sustituye. Este importante peso competencial se vincula a la legitimación democrática directa de su Asamblea, que cuenta con 84 miembros. Además de ella, podrían incluirse también en este modelo la Stadtverband Saarbrücken (Sarre), hoy reconvertida en Regionalverband Saarbrücken, 107 así como la Städteregion Aachen (Renania del Norte-Westfalia), en vigor desde el 21 de octubre de 2009,108 como sucesora jurídica del Kreis de Aachen y formada por la ciudad de Aachen v los municipios anteriormente integrados en el mencionado Kreis. Todos ellos son, en términos generales, modelos de agrupaciones locales de carácter fuerte y con clara vocación de estabilidad. Así, gozan de naturaleza territorial y tienen, desde el punto de vista funcional, una marcada proyección generalista en cuanto a los fines que pretenden desarrollar en el ámbito metropolitano, de tal manera que se configuran incluso como auténticas alternativas a los propios Kreise allí donde se crean.
- b) Modelo de "Zweckverband" (mancomunidad). En él incluimos las agrupaciones metropolitanas de concepción próxima a la mancomunidad local. Definidas, por tanto, como corporación de Derecho público sin potestad territorial, estas agrupaciones se caracterizan por tener un ámbito competencial derivado fundamentalmente de la delegación de los municipios y del resto de entidades locales que las integran. Carecen, por tanto, de la protección otorgada por la Constitución federal en cuanto a su autonomía. Ejemplos de este modelo

^{107.} Verwaltungsstrukturreformgesetz Sarre de 21 de noviembre 2007.

^{108.} Gesetz zur Bildung der Städteregion Aachen de 26 de febrero 2008.

son *la Regionalverband Ruhr* y la *Zweckverband Großraum Brauns-chweig* (Baja Sajonia) o la *Verband Region Stuttgart* (Baden-Württemberg).

c) Modelo de "Regionalplanungverband" (asociación de planificación regional). Nos referimos a las agrupaciones metropolitanas que se constituyen en virtud de base legal para la finalidad principal de la planificación regional. Pertenecen a este modelo la *Planungsverband Ballungsraum Frankfurt/Rhein-Main*, la *Region München* y las *Nachbarschaftsverbände* de Baden-Württemberg. En todo caso, este último modelo de agrupación metropolitana no deja de ser una manifestación específica o excepcional de la categoría genérica de las corporaciones locales de planificación regional, que presentamos a continuación.

6.2. Las corporaciones locales de planificación regional (Regionen)

Según el artículo 8.1 de la Ley federal de ordenación territorial (Raumordnungsgesetz), de 22 de diciembre de 2008, en todos los Länder deben aprobarse planes regionales de ordenación territorial (Regionalpläne). Los planes regionales son los instrumentos de planificación para el desarrollo territorial supralocal a nivel de una "región", territorio que, a estos efectos, se sitúa entre el de los planes de ordenación urbana (municipal) y los planes de ámbito estatal (Land). En el marco de las previsiones de la legislación federal, todos los Länder han regulado el ejercicio de esta planificación regional. De la diversidad de regulaciones se observa que, en la mayoría de casos, las encargadas de llevar a cabo la planificación regional son corporaciones locales específicamente dispuestas para ello. 109

A excepción de los *Länder* de Hesse, Renania del Norte-Westfalia y Schleswig-Holstein, donde el propio *Land* ha asumido la competencia para elaborar la planificación regional, y de Baja Sajonia, donde ésta corresponde a los *Kreise*, el resto de *Länder* ha creado corporaciones locales específicas para desarrollar esta tarea planificadora a nivel regional. Aunque genéricamente se conocen

^{109.} H-J. Koch, Baurecht, Raumsordnungs- und Landesplanungsrecht, 5ª edición, Stuttgart (y otras), R. Boorberg, 2009, pp. 65-115.

bajo el término de "Regionen", de acuerdo con las diferentes legislaciones podemos distinguir: a) las Regionalverbände de Baden-Württemberg (que son 11); b) las regionalen Planungsverbände de Baviera (17), de Mecklemburgo-Pomerania Occidental (4) y de Sajonia (5); c) las regionalen Planungsgemeinschaften de Brandemburgo (5), Renania-Palatinado (5), Sajonia-Anhalt (5) y Turingia (4). A éstas habrá que añadir las agrupaciones de carácter metropolitano del modelo "Regionalplanungverband", que, como hemos dicho, no son más que una categoría específica dentro de las corporaciones locales de planificación regional, puesto que se crean singularmente para prestar dicha función en el ámbito de una determinada aglomeración urbana.

Sin poder entrar ahora a detallar su régimen jurídico, 110 sí conviene apuntar que, de acuerdo con la opinión mayoritaria, la protección jurídica de estas corporaciones no es equiparable a la de las agrupaciones de municipios dotadas de autonomía en los términos del artículo 28.2.II GG, 111 en atención a su carácter funcional y no universal, carácter que a su vez comporta frecuentemente su calificación como instituciones próximas a las mancomunidades.

7. Las mancomunidades locales (Zweckverbände)¹¹²

El Derecho local de todos los *Länder* prevé, con carácter genérico, la figura de la mancomunidad.¹¹³ A pesar de la diversidad normativa, de las diferentes legislaciones estatales se pueden extraer una serie de rasgos comunes. En términos generales, las *Zweckverbände* son corporaciones de Derecho público de naturaleza no territorial, en

^{110.} H-J. Koch, Baurecht..., pp. 65-115. A. Bovenschulte, Gemeindeverbände..., pp. 371-392.

^{111.} M. Burgi, Kommunalrecht, p. 300.

^{112.} Adoptamos aquí la traducción tradicional que han recibido las *Zweckverbände* (literalmente asociaciones funcionales o de carácter finalista), advirtiendo que su configuración no es del todo equiparable a las mancomunidades de municipios que contempla el ordenamiento jurídico español. Esencialmente, porque admiten la asociación de otros entes locales diferentes de los municipios e incluso de privados, y porque pueden manifestarse, además, a través de formas de carácter obligatorio o forzoso.

^{113.} Arts. 2 y ss. KZGBW; 17 y ss. KZGBay; 4 y ss. KZGBbg; 5 y ss. KZGHess; 150 y ss. KVMV; 7 y ss. KZGNds; 4 y ss. KZGNW; 2 y ss. ZwGRhPf; 2 y ss. KZGSaarl; 3 y ss. KZGSachs; 6 y ss. KZGSA; 2 y ss. KZGSH; 16 y ss. KVThür.

las que participan mayoritariamente las entidades locales, creadas para el cumplimiento de unas determinadas competencias atribuidas por sus miembros en un ámbito o sector específicos, normalmente de carácter prestacional.¹¹⁴

De entrada, se trata, pues, de una forma de cooperación local institucionalizada, con carácter de corporación de Derecho público. Eso las distingue claramente de otras fórmulas de cooperación local (Zusammenarbeit o Gemeinschaftsarbeit), también numerosas en el Derecho local alemán que no dan lugar a una nueva persona jurídica, sino que se formalizan por la vía del convenio, sea con finalidades meramente internas, de asesoramiento o preparación de acuerdos (kommunale Arbeitsgemeinschaft) o con eficacia ad extra, dotadas de capacidad para tomar acuerdos vinculantes también para terceros (Zweckvereinbarung o öffentlich-rechtliche Vereinbarung). Asimismo, se distinguen de las formas de cooperación local que se someten al Derecho privado (como las empresas y fundaciones locales). 115 Las mancomunidades suponen la constitución de una persona jurídica sometida al Derecho público y, como tales, ejercen potestades administrativas. dictan actos administrativos y pueden aprobar sus propias ordenanzas.

Los miembros habituales de las *Zweckverbände* son los entes locales, ya sean municipios, *Kreise* u otros tipos de agrupaciones de municipios en sentido amplio (incluso las propias mancomunidades). No obstante, se prevé también la posibilidad –no carente de problemas– de que, cuando así lo requiera el cumplimiento de las competencias asociadas y siempre que no existan "motivos contrarios al interés público",¹¹⁶ puedan formar parte de las mancomunidades personas jurídicas o físicas de Derecho privado.

En cuanto a su constitución, la regla general es que las mancomunidades tienen carácter voluntario, si bien existe a su vez la posibilidad de que, excepcionalmente y por motivos de interés general,

^{114.} W. Kluth, "Die kommunale...", pp. 745-755.

^{115.} Una aproximación general a las formas de cooperación local en el Derecho alemán, en J. Oebbecke, "Kommunale Gemeinschaftsarbeit", en T. Mann y G. Püttner, *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*, Berlín, Springer, 2007, pp. 843-872.

^{116.} Art. 4.2.II KZGNW y prácticamente en un mismo sentido todas las leyes de los *Länder* en materia de cooperación local. Véase J. Oebbecke, "Kommunale...", p. 855.

se constituyan de forma obligatoria. La constitución voluntaria parte, pues, del acuerdo entre los municipios participantes y de la aprobación de unos estatutos (*Verbandssatzungen*), que han de contener unos elementos mínimos previstos legalmente; aprobación que queda condicionada al control de legalidad por parte de las autoridades de tutela correspondientes. La constitución obligatoria se produce precisamente a iniciativa de las autoridades de control y requiere, por regla general, que se haya impulsado sin éxito la creación voluntaria por las entidades locales afectadas. Se discute si en estos casos se ve o no vulnerada la garantía de la autonomía municipal cuando se afecta al ámbito de competencias propio de los municipios. En todo caso, es preciso que la constitución obligatoria se realice con el debido respeto a la reserva de ley.

La estructura organizativa básica de las mancomunidades es bastante homogénea en los diferentes *Länder*, sin perjuicio de las especialidades que puedan regular en sus estatutos. Son órganos obligatorios una asamblea representativa de los miembros y un presidente, mientras que con carácter voluntario puede crearse también una comisión, de carácter más ejecutivo. Las competencias de las mancomunidades son aquellas que sus miembros les deleguen en sus estatutos o bien, en el caso de constitución obligatoria, las que la ley determine. En la legislación sectorial, son habituales, entre otras, las mancomunidades escolares, en materia de cajas de ahorros y de abastecimiento y tratamiento de aguas.

Aunque se pueden definir como agrupaciones de municipios en sentido amplio, hoy existe un amplio consenso en que las mancomunidades locales no se encuentran incluidas en la garantía constitucional del artículo 28.2.II GG, dado que no disponen de su propio ámbito competencial y carecen de la potestad territorial. Sin embargo, hay que recordar que, excepcionalmente, Baden-Württemberg las reconoce en su Constitución entre las entidades dotadas de autonomía, junto con municipios y agrupaciones de municipios (art. 71.1 LVerfBW) y que, por tanto, es posible derivar de ello una garantía institucional que obliga al legislador a –cuanto menos– posibilitar la creación efectiva de mancomunidades.¹¹⁷

8. Tendencias actuales del gobierno local supramunicipal en Alemania

Después del largo recorrido hecho hasta aquí, podemos caracterizar al gobierno local supramunicipal en Alemania por la pluralidad y diversidad de entidades que lo conforman, la asimetría de su planta administrativa y la heterogeneidad de su configuración jurídica en los diferentes Länder.

De entre la pluralidad de tipos de agrupaciones municipales previstos por las legislaciones de los estados, sólo el Kreis, que goza de protección en la Constitución Federal, está implantado en todos los Flächenländer de forma generalizada. Con la excepción de las ciudades libres de Kreis, el espacio supramunicipal se estructura, por tanto, alrededor de un nivel obligatorio constituido por los Kreise. No obstante, en todos los Länder, cabe hablar del gobierno local supramunicipal como una estructura multinivel, en la medida en que la existencia de los Kreise se combina además con otras fórmulas organizativas de ámbito territorial inferior a estos (municipios-conjuntos) y/o de ámbito superior (como las agrupaciones locales superiores), sin perjuicio de la existencia de otras agrupaciones de municipios de carácter específico (como las agrupaciones metropolitanas o las corporaciones de planificación regional) y de la cooperación local a través de mancomunidades. Con este rápido repaso a la estructura supramunicipal se quiere poner de manifiesto que esta pluralidad de entidades no siempre se concreta, en la práctica, en una acumulación de niveles administrativos en un mismo territorio. Por el contrario, cabe hablar de la existencia de un sistema multinivel de "geometría variable", donde la riqueza de formas organizativas supramunicipales previstas por las legislaciones en materia local se conjuga con la asimetría en su implantación práctica. No se produce, así, la generalización indiscriminada de todas las fórmulas organizativas en todo el territorio de un mismo Land, con lo que se evita, al menos de entrada, una irracional superposición funcional.

Dicha asimetría así como la heterogeneidad de la configuración jurídica del nivel local supramunicipal se explican, según lo expuesto, por diferentes motivos. En primer lugar, por la propia configuración del poder territorial en el Estado federal alemán y la posición que en él tienen los entes locales. En la medida en que son considerados, como se ha visto, parte de la organización institucional de los *Länder*,

130

éstos disponen de la competencia exclusiva para regular el régimen local. 118 Esta interiorización local en los *Länder* tiene, sin embargo, un carácter todavía más intenso si hablamos del nivel supramunicipal, en la medida en que el alcance de la protección de los *Kreise* y el resto de agrupaciones de municipios en el artículo 28.2 GG es menor que el que reciben los municipios, siendo, pues, todavía menos los límites que la Constitución federal impone a los *Länder* en la regulación de su espacio supramunicipal.

Además, la heterogeneidad del nivel supramunicipal de gobierno local responde, como es lógico, a la política legislativa de los Länder en relación con la configuración de la planta y del régimen jurídico del nivel municipal. En este sentido, se ha dicho, por un lado, que la existencia de todo este amplio abanico de soluciones "a medida" son especialmente necesarias como medio de organización flexible, sobre todo en un Derecho local que como el alemán parte de modelos de municipios muy uniformes para todo tipo de clases y de tamaños municipales y que conoce de pocas formas especiales. 119 Pero, además, cabe tener en cuenta que la mayor o menor presencia de entidades supramunicipales y de fórmulas de cooperación intermunicipal está directa y proporcionalmente vinculada a la mayor o menor racionalización de la propia planta municipal. Así, como hemos visto, en aquellos Länder que optaron por una política de fuertes fusiones municipales, donde, por tanto, son muy pocos los municipios con menos de 5.000 habitantes (Renania del Norte-Westfalia, Hesse y Sarre), son innecesarias figuras como las de los "municipios-conjuntos". En cambio, en aquellos Länder que en su momento realizaron una política más flexible de fusiones municipales, ha sido preciso mantener, e incluso potenciar, las figuras de ámbito territorial inmediatamente por encima del municipio, ya sean del tipo "administración común" - Amt (Schleswig-Holstein, Mecklemburgo-Pomerania Occidental) o "comunidades administrativas" - Verwaltungsgemeinschaften (Renania-Palatinado, Sajonia-Anhalt o Turingia, entre otros).

Tras las reformas territoriales y funcionales de las décadas de los 60 y 70 (en la antigua RFA) y de principios de los 90 (en los "nuevos" *Länder*), se observa en los últimos años una nueva oleada de reformas

^{118.} Véase el apartado 2.3.1.

^{119.} E. Schmidt-Aßmann y H-C. Röhl, "Kommunalrecht", p. 121.

en ambos sentidos. Reformas, que, sin embargo, parecen tener, por el momento, un alcance más limitado que sus predecesoras. Primero, porque, a diferencia de aquellas, no se extienden a todos los *Länder* y, segundo, porque –y eso las dota precisamente de un mayor interés a nuestros efectos– las reformas actuales se proyectan prioritariamente sobre el nivel supramunicipal, y más específicamente sobre los *Kreise* y las agrupaciones municipales de ámbito territorial superior a ellos.

De entrada, parece ciertamente difícil avistar en un futuro próximo una reforma territorial que se encamine, de forma generalizada, a nuevas fusiones municipales o incluso a profundas modificaciones normativas que tengan por objeto los que hemos denominado "municipios-conjuntos". Son estos un tipo de entidades locales supramunicipales con amplia implantación y de probado éxito en la práctica, que cumplen una importante función de equilibrio entre la garantía de la identidad política y de la eficacia en la prestación de servicios. Conclusión que no impide, por otra parte, la posibilidad siempre abierta de las fusiones voluntarias de municipios y que parece contar en Alemania con menores resistencias que en otras latitudes. 120

Mayores debates suscita, sin embargo, la configuración de los *Kreise* y de las agrupaciones de municipios que se sitúan por encima de él, tanto desde el punto de vista territorial como funcional. En cuanto al primer aspecto, son diversos los *Länder* (Sajonia-Anhalt, Sajonia, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Schleswig-Holstein) que han propuesto e incluso aprobado reformas de sus correspondientes divisiones territoriales en *Kreise*. ¹²¹ Y todos lo han hecho en una misma dirección: la llamada "regionalización" del *Kreis* (*Regionalkreisbildung*). En el contexto de creciente competitividad derivado de la globalización económica y en atención al ámbito en que se desarrolla la política estructural europea, se apuesta por nuevas divisiones de ámbito regional (entre el *Land* y los *Kreise*) como el nivel idóneo en el que llevar a cabo funciones estratégicas como la plani-

^{120.} Sirvan de ejemplo los recientes planes de fusión municipal proyectados por los municipios de Böblingen y Sindelfingen en Baden-Württemberg de los que se hacía eco la prensa regional el pasado otoño. Véase la web *Suttgart Nachrichten* (última consulta el 17 de junio 2010): http: y ycontent.stuttgarter-nachrichten.de ystn ypage y2242199_0_4381_doppelstadt-boeblingen-sindelfingen-fusion-spart-zehn-millionen-euro-im-jahr-.html.

^{121.} H. Meyer, "Funktional- und Gebietsreformen in Bundesländern – Chancen und Risiken für die kommunale Selbstverwaltung", en *DVBI*, núm. 2, 2007, pp. 83-86.

ficación económica y territorial. De este modo, algunos *Länder* (Sajonia-Anhalt, Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Sajonia) –alentados también por sus escasas perspectivas de crecimiento demográfico y económico en los próximos años– han diseñado unos *Kreise* de mayores dimensiones territoriales, cercanos a la idea de "región", a partir de la fusión de los ya existentes, incorporando también, en algunos casos, las hasta entonces ciudades libres de *Kreis*.

Por el momento estos procesos de reforma han corrido, sin embargo, suerte diversa. Mientras la reforma aprobada en Sajonia (2008), que reducía a 10 sus 22 Kreise y a 3 las 7 ciudades libres de Kreis, ha sido recientemente confirmada por el Tribunal constitucional del Land, 122 en Mecklemburgo-Pomerania Occidental (2007) la reforma fue anulada por el respectivo Tribunal constitucional, dando lugar a un pronunciamiento de repercusión en el territorio de toda la República Federal y que se ha visto por la doctrina como el marco a tener en cuenta para futuras reformas de este tipo "incluso en el resto de Länder". 123 La sentencia del Tribunal Constitucional del Land de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, de 26 de julio de 2007¹²⁴ declaró inconstitucional la Ley de modernización de la administración de dicho estado, de 23 de mayo de 2006, que pretendía sustituir los doce Kreise existentes por cinco de mayor tamaño, en los que también se integraban las seis ciudades libres de Kreis. En términos generales, la sentencia establece que el respeto al interés general al que se debe cualquier reforma territorial pasa por valorar todas las alternativas posibles que sean menos gravosas para la autonomía local y hace primar su dimensión democrática (bürgerschaftlich-demokratisches Element) sobre cualquier otro tipo de consideraciones de eficacia o racionalización administrativas, para acabar anulando la división territorial propuesta.

^{122.} Sentencia del Tribunal Constitucional del Land de Sajonia de 26 de junio de 2009 (SächsVerfGH, Vf. 79-II-08).

^{123.} La cantidad de comentarios y estudios doctrinales de que ha sido objeto así lo atestigua. Entre otros muchos, H-G. Henneke, "Bürgerschaftliche-Dimension kommunaler Selbstverwaltung gebietet überschaubere Landkreise", en *Der Landkreis*, núm. 8-9, 2007, pp. 10-15 y la obra colectiva C. Büchner; J. Frankze y M. Nierhaus (dirs.), *Verfassungsrechtliche Anforderungen an Kreisgebietsreformen*, Universitätsverlag Potsdam, 2008.

^{124.} Sentencia del Tribunal Constitucional del *Land* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental (LVerfGMV 9/06-17/06).

Estos procesos de reforma territorial están inminentemente ligados a las reformas funcionales, que implican nada más que la eventual descentralización de competencias de los *Länder* en los *Kreise* u otras agrupaciones de municipios superiores. Se ha querido ver precisamente que la creación de estas nuevas entidades de ámbito territorial "Kreisregional" puede ser una buena oportunidad para que la prestación de determinados servicios hasta ahora en manos de los *Länder* pueda cumplir de la forma más eficaz posible con el principio de una "democracia desde abajo hacia arriba". ¹²⁵ Inevitablemente dicho proceso de descentralización se vincula también con las reformas a las que se pueda someter la propia administración del *Land*, puesto que la creación de niveles locales de ámbito regional supone a su vez el cuestionamiento de los niveles intermedios de la administración periférica (*Regierungspräsidien* o *Regierugnsbezirke*) de los *Länder* en que todavía existen y que actúan en un territorio de ámbito similar.

En conclusión, el gobierno local supramunicipal en Alemania se articula como un sistema de "geometría variable" en el cual el Kreis tiene una posición central, derivada principalmente de su garantía constitucional y su tradición histórica. Sin embargo, dicha posición se ve hoy un tanto amenazada por varios frentes. Más allá de la menor intensidad que su garantía tiene respecto al municipio en cuanto al reparto de las competencias locales, el Kreis está sujeto, en la actualidad, a importantes procesos de cambios territoriales y funcionales. Los modelos que se proponen parecen concebir, en términos generales, unos Kreise de un nivel cuasi-regional (o provincial), más extensos, por tanto, que los actuales, de ámbito más bien comarcal. Concepción que si bien puede potenciar la asunción de competencias por parte del nivel supramunicipal, hace mucho más difusa o incluso innecesaria la delimitación funcional con respecto a algunos de los tipos de entidades aguí presentados, que responden también a esta idea de "región", como, las áreas metropolitanas de carácter fuerte, las corporaciones locales de planificación regional o, muy especialmente, las históricas agrupaciones superiores locales. La opción final por uno u otro modelo es, sin duda, competencia del legislador del Land, pero, en todo caso, deberá contar -como advierten los recientes pronunciamientos jurisprudenciales – con el respeto a la autonomía de los Kreise, y en especial a su dimensión político-democrática.

9. Referencias bibliográficas

ARROYO GIL, A. *La reforma constitucional del federalismo alemán*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2009.

BOGNER, W. "Mehrstufige kommunale Organisationseinheiten", en MANN, T. y PÜTTNER, G. (dirs.). *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*. Berlín: Springer, 2007, pp. 245-267.

BOVENSCHULTE, A. Gemeindeverbände als Organisationsformen kommunaler Selbstverwaltung. Baden-Baden: Nomos, 2000.

BÜCHNER, C., FRANKZE, J. y NIERHAUS, M. (dirs.). *Verfassungsrechtliche Anforderungen an Kreisgebietsreformen*. Universitätsverlag Potsdam, 2008.

BURGI, M., Kommunalrecht, 2ª ed. Múnich: CH Beck, 2008.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. "El régimen local alemán: una introducción", en FONT LLOVET, T. (dir.). *Anuario del Gobierno Local 2005*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut Dret Públic, 2006, pp. 223-246.

DÍEZ SASTRE, S. "La elección directa del Alcalde en Alemania", en FONT LLOVET, T. (dir.). *Anuario del Gobierno Local 2004*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local- Institut de Dret Públic, 2005, pp. 233-253.

DREIER, H. "Art. 28", en DREIER, H. (dir.) *Grundgesetz Kommentar*, Vol. II, 2^a ed. Múnich: Mohr Siebeck 2006.

ESTEVE PARDO, J. "La reforma de Rudolf von Gneist y su definitiva impronta en la actual conformación del Kreis o ente comarcal alemán", en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 11, 1989, pp. 15-28.

——. Organización supramunicipal y sistema de articulación autonómica y orden local. La experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España. Barcelona: Civitas – Diputación de Barcelona, 1991.

FABER, H. "Art. 28 1 II y 2", en Alternativkommentar GG, 2002.

—... "Erwiderung auf den Beitrag von Henneke und Ritgen zum 250. Geburtstag des Freiherrn vom Stein und zu seiner Bedeutung für die kommunale Selbstverwaltung", en *DVBI* núm. 7, 2008, pp. 437 y ss.

GERN, A. Deutsches Kommunalrecht, 3ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2003.

GÖNNENWEIN, O. *Derecho municipal alemán*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1967.

HENNEKE, H-G. "Bürgerschaftliche-Dimension kommunaler Selbstverwaltung gebietet überschaubere Landkreise", en *Der Landkreis*, núm. 8-9, 2007, pp. 10-15.

——. "Entwicklungen der inneren Kommunalverfassung am Beispiel der Kreisordnungen", en *DVBI*, núm. 2, 2007, pp. 87-96.

——. (dir.), Kommunen in den Föderalismusreformen I und II. Stuttgart (y otras): Boorberg Verlag, 2008.

HENNEKE, H-G., y RITGEN, K. "Aktivierung bürgerschaftlicher Selbst-Verwaltung in Städten, Kreisen und Gemeinden - zur Bedeutung der Lehren des Freiherrn vom Stein für die kommunale Selbstverwaltung der Gegenwart", en *DVBI*, núm. 20, 2007, pp. 1253-1266.

HÖRSTER, A. "Höhere Kommunalverbände", en Mann, T. y Püttner, G. (dirs.). *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*. Berlín: Springer, 2007, pp. 901-934.

——. "Die kommunale Selbstverwaltung", en WOLFF, H.; BACHOF, O. y STO-BER, R., Verwaltungsrecht, Vol. 3, 5° ed. Múnich: C.H. Beck, 2004.

KOCH, H-J. Baurecht, Raumsordnungs- und Landesplanungsrecht, 5ª edición. Stuttgart (y otras): R. Boorberg, 2009.

MARTÍN MATEO, R. *El Municipio y el Estado en el Derecho alemán*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación, 1965.

MAURER, H. Allgemeines Verwaltungsrecht, 17^a ed. Múnich: CH Beck, 2009.

MEMPEL, M. "Von der Stein-Zeit ins 21. Jahundert - Kommunale Selbstverwaltung in Zeiten des demografischen Wandels", en *Der Landkreis*, núm. 12, 2007, pp. 607 y ss.

MEYER, Hans, *Die Föderalismusreform: Konzeption, Kommentar und Kritik*. Berlín: Duncker und Humblot, 2008.

MEYER, Hubert. "Die Entwicklung der Kreisverfassungssysteme", en MANN, T. y PÜTTNER, G. (dirs.). *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*. Berlín: Springer, 2007, pp. 679-703.

——. "Funktional- und Gebietsreformen in Bundesländern – Chancen und Risiken für die kommunale Selbstverwaltung", en *DVBI*, núm. 2, 2007, pp. 78-87.

MIJARES GAVITO, J. L. *El barón von Stein y la formación del régimen municipal moderno en Alemania*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1965.

OEBBECKE, J. "Kommunale Gemeinschaftsarbeit", en T. Mann y G. Püttner. *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*. Berlín: Springer, 2007, pp. 843-872.

PAREJO ALFONSO, L. *Derecho básico de la Administración Local*. Barcelona: Ariel, 1988.

PIELOW, C. Autonomía Local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland. Múnich: Franz Vahlen, 1993.

PIEROTH, B. "Art. 28", en H. Jarass y B. Pieroth (dirs.). GG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 8^a ed. Múnich: Verlag CH Beck, 2006.

SCHLIESKY, U. "Stadt-Umland-Verbände", en MANN, T. y PÜTTNER, G (dirs.). Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis. Berlín: Springer, 2007, pp. 873-899.

SCHMIDT-ABMANN, E. y RÖHL, H-C. "Kommunalrecht", en SCHMIDT-ABMANN, E y SCHOCH, F. (dirs.). Besonderes Verwaltungsrecht, 14ª ed. Berlín: De Gruyter Recht, 2008.

SCHOCH, F. "Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch das Bundesverfassungsgericht?", en *DVBI* núm. 15, 2008, pp. 937-946.

——."Der verfassungsrechtliche Schutz der kommunalen Selbstverwaltung", en *Jura* 2/2001, pp. 121-132.

TETTINGER, P. "Artikel 28 GG", en MANGOLDT, KLEIN y STARCK (dirs.). Bonner Grundgesetz Kommentar. Vol. 2 (Art. 20-78), 4ª ed. Múnich, 2000.

THIEME, W. "Die Gliederung der deutschen Verwaltung", en MANN, T. y PÜTTNER, G (dirs.). *Handbuch der kommunalen Wissenchaft und Praxis*. Berlín: Springer, 2007, pp. 147-168.

VELASCO CABALLERO, F. (dir.). Gobiernos Locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2010.

VON UNRUH, G-C. "Der Kreis. Ursprung, Wesen und Wandlungen", en AAVV, *Der Kreis*, Vol. I. Colonia-Berlín: Grote, pp. 11-47.

WIESE, R. Garantie der Gemeindeverbandsebene? Frankfurt Main: Athenäum Verlag, 1972.

10. Apéndice normativo

(última modificación de 27 de

1998 (última modificación de 22

(última modificación de 20 de

1998 (última modificación de 10

(Bay)

de noviembre de 2003)

diciembre de 2007)

de julio de 2008)

KVBbg, Kommunalverfassung, de 18 de diciembre de 2007

LVerfBbg de 20 de agosto de

Brandemburgo

(Bbg)

1992 (última modificación de 7 de

ulio de 2009)

ulio de 2009)

KZGHess de 16 de diciembre de

1969 (última modificación de 21

(última modificación de 21 de

(última modificación de 15 de

1946 (última modificación de 18

Hesse (Hess)

LVerfHess de 1 de diciembre de

GOHess de 7 de marzo de 2005

LKrOHess de 7 marzo de 2005

KZGBbg, de 28 de mayo de 1999 (última modificación de 23 de

septiembre de 2008)

KZGBW de 16 de septiembre de 1974 (última modificación de 4 de KZGBay de 20 de junio de 1994 KZG- Gesetz über die kom munale Zusammenarbeit) Ley de cooperación local Legislación de los *Länder* en materia de gobierno y administración locales (vigente a 20 de diciembre de 2009) mayo de 2009) LKrOBW de 19 de junio de 1987 (última modificación de 14 LKrOBay de 22 de agosto de (LKrO-Landkreisordnung) Ley reguladora de los de octubre de 2008) **GOBW** de 24 de julio de 2000 (última modificación de 14 de GOBay de 22 de agosto de 1998 Ley de régimen municipal (GO- Gemeindeordnung) octubre de 2008) LVerfBay de 15 de diciembre de LVerfBW de 11 de noviembre de 953 (última modificación de 6 de (LVerf - Landesverfassung) Constitución del Land nayo de 2008) **Baden-Württem**berg (BW) Baviera

	de octubre de 2002)	noviembre de 2007)	julio de 2006)	de marzo de 2005)
Mecklemburgo-	LVerfMV de 23 de mayo de 1993	LVerfMV de 23 de mayo de 1993 KVMV, Kommunalverfassung, de 8 de junio de 2004 (última modificación de 28 de diciembre de	<i>3</i> , de 8 de junio de 2004 (última m	odificación de 28 de diciembre de
Pomerania Occi-	(última modificación de 3 de di-	2007)		
dental (MV)	ciembre de 2007)			
Baja Sajonia	LVerfNds de 19 de mayo de 1993	LVerfNds de 19 de mayo de 1993 GONds de 28 de octubre de 2006 LKrONds de 30 de octubre de KZGNds de 19 de febrero de	LKrONds de 30 de octubre de	KZGNds de 19 de febrero de
(spN)	(última modificación de 18 de	(última modificación de 18 de (última modificación de 25 de 2006 (última modificación de 25 2004 (última modificación de 13	2006 (última modificación de 25	2004 (última modificación de 13
	junio de 2009)	marzo de 2009)	de marzo de 2009)	de mayo de 2009)
Renania del Norte-	Renania del Norte- LVerfNW de 18 de junio de 1950 GONW de 14 de julio de 1994 LKrONW de 14 de julio de 1994 KZGNRW de 1 de octubre de	GONW de 14 de julio de 1994	LKrONW de 14 de julio de 1994	KZGNRW de 1 de octubre de
Westfalia (NW)	(última modificación de 22 de	(última modificación de 22 de (última modificación de 24 de (última modificación de 24 de 1979 (última modificación de 12	(última modificación de 24 de	1979 (última modificación de 12
	junio de 2004)	junio de 2008)	junio de 2008)	de mayo de 2009)

(continua)

Legislación de los Länder en materia de gobierno y administración locales (vigente a 20 de diciembre de 2009)

			The state of the s	
	Constitución del Land	Ley de régimen municipal	Ley reguladora de los	Ley de cooperación local
3	(LVerf - Landesverfassung)	(GO- Gemeindeordnung)	Kreise	(KZG- Gesetz über die kom-
			(LKrO-Landkreisordnung)	munale Zusammenarbeit)
Palatina-	LVerfRhPf de 18 de mayo de		LKrORhPf de 31 de enero de	ZwGRhPf, Zweckverband-
do (Kn/T) 194	1947 (ultima modificacion de 16 de diciembre de 2005)	(ultima modificacion de 19 de marzo de 2009)	1994 (ultima modificacion de 26 de noviembre de 2008)	gesetz, de 22 de diciembre de 1982 (última modificación de 7 de
				mayo de 2009)
Sarre LVe	LVerfSaarl de 15 de diciembre	KVSaarl, Kommunalselbstverwaltungsgesetz, de 27 de junio	waltungsgesetz, de 27 de junio	KZG Saarl de 27 de junio de 1997
(Saarl) de	de 1947 (última modificación de	de 1997 (última modificación de 19 de noviembre de 2008)	de noviembre de 2008)	(última modificación de 21 de
14	14 de mayo de 2008)			noviembre de 2007)
Sajonia LVe	LVerfSachs de 27 de mayo de	GOSachs de 18 de marzo de LKrOSachs de 19 de julio de	LKrOSachs de 19 de julio de	KZGSachs de 19 de agosto de
(Sachs) 1992	32	2003 (última modifiación de 29 de	1993 (última modificación de 29	1993 (última modificación de 26
		enero de 2008)	de enero de 2008)	de junio de 2009)
Sajonia-Anhalt LVe	LVerfSA de 16 de julio de 199	GOSA de octubre de 1993 (últi-	LKrOSA de 5 de octubre de 1993	KZGSA de 26 de febrero de 1998
(SA) (últ	(última modificación de 27 de	ma modificación de 14 de febrero	(última modificación de 2 de di-	(última modificación de 15 de
ene	enero de 2005)	de 2008)	ciembre de 2008)	diciembre de 2009)
Schleswig-Holstein LVe	LVerfSH de 13 de mayo de 2008	GOSH de 28 de febrero de 2003	LKrOSH de 28 de febrero de	KZGSH de 28 de febrero de 2003
(SH)		(última modificación de 26 de	2003 (última modificación de 26	(última modificación de 14 de
		marzo de 2009)	de marzo de 2009)	diciembre de 2006)
Turingia (Thür) LVe	LVerfThür de 25 de octubre de	KVThür, Kommunalordnung, de 28 de enero de 2003 (última	, de 28 de enero de 2003 (última	KZGThür de 10 de octubre de
1993	1993 (úl. m. 11 de octubre de 2004)	modificación de 19 de noviembre de 2008)	e 2008)	2001
	(

RESUMEN

Este estudio analiza, desde la perspectiva del Derecho público, el nivel de gobierno local supramunicipal en Alemania, entendiendo por tal el conjunto de entidades jurídico-públicas que ejercen el poder local por encima del territorio de un municipio (Gemeinde) y por debajo del de un estado federado (Bundesland). El análisis de la posición jurídico-institucional, de la organización administrativa y del ámbito competencial que sobre cada una de estas entidades realizamos en este artículo revela un sistema plural y heterogéneo de corporaciones locales que se puede explicar con un sistema multinivel de "geometría variable" o asimétrico. Este sistema se articula, de entrada, en torno a la posición central del Kreis, cuya protección constitucional lo sitúa como segundo nivel obligatorio de gobierno local en toda la República Federal. A pesar de la diversidad normativa existente entre los diferentes Länder, la valoración del resto de entidades locales supramunicipales conduce a afirmar que, mientras en el ámbito territorial inferior al Kreis (Gesamtgemeinden) no existen debates significativos, los gobiernos locales de ámbito territorial superior al del Kreis (höhere Kommunalverbände, Regionalplanungskörperschaften y Stadt-Umland-Verbände) se hallan sometidos a importantes procesos de reforma que, en la medida en que tienden a la construcción de niveles locales de ámbito "regional", suponen el cuestionamiento territorial y funcional de los propios Kreise.

Palabras clave: Alemania; organización territorial; gobierno local; autonomía local; *Kreis*; comarca; región; cooperación local.

RESUM

Aquest estudi analitza, des de la perspectiva del Dret públic, el nivell de govern local supramunicipal a Alemanya, entenent per tal el conjunt d'entitats jurídico-públiques que exerceixen el poder local per sobre del territori d'un municipi (Gemeinde) i per sota del d'un estat federat (Bundesland). L'anàlisi de la posició jurídico-institucional, de l'organització administrativa i de l'àmbit competencial que sobre cada una d'aquestes entitats realitzem en aquest article revela un sistema plural i heterogeni de corporacions locals que es pot explicar com un sistema multinivell de "geometria variable" o asimètric. Aquest sistema s'articula, d'entrada, entorn a la posició central del Kreis, la protecció constitucional del qual el situa com a segon nivell obligatori de govern local en tota la República Federal. Malgrat la diversitat normativa existent entre els diferents Länder, la valoració de la resta d'entitats locals supramunicipals porta a afirmar que, mentre en l'àmbit territorial inferior al Kreis (Gesamtgemeinden) no hi ha debats significatius, els governs locals d'àmbit territorial superior al del Kreis (höhere Kommunalverbände, Regio-

140

nalplanungskörperschaften i Stadt-Umland-Verbände) es troben sotmesos a importants processos de reforma que, en la mesura que tendeixen a la construcció de nivells locals d'àmbit "regional", comporten el qüestionament territorial i funcional dels propis Kreise.

Paraules clau: Alemanya; organització territorial; govern local; autonomia local; *Kreise*; comarca; regió; cooperació local.

ABSTRACT

This study analyzes the local government structure in Germany from a Public Law perspective. Specifically, it focuses on the local government level composed by the public entities that exert powers above the territorial limits of a municipality (Gemeinde) and below those of a Federated State (Bundesland). The analysis of the constitutional and legal position, the administrative organization and the powers of each of those entities, which is carried out in this article, reveals a plural and heterogeneous system of local corporations, which can be best described as an asymmetrical multilevel system. This system articulates itself in the first place around Kreis' central position, whose constitutional protection situates it as a second compulsory level of local government nationwide. Notwithstanding the diversity of Länder's legislations, it is possible to identify a double tendency. While the legal regulation of the entities acting in the level below the Kreis (Gesamtgemeinden) appears to be quite stable, those above the Kreis (höhere Kommunalverbände, Regionalplanungskörperschaften and Stadt-Umland-Verbände) undergo important processes of reform. Inasmuch these reforms tend to build "regional" levels of local government, they challenge the territorial and functional status of the Kreise themselves.

Key words: Germany; territorial structure; local government; local autonomy; *Kreis*; county; region; local cooperation.

PARADOXES OF FEDERALISM?: POLITICAL INSTITUTIONS AND FISCAL DECENTRALIZATION IN ARGENTINA AND SPAIN

Jorge P. Gordin

Senior Research Fellow, Institut für Lateinenamerika-Studien (ILAS), GIGA German Institute of Global and Area Studies, Hamburg (Germany)

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Territorial Role of Political Institutions: Representation and Policy Scope of the Senate. 2.1. "When Effects Become Causes": Malapportionment and Its Consequences. – 3. The Relational Role of Political Institutions: "The Rules of the Game" and Intergovernmental Instruments of Cooperation. 3.1. Bilateral and "Uninstitutionalized" Bargaining: The 1992 and 1993 Pactos Fiscales in Argentina. 3.2. Emerging Multilateral Bargaining: The Spanish Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. – 4. Final Remarks. – 5. References. – Abstract-Resum-Resumen.

1. Introduction

In both developed and developing countries, there has been a contemporary debate on the nature and merits of decentralization. The collapse of communism and the "crisis" of the welfare state have rekindled serious thinking about the relationship between governance and the appropriate level of devolution of power away from the central state to lower levels of administrative and political authority. Moreover, the growing demand for public services and infrastructure in Third World countries has brought increasing calls for decentralization to develop taylor-made policies in congruence with varying national needs (Rondinelli, McCullough and Johnson, 1989). However, and despite the fact that decentralization issues have been on the

political front-burner in the last two decades, no single paradigm or theoretical model informs the study and practice of decentralization policies across nations.

On a very general level, decentralization is the transfer of responsibilities and revenue from national government to subnational offices (Rondinelli, 1981). This definition suggests that power is being given away through a series of measures and steps meant to eliminate overload at the central level, in which case decentralization denotes a process rather than a final or pre-set goal. Despite most studies of decentralization accept a process-oriented perspective, there is no overarching agreement about its goals. This is basically due to the fact that students of decentralization oftentimes confound political and fiscal decentralization. In Europe, there has been a trend to encapsulate types of decentralization under the notion of regionalism and regionalization. Albeit useful to pin down the determinants of regional policy in a era of global political and economic change (i.e. Keating and Loughlin, 1997; Le Gales and Leguesne, 1998), this body of research uses indicators of political and fiscal decentralization interchangeably, diminishing their empirical usefulness. Also, frequent regime changes and a strong "centralist tradition" (Veliz, 1980) have been long-standing factors inflating the political nature of decentralization in Latin America and downplaying the significance of fiscal power relations, Borrowing from Bird (1993: 208), widely recognized as a leading student of fiscal decentralization, "decentralization seems often to mean whatever the person using the term wants it to mean".

Adding to this conceptual muddle is the widespread misleading understanding of federalism as simply a degree of decentralization (but, Osaghae, 1990). Even worse, the institutional structure of federalism, despite its mandatory and constitutionally-guaranteed levels of decentralization, may at times have no distinctive effects on subnational public finances and intergovernmental fiscal relations. In order to unravel this putative theoretical riddle, this article draws on institutional analysis and new insights from interest group theory to shed light on the mechanism linking the politico-institutional determination of fiscal decentralization.

Specifically, it first assesses said dilemma in terms of the representation of territorial interests in the Argentina and Spanish Senates to show how heir respective levels of overrepresentation and policy

authority shape coalition building in distributive politics. It confronts Tsebelis and Money (1997: 33)'s argument that "in most federal systems the legitimacy of upper houses remains unquestioned and their power unconstrained". While there is a large kernel of truth in this claim, this section will add some nuances to their statement by illustrating variation in the extent to which the Argentine and Spanish Senates represent subnational interests and in their ability to provide a forum for the different territorial units to debate policies. In the process of showing the formal structural differences of said bodies, attention is focused on the basis of their composition, how chosen, and their policy scope. These questions about institutional design do not only reflect the formal structure but they also illustrate why political decision-making follows characteristic patterns in different polities. As historical institutionalist approaches contend, "a nation's electoral system and constitutional structure provide the institutional 'rules of the game' in which subsequent political battles are fought (Thelen and Steinmo, 1992: 22). Subsequent to comparing these cases, we will show that the Argentine Senate exercises more influence than its Spanish counterpart, but the powerlessness and ostensible policy irrelevance of the latter rendered a "window of opportunity" for the articulation of subnational interests through informal territorial institutions. This point is analyzed more systematically in addressing the issue of institutional interest representation. The ultimate puzzle addressed in this section, then, is why the comparative strengths of the Argentine Senate amounted to a "double-edged sword" whereby, on the one hand, provincial-level actors have numerous opportunities to exert influence on the fate of intergovernmental transfers and, on the other, it locks in the existing politicization of decentralization policies and make the pursuit of fiscal accountability harder. Put differently, the weaknesses of the Spanish Senate amounted to an institutional facilitator that helped to create alternative fora for fiscal intergovernmental coordination and thus to advance the cause of fiscal federalism in Spain.

Second, this article explores the conditions leading to bilateral and multilateral intergovernmental bargaining which ultimately shape the outcomes of fiscal decentralization. It draws on Ellen Immergut (1992)'s concept of "veto points" to highlight why the mere existence of strong federal representative institutions of territorial interests does not necessarily mean that they are effective in advancing the horizontal division of powers between the central and regional gov-

144

ernments. It shows that a mighty senate may fall short of becoming an actual arena of intergovernmental exchanges, when subnational units are disproportionately overrepresented. Put in "veto points" terms, when a highly institutionalized political structure of territorial representation such as the Argentine Senate is adjacent to exceedingly malapportioned electoral rules, it will perpetuate existing pathologies in distributive policy. At this juncture, some subnational units (i.e. peripheral, transfer-dependent) are motivated to preserve the status quo and others (i.e. metropolitan, more fiscally-proficient) prefer to move away from it. Because the former group of provinces affords the national government a legislative majority at a "convenient" price, distributive policy (i.e. fiscal decentralization) bears out cooptative and patronage-ridden undertones. Of necessity, the latter group of provinces seeks to level out their share and press their case with national authorities. The resulting outcome is bilateral fiscal agreements and incomplete decentralization. By the same token, this study claims that feeble territorial representation at the senate level does not inevitably thwart subnational assertiveness. In Spain, regionalist-party dominance in fiscally-competent autonomous communities (henceforth, AC), their increasing influence in the national parliament, and their concomitant acceptance in emerging joint policy-making mechanisms inhibited backward regions' attempts to preserve the status quo (i.e. revenue centralization). Albeit not entirely keen yet "institutionally" unable to block the moves of richer regions, the latter follow suit. The resulting outcome is increasing multilateral fiscal collaboration and expanding decentralization. These arguments are illustrated through the narrative of two contrasting experiences: The Argentine Fiscal Federal Pacts and the Spanish Council for Fiscal and Financing Policy of the AC.

2. The Territorial Role of Political Institutions: Representation and Policy Scope of the Senate

Unlike lower houses, which are elected directly by a nation's citizens, with equal weight given to each eligible voter, representation in the senate varies in two main dimensions: who is represented (i.e.

^{1.} We will use the notions of lower house, lower chamber, and chamber of deputies interchangeably.

constituent groups) and how they are represented (i.e. method of selection). On the first dimension, it is normal to compose the senate in some way that is different from the way in which the low house is chosen (Patterson and Mughan, 1999: 10-12). With the exceptions of Italy and Japan, where both houses are chosen on an equal basis, some differentiation between popular and territorial representation exists. The Argentine and Spanish Senates represent geographical constituent unit, which do not exclusively draw on population levels. However, while provinces are the relevant political unit in Argentina, the connection between territory and senate representation in Spain is less clear-cut. Based on a hybrid arrangement that somewhat resembles the German system, representation in the senate is primarily on the basis of sub-regional provinces (electoral unit), which each have equal representation. These provincial representatives amount to 208 out of a total of 256 senators. The remaining seats are occupied by AC representatives, with seats distributed on a population-based formula similar to that used in Germany and Austria (Flores Juberías, 1999). Secondly, leaving aside those who are ex-officio members of a senate,² the basic choice is between election and appointment. The former method is the most frequently employed, particularly in federal systems like the United States, Australia, Switzerland and others. However, in some cases, indirect representation precedes the adoption of direct election. While direct elections for the US Senate were introduced in 1913. Argentina has only adopted direct election of senators after the Constitutional Reform in 1994. In Spain, like the pre-1994 period in Argentina, senators representing AC are designated by the Autonomous Parliaments, thus indirectly elected.

The above-mentioned differences between the Argentine and Spanish Senates notwithstanding, Lijphart (1999: 207; 211) claims that both countries have an *incongruent* bicameral structure because their respective houses are formally elected by different methods and represent different constituent units. Note that the degree of incongruence is positively associated with senate strength because the latter's capacity of contestation is bolstered when its composition does not mimic the composition of the other house. Nevertheless, it is more appropriate to talk about levels of congruence rather about its pres-

^{2.} Apart from lifetime appointments in the British House of Lords, the Italian Senate includes a nominal number of Prime Ministerial appointees (Tsebelis and Money. 1997: 47).

ence or absence. Lijphart's approach to congruence as a categorical trait masks important differences among cases. While it is something of a conventional wisdom in the literature about Argentine political institutions that a fully incongruent senate is causally related to this country's strong bicameral structure (Molinelli, Palanza and Sin, 1999: 55-58), the same cannot be said of Spain, where almost 82 percent of the senators are elected on the same territorial basis as the members of the national parliament. What is more, and suggesting that the characterization of Spanish bicameralism as incongruent is questionable, while senatorial elections in Argentina are staggered, the vast majority of Spanish Senators are elected the same day as the Diputados in the lower house. As a result, the partisan composition of the Senate is unrepresentative of that of AC governments, as its electoral system encourages voters to cast a ballot for the same party repeatedly.3 In brief, Argentine senators are better equipped to represent subnational interests than their Spanish counterparts.

Before we proceed to examine the level of policy authority of the senate in both countries, what difference does bicameralism make with respect to fiscal policy performance? Or, put differently, does the fact that revenue-sharing bills are dealt with, or alternatively blocked, at the senate level make any difference in terms of policy outputs? Extant research suggests that bicameralism induces greater fiscal deficits and, more indirectly, precludes economic adjustment. According to Heller (1997), who surveyed 17 unicameral and bicameral democracies from 1965 to 1990, "government budget deficits are higher when policy conflict is built into the budget process, specifically in the form of a bilateral veto game between legislative chambers". In a similar fashion, Remmer and Wibbels (2000) observe that subnational interests in Argentina are in a pivotal position to offer resistance to national policies of economic adjustment because provinces can make adroit use of territorial representational advantages. However, there is an alternative body of scholarship that explores the possibility of a positive effect of bicameralism on public finances. While this literature is somewhat eclectic in its analytical focus, its common thread is that senatorial intervention in the policy-making process is advantageous insofar as it offers an additional arena of deliberation and fine-tuning

^{3.} In this regard, there is an ongoing tension between the miniscule role played by regionalist parties in Senate and their leading role in regional governments (Gunther, Montero and Botella, 2004: 121).

of public policies. For instance, Vatter (in Nolte, 2002: 18) shows that bicameralism strengthens fiscal decentralization and precludes "overfishing" at the subnational level. Likewise, Lane and Ersson (in Nolte, 2002: 18) claim that "when there is a symmetrically composed two-chamber assembly, then public expenditures tend to be lower and surpluses higher". So, while the jury is still out to determine the effect of bicameralism on fiscal outputs, it becomes apparent that senates "matter" in the politics of fiscal federalism.

Another aspect relates to the capacity of the senate to have a decisive bearing on fiscal policies or, put differently, its standing as a "veto player" body. In formulating one of the most seminal analytical frameworks of rational choice theory, Tsebelis (1995: 293) defines veto players as "an individual or collective actor whose agreement is required for a policy decision". Veto players can be grouped into two major different categories: "partisan" veto players, namely the political parties in the legislature and "institutional" veto players, which include the executive, both legislative houses, and to some extent, the courts, constitutionally required super majorities and referendums. In a nutshell, veto player perspective assesses a problem of collective action, one in which selective incentives must be dispensed in order to guarantee political support for effective governance. More specifically, this approach seeks to pinpoint the conditions for coopting supporters in the policy process.

So, to what extent are the Argentine and Spanish Senates "veto players"? To respond this question, we will focus on their respective (exclusive) policy competences and how disagreements between both houses are resolved in each country. Argentina in theory follows the US constitutional formula of bicameral "symmetry of policy scope" (Stepan, 2001: 345). While symmetry denotes that both houses are equally important and that the consent of both houses is necessary for most important decisions⁴, there are some policy areas in which they have greater prerogatives. The lower house has greater authority in originating money bills, general tax laws, troop recruitment and others. The senate, on the other hand, is in charge of approving pres-

^{4.} However, when disagreement between houses persists, the Argentine Congress resorts to the *navette* system to resolve it. If after several rounds of intercameral exchanges of bill proposals discrepancies cannot be bridged, the originating house has the upper hand and makes the final decision (Tsebelis and Money, 1997: 54-55).

idential nominees and advisors, authorize the president to declare a coup d'état in case of foreign military attack and appoint judges that assess federal expenditures. More crucially from the perspective our study, all revenue-sharing bills (including federal transfers) must originate in the senate. Additional senatorial prerogatives can be cited at length, but the encapsulation of fiscal decentralization issues at the Senate level suffice to highlight why this house is the institutional point of reference to uncover the politicization of these issues. This perception of the policy-making scope of the Senate is confirmed by a recent cross-national survey of bicameralism in nine Latin American countries, concluding that Argentina ranks as the most symmetrical bicameral system in the region and thus "the senate is constitutionally equipped to act as an actual 'veto player' insofar as it can delay lower house legislation at ease and eventually generate legislative paralysis" (Llanos, 2002: 21).

We are not the first to point out that the Spanish Senate lacks significant policy-making powers.⁵ The Spanish constitution allows autonomic parliaments to propose bills to the national assembly. These bills may be introduced by representatives of the former bodies but, paradoxically, the alleged chamber of territorial representation is bypassed and plays no major role. Beyond scrutiny functions such convening special investigative commissions or forcing ministers to answer questions and pale legislative roles like the responding to bills already discussed and passed the parliament, "the senate has absolutely no voice in the selection and permanence in office of the executive" (Flores Juberías, 1999: 287). More crucially, its footing in the territorial policy domain is guite limited as well. While the authorization of cooperation agreements between the ACs appears to be an issue that falls within the senate's jurisdiction, its authority is limited to postponing the moment that the lower house is allowed to impose its will on the senate in this issue. In an attempt to revamp the role of the senate as a more territorial chamber, the Comisión General de las Comunidades Autónomas, General Committee for the Autonomous Communities, was established in 1994. Despite some positive moves such as opening its doors to representatives of AC governments and debating territorial issues, Aja (1999: 146) argues that this committee experi-

^{5.} See, for instance, Aja (1999), Beramendi and Máiz (2004), Börzel (2002), Gunther, Montero and Botella (2004), Solozábal (1996).

ences the same structural limitations the senate does, amounting to a "small senate inside the senate".

How does the Spanish Senate compare with its Argentine counterpart in terms of its "veto player" status? While based on the aforementioned policy-making powers it does not appear that the Spanish Senate is a "veto player" in its own right until far-reaching institutional reforms take place, 6 Stepan (2004: 328-329) claims that the senate can potentially become a "veto player" on the basis of the Article 155 of Spanish Constitution. This article establishes that the senate can adopt measures to force regional governments to fulfill their legal/ constitutional obligations and prevent them from acting against the "general interest" of Spain. However, and citing Juan Linz's authoritative opinion on Spanish politics, Stepan acknowledges that said article has never been applied because it could only become effective through a federal deposition of the government and military occupation of a recalcitrant AC, leading to an eventual subnational regime breakdown. Hence, we are more inclined to downplay the actual "veto player" potential of the Senate of Spain.

2.1. "When Effects Become Causes": Malapportionment⁷ and Its Consequences

In federal systems, where territorial representation is juxtaposed to population representation, unequal representation of subnational units is commonplace (Lijphart, 1984). Partly as a "built-in" feature of federalism aimed at redressing economic and demographic vulnerability of smaller jurisdictions, these are deliberately (i.e. constitutionally) overrepresented in the Senate.⁸ Consequently, this should hold as well

^{6.} On the difficulties to reform the Spanish Senate, see Roller (2002).

^{7.} While malapportionment is more commonly used at the micro level (i.e. the votes of some citizens weigh more than the votes of other citizens), overrepresentation is employed to denote institutional apportionment. Some scholars prefer the latter term, because the term malapportionment carries a more distinctive negative connotation (Gibson, Calvo and Falletti, 1998: 2). We, however, will use both terms interchangeably.

^{8.} Despite that senates are overly more over-represented, lower chambers are sometimes subject to malapportionment. Both unitary Colombia and New Zealand, which reserve seats for indigenous people on a non-geographic basis, and federal India, where designated casts districts are over-represented, share a high level of lower house malapportionment (Samuels and Snyder, 2001: 658).

for the Argentine and Spanish upper chambers. Subsequent to illustrating the extent of malapportionment in these cases, we will elaborate analytically why institutional overrepresentation is inextricably linked with distributive policy outputs. While malapportionment in the Spanish Senate is not entirely inconsequential, we will argue that, given its egregious nature and based on the significant policy-making powers of the senate, legislative overrepresentation in Argentina stands out as a decisive independent variable to explain the paucity of fiscal decentralization reforms.

How pervasive is Senate malpportionment in Argentina and Spain? According to the Stepan/Swenden Federal Databank, which uses the Gini Index of Inequality to measure malapportionment, Argentina has the world's highest level of senate overrepresentation.

Table 1. Senate overrepresentation (Stepan/Swenden data)

Gini Index of Inequality		Percentage of Seats of Best Represented Decile		
Belgium	.015	Belgium	10.8	
Austria	.05	Austria	11.9	
India	.10	India	15.4	
Spain	.31	Spain	23.7	
Germany	.32	Germany	24.0	
Canada	.34	Australia	28.7	
Australia	.36	Canada	33.4	
Russia	.43	Russia	35.0	
Switzerland	.45	Switzerland	38.4	
USA	.49	USA	39.7	
Brazil	.52	Brazil	41.3	
Argentina	.61	Argentina	44.8	
MEAN	.33	MEAN	28.3	

Source: Stepan (1997) and own calculations. Higher values denote higher malapportionment.

Table 1, which uses the afore-mentioned databank, also shows how Argentina and Spain fare compared to other ten federal systems.

^{9.} For a detailed explanation of the calculation of this index, see Stepan (2001: 344).

It indicates that Argentina's figures for the Gini Index and percentage of seats for best represented decile nearly double those of Spain. While Spain has relatively high level of senate overrepresentation compared to similar multinational federations like Belgium and India, its figures are much lower than those for ethnically-diverse Canada and Switzerland. Note that Spain ranks below the mean in both measures. To corroborate whether these results are a function of the dataset used for Table 1, we will triangulate them with data from Samuels and Snyder's study of comparative malapportionment. Table 2 shows the world's twenty most over-represented senates and, confirming the previous analysis, Argentina ranks first. Spain, on the other hand, appears to show a somewhat higher level of malapportionment because it is slightly above the mean value yet short of modifying the pattern of Table 1, as it only outdoes Germany but by a small margin.

Table 2. Senate overrepresentation (Samuels/Snyder data)

	MAL _{uc}	Federal		MAL _{uc}	Federal
Czech Rep.	0.0257		Chile	0.3106	
Italy	0.0292		Venezuela	0.3265	Yes
Austria	0.0301	Yes	Russia	0.3346	Yes
Romania	0.0592		Switzerland	0.3448	Yes
India	0.0747	Yes	USA	0.3642	Yes
Japan	0.1224		Bolivia	0.3805	
Poland	0.2029		Brazil	0.4039	Yes
S. Africa	0.2261	Yes	Argentina	0.4852	Yes
Mexico	0.2300	Yes			
Germany	0.2440	Yes			
Spain	0.2853	Yes			
Australia	0.2962	Yes			
MEAN	0.2388				

Source: Samuels and Snyder (2001) and own calculations. Higher values denote higher malapportionment.

^{10.} This study uses the Loosemore-Hanby Index of Electoral Disproportionality (*D*), which takes the absolute value of the difference between each district's seat and population shares. For a more complete explanation, see Samuels and Snyder (2001: 654-655).

Does senate overrepresentation matter? In essence, cross-national evidence suggests that senate's unequal representation of subnational units shapes legislators' strategies for pursuing distributive policy agendas. However obvious this argument may appear, a large part of the scholarly work on US legislative politics has downplayed the effect of senate apportionment on coalition building. For instance, Riker's seminal notion of minimum-winning coalitions tells us more about the rules of the game than about asymmetries in the composition of winning coalitions. Drawing on this thesis, formal theory scholars have not paid sufficient heed to the pervasive small-state advantages in the distribution of federal funds (Atlas et al. 1995). Lee and Oppenheimer (in Lee, 2000: 59) provide a convincing explanation for this legislative outcome: "Apportionment shapes Senate distributive policy-making for two reasons. First, senators representing small states have more to gain from procuring a given amount of federal dollars than do senators who represent larger states. A federal grant of \$5 million, for example, has a far greater effect in Wyoming than in California. Such a grant yields greater electoral benefits for senators who represent small states, both in terms of their statewide visibility and the percentage of residents benefited... Second, Senate apportionment affects the incentives of coalition builders in distributive policymaking. The tremendous differences in state population create a unique coalition-building dynamics: All senators' votes are of equal value to the coalition builder, but they are not equal in price".

As the statistics presented above succinctly suggest, senate malapportionment manifests itself in Argentina more than elsewhere. And its effects are highly axiomatic: virtually no policy coalition can be put together without the support of the regional structures of power of sparsely-populated and economically-underdeveloped provinces (Gordin, 2006). Alike Brazil, "strengthening the financial position" of small provinces affords incumbent national administrations significant political payoffs. Unlike Brazil, and taking aim with Mainwaring's contention, we argue that this "devil's pact" does not lead to institutional decay. On the contrary, it boosts predictability in the intergovernmental rules of the game and, thus, makes "increasing returns processes" more sustainable. Such inducements, however,

^{11.} In a landmark essay, Pierson (2000) couched the notion of "political increasing returns" to underscore the strong status quo bias generally built into political institutions.

create an equilibrium that poses acute problems to feedback processes and consequently foreclose policy reforms to temper the patronage-financed debt spending of Argentine provinces, particularly the small ones.

The combined effect of the scant policymaking powers of the Spanish Senate and its comparatively lower malapportionment levels. which render a more limited "opportunity structure" for small ACs to caiole federal transfers, helps to explain why, in contrast, subnational actors in Spain had to generate alternative means of action and representation.¹² As we will illustrate in the next section, the deficiencies of the Senate engendered a decisional vacuum to be filled by the creation of intergovernmental coordinating agencies like the CPPF and, to a lesser extent, the Conferencias Sectoriales, Sectoral Conferences, which are multilateral forums where ACs exchange information with the national administration and among them. The weak institutionalization of the senate and its lack of compensatory representational devices to redress inter-regional gaps have been counterbalanced by a gradual process of ongoing agreements that occurred especially in the 1992-1996 period (Leon, 2007). This open-endedness has imbued intergovernmental relations in Spain with a market-like character, where the fiscal accomplishments and steadfast regionalist leadership of ACs like Catalonia, Baleares, Navarra, and the Basque Country hindered even further any attempt of economically-peripheral ACs to offset their fiscal misfortunes through federal largesse. Above and beyond the fiscal revamping of the weak, formal institutional vulnerability opened the door for policy innovation.¹³

3. The Relational Role of Political Institutions: "The Rules of the Game" and Intergovernmental Instruments of Cooperation

Painting in broad strokes, we can say that Ellen Immergut provides a very satisfying explanation of institutional malleability,

^{12.} This institutionalist view of the Spanish Senate is matched by ordinary citizens' perception of the role of this body in the politics of their country. In his study of public opinion in Spain, Lancaster (1997) shows that the senate is the least popular institution.

^{13.} For an analysis of policy innovation in Argentina, see Keech (1999).

which will be analytically applied to uncover differences between the Argentina's predominantly stagnant regionalism and Spain's drift to multilateral subnational collaboration. This contrast is the last building bloc in our explanation of the entrenchment of patronage-dependent provincial forces and fiscal decentralization stagnation in Argentina and Spain's incremental progression to fiscal federalism.

In any political system, the adoption of a new policy deviating from the status quo (e.g. fiscal centralization) requires the agreement of certain political actors. Leaving aside whether a larger number of such political actors is normatively desirable. 14 policy change becomes more difficult when these actors proliferate. The necessity to decrease the number of such crucial actors is an issue that both "old" and "new" institutionalisms draw our attention to. From a state-society centered perspective, the notion of corporatism gives preferential treatment¹⁵ to state-sponsored societal organized interests, whereas neo-institutionalists (e.g. George Tsebelis) focus more compellingly on the institutional "black box" itself. Implicitly maintaining that these approaches are overly static or mechanistic, Immergut (1992) introduces the notion of "veto points", which are basically areas of institutional vulnerability, namely, junctures in the policy process where opponents can frustrate policy change. Instead of seeing institutional representation as a rigid end point, the notion of "veto points" suggests that "electoral rules and constitutional structures provide the institutional 'rules of the game' in which subsequent political battles are fought" (Thelen and Steinmo, 1992: 22). Moreover, this understanding of the policy-making process is also consonant with our previous analysis insofar as the relative differences in policy-making powers of their respective senates and the presence or absence of institutional facilitators for disadvantaged subnational units in Argentina and Spain shape political interactions. Last, this approach is valuable to analyze countries that undergo institutional transformation like Spain and its ongoing process of federalization. Likewise, Argentina has recently experi-

^{14.} While the modern literature in political science, with Lijphart (1999) as an exception, emphasizes the need of *effective* governance, there is no shortage of arguments on behalf of increasing the number of "veto players", ranging from Baron de Montesquieu's theory of separation of powers to John Stuart Mill's praise of representative government.

^{15.} Or, according to Schmitter (1974), exclusive.

ence profound institutional reforms such as the constitutional reform of 1994.¹⁶

3.1. Bilateral and "Uninstitutionalized" Bargaining: The 1992 and 1993 Pactos Fiscales in Argentina

Imagine the following picture: Nearly 100 provincial representatives (governors, vice governors, provincial economy ministers and economic advisors) gather in a dreary building in Buenos Aires city. The raison d'être of this gathering is to persuade said representatives to forsake 15 percent of their respective provinces' coparticipated tax revenues to overhaul the then moribund national social security system. Not far from this building, caravans of annoyed pensioners march forcefully into the Congress amid threats of continuing their hunger strikes. Expectedly, and despite these representatives ostensible empathy with the cause of street demonstrators, no agreement can be hammered out.¹⁷

This chaotic background compounded the signature of the 1992 Fiscal Pact at the headquarters of the *Consejo Federal de Inversiones*, CFI, Federal Investment Council.¹⁸ How can said provincial actors be persuaded to cut a deal that would make them less popular in their respective jurisdictions? First, the national government guaranteed provincial transfers of a minimum of US\$ 725 per month. In order to make this arrangement even more "attractive", Menem "sweetened" this unsettling gridlock through the creation of a special fund to finance fiscal disequilibria in the provinces, made up of revenues that would also be deducted from the automatic FTSA allocations. According to Eaton (2001: 110), "the amount that each province would receive from this fund was determined in one-to-one negotiations with the

^{16.} This constitutional reform includes: the abolition of the Electoral College and adoption of direct presidential elections, the possibility of re-election for incumbent presidents, political decentralization of the capital city (Buenos Aires) and, more relevant to our subject of study, the introduction of socio-demographic and economic variables, in lieu of fixed coefficients, in the determination of revenue-sharing. Interestingly, from said list of reforms, the latter is the only one that still did not materialize.

^{17.} For a more complete account of these events, see Falletti (2000: 12).

^{18.} Originally conceived as an inter-provincial consultative forum in regional development matters, the CFI has turned into a *de facto* branch of the Peronist Party, which typically controls a vast majority of governorships.

President. For example, the fact that the Radical governor of Chubut province offered early public support for the pact reflected Chubut's position as one of the three provinces receiving the largest cut from the disequilibria fund... Provincial governors who initially criticized the pact but eventually signed it (such as Mario Moine of Entre Ríos) received a smaller cut, and provincial governors who refused to sign (such as Rolando Tauguinas of Chaco) received none of the special funds". Furthermore, the inter-provincial apportionment of this fiscal disequilibria fund does not deviate from the pattern described in Chapter 3: Santa Cruz, Tierra del Fuego and Chubut (nearly 1.8 percent of total national population) received US\$ 3 million each, whereas Córdoba and Santa Fé (nearly 18 percent of total population) only US\$ 0.5 million each (Falletti, 2000: 12).

Encouraged by the apparent success of this deal, Menem arranged a second Fiscal Pact in August 1993. Unlike the previous pact, however, tax reform was the focus of this deal, enhancing its potential fiscally-decentralizing impact. Nevertheless, the provinces did not rush to join this second pact because of its initial stipulation to abolish the provincial turnover tax (Schwartz and Liuskilla, 1997: 408). Expectedly, some maneuvers were necessary to cajole reluctant governors. First, the minimum amount set on 1992 was increased to US\$ 745 million a month. Additionally, political guarantees to negotiate the offsetting of claims and debts between the provinces and the central governments were put forward. These benefit packages, however, were only applicable to provinces that agreed to implement the terms of the pact. To avoid further "penalties", Chaco's governor this time chose to sign the pact, for which his province had its outstanding debts bailed out (Eaton, 2001: 111). 19

In brief, we can argue that Argentine bilateralism is a manifestation of cost-shifting tactics for the provinces and divide-and-conquer for the center. The institutional "veto points" in the decision-making process interact with regional economic differentiation, leading to a fiscal policy output that amounts to an "iron law" of the political

^{19.} To illustrate how this exchange of political favors interweaves with institutional prerogatives, Governor Tauguinas, who rules a relatively under-populated province, subsequently supported Menem's campaign for the Constitutional Reform of 1994. It is noteworthy that the assembly charged with rewriting the constitution was even more skewed than is representation in the senate. Buenos Aires province had one representative for every 109,000 citizens and Tierra del Fuego had one for every 6,000 (Sawers, 1996: 96).

economy of intergovernmental relations in Argentina: revenue centralization as a shielding mechanism for economically weak yet politically powerful provinces.

3.2. Emerging Multilateral Bargaining: The Spanish Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas

The Spanish Council for Fiscal and Financing Policy of the AC (Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, henceforth CPPF) was created in 1980 and is composed of the national Minister of Economy and Finance and his counterpart in each region, and the Minister of Public Administration. It acts as a consultative and discussion body, which concerns itself with the coordination of policy with particular regard to the distribution of national resources to the regions, public investment, the costs of services and public debt. This is the intergovernmental coordination body of highest importance (Huerta Carbonell, 1992: 215). The agreements reached within the CPFF, then, form the basis for developing the ACs financing arrangements.

The above having been said, there has been a tendency in the specialized literature to characterize the CPFF as merely symbolic, as a forum guided by a "hierarchical perception of intergovernmental relations, since the minister (i.e. the national Minister of Economy and Finance) calls the conference, chairs it and sets the agenda. This fosters the atmosphere of 'institutional courtesy' in the forum, as the ACs have only a very passive role in the discussions" (Grau i Creus, 2000: 63). Other scholars have ironically suggested that these meetings amount to cooperación por teléfono, cooperation by phone (Albertí Rovira, 1991: 214). Further, Aja (1999: 227) claims that the CPPF is a mirror image of party politics: When this forum recommended in 1993 the transfer of the 15 percent of the general income taxes to all ACs, Galicia, which is a PP bastion, voted against it and even appealed to the Constitutional Court. However, it voted in favor of a transfer of the 30 percent of the same tax in 1996 carried out by Aznar's administration.

It is precisely party politics what rendered opportunities to expand the role of CPPF and its *modus operandum*. While admitting that the afore-mentioned tactical behavior of Galicia is very telling, it is noticeable that despite PSOE's participation in the ruling coalitions in Nav-

arra, Aragon, and Asturias did not impede these ACs to support the PP- sponsored 30 percentage reform. Moreover, regionalist party officials, by and large from Catalonia and the Basque Country, advocated deepening revenue decentralization on efficiency as well as on nationalist grounds. For that purpose, they encouraged the formation of mixed technical commission of autonomic and national officials known as Comisiones Mixtas. Mixed Commisions, whose multilateral character was somewhat daunting for more transfer-dependent ACs (Ramallo Massanet and Zornoza Pérez, 2000). Nonetheless, regionalist party representatives from poorer ACs had a very hard time in articulating regional assertiveness amid hostility to fiscal decentralization moves, so that they gradually moved closer to their more nationalistically-minded counterparts (Gordin, 2009). Exogenous factors such as Europeanization played a role, insofar as regions were endowed with significant resources, including know-how applicable to the sometimes highly technical content of discussions held in the Sectorial Commissions.²⁰

Further, it is important to point out that bilateral agreements were central in addressing the claims of "historic communities" such as the Basque Country and Navarra, but that the balance between bilateral and multilateral agreements has gradually shifted to an ascendancy of the latter (Ruiz Almendral, 2003: 45). In fact, the asymmetric system derived from the special regime that exists for the afore-mentioned foral AC has not precluded more general agreements at the general level. Likewise, while some authors emphasize the negative externalities of bilateralism in terms of the politicisation of the fiscal regime (Leon Alfonso, 2007), others lay emphasis on the uniform budgetary restrictions shared by all autonomic jurisdictions, which ultimately make fiscal decentralization in Spain more sustainable (Caballero, 2003).

In conclusion, in contrast with the cost-sharing strategy of Argentine provinces, Spanish ACs opted to increase collaborative patterns

^{20.} We disagree, however, with monocausal explanations based on EU influences such as Tanja Börzel's approach. She claims that "while the extension of multilateral intergovernmental cooperation may reflect a certain consolidation of Spanish intergovernmental relations, the functioning of the 16 Euro-effective conferences confirms that the major proposition of this study that multilateral cooperation is the response to Europeanization rather than the result of the consolidation of the State of the Autonomies" (Börzel, 2002: 146-47). In addition to supranational-level influences, scholarly discussions about the future of decentralization in Spain were deeply influenced by the German experience and concepts such Bundestreue (federal loyalty) are oftentimes made reference to (Aja, 1999: 142-43).

in policy-making, in which representatives of the different levels negotiate their major differences at the program design and implementation stages. Unlike Argentina, the increasing pivotal role played by regionalist parties in national formal and informal fora played a more critical role than the encapsulation of unequal territorial representation at the legislative level. Albeit not entirely stress-free, as some peripheral ACs resisted the pace and nature of reforms, fiscal decentralization in Spain expanded to levels comparable to those of Germany and closer to Switzerland.

4. Final Remarks

The findings of this paper have implications both for the political science literature on comparative federalism and for the literature on fiscal decentralization in these and other countries. Given research trends in the former literature, some of our findings are surprising. The concept of institutional vulnerability, a byproduct of "veto points" theory, appears to be more useful in explaining the stochastic nature of fiscal decentralization policies than notions of institutional embeddedness. More than the formal rules *per se*, the interaction between institutional structures (e.g. the senate) and political hurdles gives rise to the "rules of the game". Put simply, over-represented territories yield political payoffs that afford them "immunity" to revenue decentralization imperatives. In this vein, the "veto points" framework involves different opportunities for influencing political decisions.

In assessing how the politics of fiscal decentralization varies in Argentina and Spain, we are able to conclude that institutional "overdevelopment" and the ensuing "locking-in" of a lopsided connection between territorial overrepresentation and the non-proportional distribution of public funds in the Argentina propitiates the maintenance of a fiscally-ineffective but politically-desired status quo. Therefore, formal federal polities, which are normally based on strong bicameralism, can at times be less effective than more loose, yet decentralizing unitary systems in deepening fiscal decentralization. And we are also able to conclude that institutional malleability and openendedness rendered opportunities to regionally-assertive entrepreneurs for claiming further competences, including revenue collection and administration. The policy of transferring revenue and revenue authority to subnational governments, then, can be sabotaged or

160

advanced depending on the institutional incentives and capabilities of political actors.

This study suggests then that the presence of formal governmental structures for representing territorial interests does not necessarily mean they are effective in practice. A highly "institutionalised" senate in Argentina shields the political and economic interests of poorlydeveloped, yet politically powerful, provinces. As these provinces are coopted in the legislative process at a more "convenient" price than metropolitan regions, regional asymmetries in the allocation fiscal authorities are sustained over time. A far less "institutionalised" chamber of territorial representation and a more malleable and open-ended institutional configuration in Spain prevents backward regions to exploit institutional devices to block fiscal decentralization. What is mote, this institutional malleability has facilitated the emergence of alternative policy-making mechanisms where multilateral subnational coordination is facilitated and fiscal decentralization further expanded. Therefore, formal federal polities, which are normally based on strong bicameralism, can at times be less effective than more loose, yet decentralizing unitary systems in deepening fiscal decentralization. This scenario complicates the validity of held views about the positive association between political federalism and fiscal decentralization.

Further, our overall argument implies that when the sorting out of subnational fiscal relations takes place in malapportioned legislative institutions we could see a mutually reinforcing relationship between decentralization and regionalized patronage, as transpires from the Argentine experience. That is, the policy of transferring revenue and revenue authority to subnational governments not only renders possible the entrenchment of patronage-ridden regional enclaves but, also, the latter can exploit institutional and political opportunities to sabotage fiscal decentralization projects.

In this regard, it is noteworthy that the same institutional problems that preclude the advancement of fiscal decentralization are also associated with national fiscal crises. Argentina, a country whose policies of economic adjustment in the early 1990s have won it international acclaim, has proved unable to restructure its federal system to address severe imbalances in the intergovernmental fiscal relations. The overall unsustainable level of subnational debt and the limiting authority of the center to rein in fiscal discipline lurked underneath Argentina's foreign debt default – the world's largest – and the premature fall of De La Rua's elected government in December 2001. Federalism and its concomitant institutional protection of the autonomy of subnational units can at times have perverse effects on macroeconomic performance. Despite federalism's ostensible "market-preserving" quality (Weingast, 1995), deadlocked and malfunctioning federal institutions can lead to economic catastrophes.

In closing, this understanding of fiscal decentralization also speaks to a body of scholarship on fiscal federalism that focuses on incentives and goals (e.g. rent-seeking, fiscal performance) without explicitly and systematically identifying the political framework in which fiscal decentralization decisions are taken. Borrowing from a recent and enlightening study of federalism by Filippov, Ordeshook and Shvetsova (2004: 138), "fiscal allocations are biased toward certain states or groups of states almost everywhere, because the ability to cater to particular local needs is an essential characteristic and advantage of the federal form".

5. References

AJA, Eliseo, *El estado autónomico: Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid: Alianza, 1999.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. "La colaboración entre el estado y las comunidades autónomas", in Luis M. Rebolle (ed.) El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades autónomas: balance y perspectiva. Santander: Universidad de Cantabria, 1991, IV: 201-217.

ATLAS, Cary M., GILLIGAN, Thomas W., HENDERSHOT, Robert J. and Mark A. ZUPAN, "Slicing the Federal Government Net Spending Pie: Who Wins, Who Loses and Why". *American Economic Review* 85, 1995, p. 624-629.

BERAMENDI, Pablo and Ramon MÁIZ, "Spain: Unfulfilled Federalism", in Amoretti Ugo M. and Nancy Bermeo (eds.). Federalism and Territorial Cleavages. Baltimore, MD: The Johns Hopkins University Press, 2004.

BIRD, Richard M., "Threading the Fiscal Labyrinth: Some Issues in Fiscal Decentralization". *National Tax Journal* 46, 1993, p. 207-227.

BÖRZEL, Tanja A., States and Regions in the European Union: Institutional Adaptation in Germany and Spain. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002.

CABALLERO, Gonzalo. Un análisis económico institucional del estrado de las autonomías: "Market-Preserving Federalism, Spanish Style". Paper presented at the AECPA Congress, Barcelona, 2003.

DE LA FUENTE, Angel and Maria GUNDIN. "El sistema de Financiación de las comunidades autónomas de regímen común : un analísis crítico y algunas propuestas de reforma". FEDEA, 236, 2005.

EATON, Kent. "Political Obstacles to Decentralization: Evidence from Argentina and Philipines". *Development and Change* 32, 2001, pp. 101-127.

FALLETTI, Tulia. "Not Just What, but *How*, and by *Whom*: Policy Feedback Effects and Deceptive Decentralization in Argentina". Paper Presented at the 2000 Meeting of the Latin American Studies Association, Miami, March 2000, pp. 16-18.

FILIPPOV, Mikhail, ORDESHOOK, Peter C. and Olga SHVETSOVA. *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institututions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2004.

FLORES JUBERÍAS, Carlos. "A House in Search of a Role: The Senado of Spain". In Paterson, Samuel C. and Anthony Mughan (eds.). *Senates: Bicameralism in the Contemporary World*. Columbus, OH: Ohio State University Press, 1999.

GIBSON, Edward L., CALVO, Ernesto F. and Tulia G. FALLETI. "Reallocative Federalism: Overrepresentation and Public Spending in the Western Hemisphere". Paper Presented at the 1998 International Congress of the Latin American Studies Association, Chicago, 1998.

GORDIN, Jorge P. "Intergovernmental Fiscal Relations", *Argentine Style. Journal of Public Policy*, 26, 2006, 3: 255-277.

GORDIN, Jorge P. "Regionalizing Patronage?: Federal Resource Allocation and Party Politics in Spain". *Regional and Federal Studies*, 19, 2009, 3: 399-413.

GRAU I CREUS, Mireia. "Spain: Incomplete Federalism". In Wachendorfer Schmidt, Uwe (ed.) *Federalism and Political Preformance*. London: Routledge, 2000.

GUNTHER, Richard, José Ramón MONTERO and Joan BOTELLA. *Democracy in Modern Spain*. New Haven, CT: Yale University Press, 2004.

HELLER, William B. "Bicameralism and Budget Deficits: The Effect of Parliamentary Structure on Government Spending". *Legislative Studies Quarterly*, 22, 1997, (3): 485-516.

HERRERO ALCALDE, Ana, DIAZ DE SARRALDE y Javier LOSCOS FERNANDEZ. "Financiación autonómica: Algunos escenarios de reforma de los espacios fiscales". *Papeles de Trabajo, Instituto de Estudios Fiscales*, 2006, p. 20.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, Jesús. "La coordinación de la política fiscal y financiera del estado y de las comunidades autónomas". *Documentación Administrativa*, 1992, 230-231: 199-227.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, Jesus and Ana HERRERO ALCALDE. "La financiación de las comunidades autónomas espanolas: Evolución, situación actual y perspectivas de futuro". *El Debate Político*, 2005, 3: 118-156.

IMMERGUT, Ellen M. "The Rules of the Game: The Logic of Health Policy-Making in France, Switzerland, and Sweden". In Steinmo Sven, Thelen Kathleen and Frank Longstreth (eds) *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. New York, NY: Cambridge University Press, 1992.

KEATING, Michael and John LOUGHLIN, eds. *The Political Economy of Regionalism*. London: Frank Cass, 1997.

KEECH, William. "Policy Innovations and Policy Reversals: An Essay on American and Argentine Politics". In Polsby, Nelson W. and Raymond E. Wolfinger (eds.) On Parties: Essays Honoring Austin Ranney. Berkeley, CA: Institute of Governmental Studies Press. 1999.

LANCASTER, Thomas D. "Nationalism, Regionalism, and State Institutions: An Assessment of Opinions in Spain". *Publius* 27, 1997, (4): 115-133.

LE GALES, Patrick and Christian LEQUESNE, eds. *Regions in Europe*. London: Routledge, 1998.

LEE, Frances E. "Senate Representation and Coalition Building in Distributive Politics". *American Political Science Review* 94, 2000, (1): 59-72.

LEON, Sandra. The Political Economy of Fiscal Decentralization: Bringing Politics to the Study of Intergovernmental Transfers. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2007.

LEON, Sandra. "Por què el sistema de financiación atonomica es inestable?". *Revista Espanola de Investigaciones Sociológicas*, 2009, 128: 57-87.

LIJPAHRT, Arend. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven: Yale University Press, 1999.

LLANOS, Mariana. *El bicameralismo en América Latina*. Hamburg: Institut für Iberoamerika-Kunde, 2002.

MOLINELLI, Guillermo N., PALANZA, Valeria M. and Gisela SIN. *Congreso, presidencia y justicia en Argentina: Materiales para su studio*. Buenos Aires: CEDI-Grupo, 1999.

NOLTE, Detlef. Funciones y funcionamiento de los senados en los sistemas bicamerales de América Latina: un enfoque comparado. Hamburg: Institut für Iberoamerika-Kunde, 2002.

OSAGHAE, Eghosa E. "A Reassessment of Federalism as a Degree of Decentralization". *Publius: The Journal of Federalism*, 1990, 20: 83-98.

PATERSON, Samuel C. and Anthony MUGHAN, eds. *Senates: Bicameralism in the Contemporary World.* Columbus, OH: Ohio State University Press, 1999.

PETERS, B. Guy. *Institutional Theory in Political Science: The "New Institutionalism"*. London: Pinter, 1999.

PIERSON, Paul. "Increasing Returns, Path Dependency, and the Study of Politics". *American Political Science Review* 94, 2000, (2): 251-267.

RAMALLO MASSANET, Juan and Juan ZORINOSA PÉREZ. "El consejo de política fiscal y financiera de las comunidades autónomas". *Papeles de Economía Espñola*, 2000, 83: 60-74.

REMMER, Karen L. and Erik WIBBELS. "The Subnational Politics of Economic Adjustment: Provincial Politics and Fiscal Adjustment in Argentina". *Comparative Political Studies* 33, 2000, (4): 419-451.

RODDEN, Jonhatan. "The Dilemma of Fiscal Federalism: Grants and Fiscal Performance around the World". *American Journal of Political Science*, 46, 2002, 3, 670-87.

ROLLER, Elisa. "Reforming the Spanish Senate: Mission Impossible?". West European Politics 25, 2002, (4): 69-92.

RONDINELLI, Dennis A. "Government Decentralization in Comparative Perspective: Theory and Practice in Developing Countries". *IRAS*. 1981, 2: 133-145.

RONDINELLI, Dennis A., MCCULLOUGH, James S. and Ronald W. JOHNSON. "Analising Decentralization Policies in Developing Countries: a Political-Economy Framework". *Development and Change*, 1989, 20: 57-87.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta. "The Asymmetric Distribution of Taxation Powers in the Spanish State of the Autonomies: The Common System and the Foral Tax Regimes". Regional and Federal Studies, 13, 2003, 4: 41-66.

SAMUELS, David and Richard SNYDER. "The Value of a Vote: Malapportionment in Comparative Perspective". *British Journal of Political Science*, 2001, 31: 651-671.

SAWERS, Larry. The Other Argentina: The Interior and National Development. Boulder: Westview Press, 1996.

SCHMITTER, Philipppe. "Still a Century of Corporatism?", Review of Politics 36, 1974, (1): 85-131.

SCHWARTZ, Gerd and Claire LIUSKILA. Argentina. . In Ter-Minassian, Teresa, ed. (1997). *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. Washington, DC: International Monetary Fund., 1997.

SEVILLA SEGURA, Jose V. *Financiación autonómica: Problemas y propuestas.* Madrid: Exlibris, 2005.

SOLOZÁBAL, Juan José. Spain: "A Federation in the Making?", in Hesse Joachim J. and Vincent Wright (eds.). Federalizing Europe?: The Costs, Benefits, and Preconditions of Federal Political Systems. Oxford: Oxford University Press, 1996.

STEPAN, Alfred. *Arguing Comparative Politics*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2001.

STEPAN, Alfred. "Electorally Generated Veto Players in Unitary and Federal Systems". In Edward L. Gibson (ed.), Federalism and Democracy in Latin America. Baltimore, MD: The Johns Hopkins University Press, 2004.

THELEN, Kathleen and Sven STEINMO. "Historical Institutionalism in Comparative Politics". In Steinmo Sven, Thelen Kathleen and Frank Longstreth (eds) Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis. New York, NY: Cambridge University Press, 1992.

TSEBELIS, George. "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartism". *British Journal of Political Science* 25, 1995, pp. 289-325.

TSEBELIS, George and Jannette MONEY. *Bicameralism* New York, NY: Cambridge University Press, 1997.

VELIZ, Claudio. *The Centralist Tradition of Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

WEINGAST, Barry. "The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development". *The Journal of Law, Economics, & Organization* 11, 1995, pp. 1-31.

ABSTRACT

This paper suggests a putative paradox of federalism, namely that formal federal polities, which are normally based on strong bicameralism, can at times be less effective than more loose, yet decentralizing unitary systems in deepening fiscal decentralization. For that purpose, case studies of Argentina and Spain are used to provide insights into the way that the distribution of institutional resources in multi-tiered polities shapes the extent to which the policy of transferring revenue to subnational governments can be exploited for political gain. It does so by using institutional analysis and gualitative evidence to assess the effect of patterns of territorial representation on fiscal decentralization policies. It focuses first on legislative-level territorial representation and its effect on intergovernmental fiscal outcomes. Also, it explores the conditions leading to bilateral and multilateral intergovernmental bargaining, which, we will argue are part and parcel of the tension between territorial distribution of political influence and economic resources. The research suggests that whereas Argentine subnational interests are "locked-in" at the Senate level and intergovernmental negotiations are conducted bilaterally, openended institutional arrangements and a relatively impotent senate in Spain boosted the redressing of regional concerns through informal intergovernmental for a and increasing multilateral collaboration. Such differences in patterns of institutional representation and bargaining strategies account for the paucity of fiscal decentralization in Argentina and its relative progress in Spain.

Key words: Federalism; Fiscal Decentralization; Legislative Malapportionment; Argentina; Spain.

RESUM

Aquest article suggereix una paradoxa putativa del federalisme. Les organitzacions polítiques federals, que normalment es basen en un bicameralisme fort, de vegades poden ser menys efectives que els sistemes unitaris més desorganitzats i descentralitzats en l'aprofundiment de la descentralització fiscal. Així doncs, els estudis de cas d'Argentina i Espanya serveixen per proporcionar coneixements sobre la manera com la distribució dels recursos institucionals en organitzacions polítiques de diversos nivells dóna forma a la mesura en què la política de transferència d'ingressos als governs subnacionals pot ser explotada amb finalitats polítiques. I es fa mitjançant l'anàlisi institucional i l'evidència qualitativa per avaluar l'efecte dels patrons de representació territorial a les polítiques de descentralització fiscal. Primerament, se centra en la representació territorial en l'àmbit legislatiu i en el seu efecte en els resultats fiscals intergovernamentals. Així mateix, explora les condicions que porten a la negociació intergovernamental bilateral i multilateral, que, tal com discutirem, són part integrant de la tensió entre la distribució territorial d'influència po-

167

lítica i els recursos econòmics. La recerca suggereix que els interessos subnacionals d'Argentina es troben "congelats" en l'àmbit del Senat i que les negociacions intergovernamentals es duran a terme de manera bilateral. En canvi, els acords institucionals de composició oberta i un senat relativament impotent a Espanya han impulsat la reparació dels interessos regionals gràcies als fòrums intergovernamentals informals i a l'augment de la col·laboració multilateral. Aquestes diferències en els patrons de representació institucional i en les estratègies de negociació donen compte de l'escassetat de la descentralització fiscal a l'Argentina i del seu progrés relatiu a Espanya.

Paraules clau: federalisme; descentralització fiscal; distribució legislativa desigual; Argentina; Espanya.

RESUMEN

Este artículo sugiere una paradoja putativa del federalismo. En otras palabras, las organizaciones políticas federales, que normalmente se apoyan en un bicameralismo fuerte, a veces pueden ser menos efectivas que los sistemas unitarios más desorganizados y descentralizados en la profundización de la descentralización fiscal. A tal efecto, los estudios de caso de Argentina y España se utilizan para proporcionar conocimientos sobre la manera como la distribución de los recursos institucionales en organizaciones políticas de varios niveles da forma a la medida en la que la política de transferencia de ingresos a los gobiernos subnacionales puede ser explotada con fines políticos. Y se hace mediante el análisis institucional y la evidencia cualitativa para evaluar el efecto de los patrones de representación territorial en las políticas de descentralización fiscal. En primer lugar, se centra en la representación territorial en el ámbito legislativo y en su efecto en los resultados fiscales intergubernamentales. Asimismo, explora las condiciones que llevan a la negociación intergubernamental bilateral y multilateral, que, tal y como vamos a discutir, son parte integrante de la tensión entre la distribución territorial de influencia política y los recursos económicos. La investigación sugiere que los intereses subnacionales de Argentina se encuentran "congelados" en el ámbito del Senado y que las negociaciones intergubernamentales se llevarán a cabo de manera bilateral. En cambio, los acuerdos institucionales de composición abierta y un senado relativamente impotente en España han impulsado la reparación de los intereses regionales gracias a los foros intergubernamentales informales y al aumento de la colaboración multilateral. Estas diferencias en los patrones de representación institucional y en las estrategias de negociación dan cuenta de la escasez de la descentralización fiscal en Argentina y de su progreso relativo en España.

Palabras clave: federalismo; descentralización fiscal; distribución legislativa desigual; Argentina; España.

LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DE 2009

Ana Herrero Alcalde

Profesora de Economía Aplicada de la UNED

Jesús Ruiz-Huerta Carbonell

Catedrático de Economía Aplicada (Hacienda Pública) de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Carmen Vizán Rodríguez

Área de Estudios y Análisis del Consejo Económico y Social

SUMARIO: 1. Antecedentes y justificación de la reforma. – 2. El proceso de negociación y sus características. – 3. Descripción del nuevo modelo. 3.1. Las necesidades de financiación de las Comunidades reconocidas por el sistema. 3.2. Los recursos financieros que el sistema proporciona a las Comunidades. 3.3. Cambios en el sistema de nivelación: El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales y la población ajustada como criterio de reparto. 3.4. La garantía de cobertura financiera de las necesidades totales: el Fondo de Suficiencia Global. 3.5. Los ajustes *a posteriori*: los Fondos de Convergencia. 3.6. La suficiencia dinámica. – 4. Elementos positivos de la reforma. 4.1. Mayor descentralización tributaria. 4.2. Mejora del sistema de nivelación. 4.3. Mejora de la garantía de suficiencia dinámica. 4.4. Mejoras en el campo de la articulación institucional. – 5. Elementos cuestionables de la reforma. 5.1. Límites al crecimiento de la corresponsabilidad. 5.2. Los problemas de la competencia fiscal a la baja. 5.3. Limitaciones del sistema de nivelación. 5.4. Dificultades para la articulación institucional. – 6. Referencias bibliográficas. – *Resumen-Resum-Abstract*.

1. Antecedentes y justificación de la reforma

La reforma del sistema de financiación autonómica que tuvo lugar en 2009 fue el resultado de un intenso proceso de negociación

169

que arrancó en torno al año 2005, cuando se conocieron los primeros resultados del sistema precedente (relativos al ejercicio 2002),¹ que pusieron de manifiesto algunas carencias importantes y la necesidad de solventarlas para garantizar la estabilidad del modelo e intentar resolver sus problemas principales.

El funcionamiento del sistema en general, y de las transferencias de nivelación en particular, mostró algunas deficiencias técnicas que impedían garantizar el cumplimiento de los principios que tanto la Constitución como la LOFCA establecieron como principios inspiradores del diseño del sistema de financiación autonómica. En concreto, los resultados financieros del sistema pusieron de manifiesto desde un primer momento que el mantenimiento del modelo sin ajustes pondría en peligro el cumplimiento de los principios de suficiencia y solidaridad.

El principio de suficiencia, cuya inclusión en la normativa constitucional constituye una característica singular del modelo de financiación regional español, implica la necesidad de que el gobierno central garantice a las Comunidades un volumen de ingresos suficiente para hacer frente a los gastos derivados de la gestión de servicios traspasados por la Administración Central del Estado (AGE en adelante). En este sentido, el principio de suficiencia no parece que se deba aplicar a los servicios de nueva creación. Sin embargo, dado que los servicios transferidos por el gobierno central concentran la mayor parte del gasto autonómico, el cumplimiento de este principio involucra intensamente a la AGE en la financiación de los presupuestos de las Comunidades.

El problema principal que se plantea a la hora de garantizar el principio de suficiencia se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿cuánto es suficiente? En la medida en que la suficiencia de recursos (escasos) para atender a necesidades ciudadanas (ilimitadas) es un concepto relativo, resulta difícil encontrar en la literatura un criterio objetivo que permita cuantificar el volumen de recursos que permitiría prestar los servicios públicos en una cantidad y calidad adecuadas.

^{1.} Para una explicación detallada del sistema vigente de 2002 a 2009, véase Jesús Ruiz-Huerta, Ana Herrero y Carmen Vizán, "La Reforma del Sistema de Financiación Autonómica", *Informe de Comunidades Autónomas 2001*, Instituto de Derecho Público, 2002, pp. 485-511.

Y es precisamente esa relatividad la que explica el método elegido al inicio del proceso de descentralización para cuantificar las necesidades de gasto iniciales de las Comunidades Autónomas. Como es sabido. la AGE se ha comprometido, desde el comienzo del proceso descentralizador, a proporcionar a las Comunidades de manera directa, a través de la cesión de tributos, o de manera indirecta, con la asignación de transferencias, un volumen de recursos equivalente al denominado "coste efectivo" de los servicios traspasados, que viene a ser la suma de los costes directos e indirectos de funcionamiento en el momento de la cesión. Sin embargo, esta forma de proceder tiene una serie de inconvenientes, que han sido analizados en profundidad por la literatura.² entre los que destaca la falta de reconocimiento de las "nuevas necesidades". Dentro de esas nuevas necesidades se pueden incluir conceptos tan específicos como la inversión nueva,3 y tan generales como las demandas de mayor calidad procedentes de los ciudadanos. Sea como fuere, el hecho es que bajo el paraguas de la relatividad las negociaciones del sistema de financiación siempre han tenido lugar en un clima de restricción presupuestaria "blanda", creando un incentivo positivo a la renegociación del sistema, dado que cada reforma ha acarreado una aportación de fondos adicionales por parte de la AGE. Y el modelo de financiación aprobado en 2002 no fue una excepción a este respecto. Desde el mismo momento en que comenzó su rodaje, los gobiernos autonómicos comenzaron a señalar como insuficiente el volumen de recursos totales.

Esta percepción de insuficiencia se vio acentuada cuando se comprobó que el sistema de financiación vigente no había previsto herramientas adecuadas para actualizar las transferencias a lo largo del tiempo. En concreto, el Fondo de Suficiencia –la transferencia de nivelación– no se ajustaba anualmente teniendo en cuenta la evolución de las necesidades de gasto de cada territorio, sino que los recursos por transferencias de cada comunidad respondían siempre a la participación autonómica en la población (ajustada) total del año base (1999). En un contexto en el que algunos territorios vieron in-

^{2.} Véase, por ejemplo, Jesús Ruiz-Huerta y Ana Herrero, "Fiscal Equalization in Spain". En Bosch, Nuria y Durán, José María (eds.), Fiscal Federalism and Political Decentralization. Lessons from Spain, Germany and Canada, Edward Elgar, 2008, pp. 147-165.

^{3.} El método del coste efectivo sólo reconocía a las *Comunidades* las necesidades de gasto en inversión de reposición, aunque la falta de recursos para inversión nueva se suplió inicialmente a través del Fondo de Compensación Interterritorial (FCI).

crementada su población en más de un 15% en los últimos 10 años –los archipiélagos, el litoral mediterráneo y Madrid– gracias a la inmigración, mientras otras Comunidades sufrían un prolongado estancamiento demográfico –como Extremadura y Asturias–, parecía obvio que un sistema que no revisaba anualmente el reparto relativo de los recursos totales exigiría una reforma inminente del diseño de las transferencias.⁴

Así pues, los gobiernos autonómicos percibían problemas en el funcionamiento del sistema a la hora de cumplir el principio de suficiencia, tanto en su perspectiva estática como en su perspectiva dinámica. Desde el gobierno central, que a partir de las elecciones de 2004 asumió como necesaria una reforma del sistema, se argumentaba que, aunque existían problemas de ajuste desde el punto de vista del reparto relativo de los recursos, no ocurría lo mismo con el volumen de ingresos totales, teniendo en cuenta que la llegada de inmigrantes y la aparición de "nuevas demandas" de servicios coincidieron (o fueron causa y consecuencia de) un periodo de fuerte expansión económica que generó un importante crecimiento en los ingresos públicos, incluidos los recursos tributarios de las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, aunque se reconocía que había mayores necesidades de gasto, también se insistía en que la llegada de nuevos residentes había incrementado los ingresos en un volumen suficiente para garantizar la suficiencia. No obstante, conviene señalar que aunque parece claro que en los territorios más dinámicos el aumento de la población ha coincidido con un mayor crecimiento económico y, por lo tanto, con una superior recaudación tributaria, las transferencias de nivelación no se han ajustado a la nueva demografía regional. Puesto que aproximadamente una tercera parte de los ingresos autonómicos procedía de esas transferencias, era difícil que su distribución contribuyese a garantizar el principio de suficiencia desde una perspectiva relativa.

Por lo que se refiere al principio de solidaridad, la normativa constitucional establece que el gobierno central debe efectuar una redistribución interterritorial de los recursos. Esta redistribución tiene

^{4.} La reforma de 2001 preveía una cláusula de revisión de las transferencias cuando se produjeran cambios importantes de población que nunca fue aplicada. Véase Ana Herrero, "Aspectos Dinámicos del Sistema de Financiación Autonómica". En Santiago Lago (coord.), La Financiación del Estado de las Autonomías: Perspectivas de Futuro, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 41-86.

el doble objetivo de garantizar que los servicios públicos se presten en niveles similares en todas las Comunidades Autónomas (a través de las transferencias de nivelación) y reducir las diferencias en los niveles de renta y riqueza de las mismas (a través de las transferencias para el desarrollo). Puesto que las transferencias intergubernamentales que tienen por objeto impulsar el desarrollo económico de los territorios más desfavorecidos —en concreto, los Fondos de Compensación Interterritorial— están fuera de los acuerdos de la reforma de 2009, nuestro análisis se va a centrar en los efectos que el sistema vigente desde 2002 hasta entonces tuvo sobre el cumplimiento del principio de solidaridad en su vertiente de garantizar la cohesión mediante un acceso similar de los ciudadanos a los servicios públicos, con independencia de su lugar de residencia.

Como ya ha destacado la literatura en multitud de ocasiones,⁵ uno de los principales problemas del diseño de las transferencias de nivelación era que su normativa reguladora no especificaba cuál era el objetivo de equidad a seguir. Dicho de otra manera, ni la Constitución ni la LOFCA detallaban cuál debía ser el alcance de la redistribución. Por este motivo, desde un principio ha habido importantes dificultades para valorar los resultados del sistema de financiación desde la perspectiva de la solidaridad, dado que no existía un estándar normativo con el que comparar la financiación real de cada territorio. En cualquier caso, del diseño de las transferencias de nivelación de la LOFCA aprobada en 2001, parecería desprenderse que el sistema pretendía garantizar a todos los ciudadanos un acceso similar a todos los servicios públicos, con independencia de su lugar de residencia, lo que implicaría tratar de cerrar la totalidad de la brecha entre la capacidad fiscal (recaudación potencial) y las necesidades de gasto de cada comunidad. Desde el punto de vista técnico, esto se conseguiría generando flujos horizontales desde los territorios con una capacidad superior a sus necesidades a favor de las Comunidades con una capacidad inferior a sus necesidades. El resultado final debería haber sido que, a igualdad de esfuerzo fiscal, todos los gobiernos regionales tuviesen los mismos recursos por unidad de necesidad (habitante ajustado).

Sin embargo, tal y como se pone de manifiesto en Ruiz-Huerta y Herrero (2008) y en Tránchez et al. (2009), la distribución de las

^{5.} Véase, por todos, Varios Autores, Informe Sobre Financiación Autonómica, Mimeo, 2008.

transferencias de nivelación, aunque reducía en buena medida las desigualdades en el nivel de recursos disponibles en cada territorio, estaba lejos de igualar la situación financiera de las Comunidades Autónomas, generando flujos de recursos que tenían un patrón distributivo difícil de comprender y de justificar. Se trata de unos resultados que tenían su origen, por una parte, en el propio funcionamiento del denominado "coste efectivo" y, por otra, en la inexistencia de ajustes dinámicos que tuvieran en cuenta la asimétrica evolución de las necesidades a lo largo del territorio nacional. A todo ello, cabría añadir que la distribución de los recursos también era el reflejo de la distribución del poder político existente en el momento en que ha tenido lugar la negociación de los sucesivos sistemas de financiación.

Si hablamos de pretender la igualdad en el acceso a servicios públicos, no parece razonable defender que unos territorios dispongan de una financiación per cápita (o por unidad de necesidad) mucho mayor que la de otros. En este sentido, son comprensibles las críticas y el cuestionamiento del sistema por parte de las Comunidades que transfieren importantes volúmenes de recursos financieros a favor de otras que, tras el reparto, quedan en una situación más ventajosa. ¿Cómo se puede justificar una importante desviación en los resultados, singularmente entre los ciudadanos de las Comunidades más perjudicadas? Esto fue lo que ocurrió en el sistema alemán de nivelación, y que daría lugar a un recurso planteado por los *läender* más ricos contra el sistema de nivelación, estimado en parte por el Tribunal Constitucional Alemán.

La dispersión de resultados en términos de financiación por población ajustada que resultaba de la aplicación del sistema vigente hasta 2009, con desviaciones muy significativas respecto a la media, tanto al alza (con un valor máximo en Extremadura) como a la baja (con el mínimo en la Comunidad Valenciana), no respondía a ningún criterio de equidad y carecía de justificación (cuadro 1).

Desde algunas instancias, se argumentó que éste era un efecto deseado del sistema, en la medida en que reconocía las mayores necesidades de gasto de los territorios menos desarrollados. Sin em-

^{6.} Garantizar a las Comunidades niveles de recursos iguales a los existentes en el periodo previo a la descentralización no ha hecho sino consagrar la distribución de los equipamientos públicos existente en dicho periodo.

Cuadro 1. Grado de disparidad de la financiación por unidad de necesidad en 2007 con el SFCA de régimen común de 2001. (Competencias comunes)

	Población ajustada por unidades de gasto equivalentes			
Comunidades	Euros por habitante	Índice	posición	
Andalucía	2.452,79	104,51	8	
Aragón	2.520,53	107,39	7	
Asturias	2.542,18	108,32	5	
Baleares	1.816,30	77,39	16	
Canarias	2.179,05	92,84	14	
Cantabria	2.742,58	116,86	2	
Castilla y León	2.584,74	110,13	4	
Castilla-La Mancha	2.403,56	102,41	9	
Cataluña	2.255,08	96,08	11	
Extremadura	2.810,56	119,75	1	
Galicia	2.520,66	107,40	6	
La Rioja	2.723,04	116,02	3	
Madrid	2.231,30	95,07	12	
Murcia	2.207,02	94,04	13	
C. Valenciana	2.129,81	90,75	15	
Media	2.346,99	100,00		
Diferencia entre extremos		42,36		
Desviación típica		11,53		

Fuente: García Díaz, M.A.

bargo, este argumento era difícilmente sostenible desde la perspectiva del diseño de las transferencias de nivelación que, como se ha dicho, pretenden garantizar un nivel similar de servicios públicos en todas las regiones. Dado que esos servicios son utilizados por el conjunto de ciudadanos, y no sólo por los de renta baja (más numerosos en territorios de baja renta per cápita), el sistema de nivelación debe proporcionar unos recursos similares a todos los gobiernos regionales, evitando los casos de discriminación positiva, más adecuados a la realidad de las transferencias para el desarrollo. Por otra parte, el análisis de los resultados del sistema revela que esa discriminación

positiva no se producía en todos los casos, puesto que algunos territorios con capacidad fiscal baja –como Murcia– continuaban estando en las últimas posiciones (en recursos por habitante) después de recibir las transferencias, mientras que algunas Comunidades que contaban con una capacidad fiscal superior a la media –como Aragón–, continuaban estando por encima de la media tras la aplicación del sistema.

En todo caso, todo lo anterior hacía patente la necesidad de buscar un nuevo modelo que aclarara e hiciera más transparente el criterio de equidad aplicado, que nivelara de forma efectiva la financiación de los servicios públicos básicos y que evitara las disparidades de resultados hasta ahora existentes.

Junto a los problemas que el sistema mostraba para garantizar un correcto cumplimiento de los principios de suficiencia y solidaridad, algunas Comunidades Autónomas –lideradas por Cataluña- continuaban reivindicando la necesidad de ampliar su espacio fiscal y de reducir su grado de dependencia financiera, bajo el argumento de que su ejercicio de la corresponsabilidad fiscal sería mayor cuanto mayor fuese su nivel de autonomía tributaria. La literatura⁷ señaló desde un primer momento que, aunque las Comunidades tenían un espacio fiscal suficiente para ejercer su autonomía y diversificar sus prestaciones públicas en el margen. aún existía espacio para que la AGE cediera parte del suvo con la finalidad de aumentar la visibilidad tributaria de los gobiernos autonómicos. Además, se señalaba también una importante ventaja que la mayor descentralización tributaria tendría desde el punto de vista de la suficiencia dinámica: la evolución de los recursos de las Comunidades se correspondería más con la evolución de sus respectivas economías y de su población, mientras que el gobierno central vería limitada su capacidad de apropiarse de los efectos que el buen comportamiento de los tributos estatales había tenido sobre el presupuesto.

^{7.} Véanse Varios Autores, *Informe...*, 2008 y Ana Herrero; Santiago Díaz de Sarralde; Javier Bruno Loscos; María Antiqueira y José Manuel Tránchez: "La Reforma de la Financiación Autonómica: Reflexiones y Escenarios", *Información Comercial Española*, núm. 837, 2007, pp. 83-98.

2. El proceso de negociación y sus características

Como hemos dicho, la reforma del sistema de financiación autonómica que tuvo lugar en 2009 fue el resultado de una larga negociación que arrancó en 2005 y que, por tanto, coincidió en el tiempo con situaciones económicas muy diversas, con gobiernos –nacional y regionales– distintos y con restricciones presupuestarias muy dispares. En concreto, los primeros contactos del gobierno central y las Comunidades Autónomas se produjeron en un momento de crecimiento económico intenso, en el que la recaudación tributaria mostraba un comportamiento muy dinámico. Sin embargo, el cierre de la negociación y la aprobación de la nueva LOFCA tuvieron lugar en un contexto de recesión económica, acompañada de grandes caídas en los ingresos públicos.

Esta disparidad de situaciones tuvo una notable influencia en el enfogue y los resultados de las relaciones intergubernamentales habidas durante este periodo. Así, gracias al fuerte crecimiento experimentado por los ingresos autonómicos hasta el año 2008, en un primer momento el gobierno central pareció dar señales de guerer efectuar la reforma del sistema de financiación en el marco de una restricción presupuestaria dura, lo que habría implicado un coste nulo -o al menos reducido, limitado al respeto del status quo- para la AGE. Sin embargo, la dramática caída de la recaudación que comenzó en 2008. provocando serios problemas de sostenibilidad de los presupuestos autonómicos, derivó en la necesidad no sólo de que la AGE hiciera una importante aportación de financiación adicional -más de once mil millones de euros-, sino que además acordara con las Comunidades el aplazamiento de las devoluciones que éstas debían hacer al gobierno central en concepto de los excesivos anticipos a cuenta que se habían realizado en el ejercicio 2008. Todo ello con el fin de suavizar los problemas de liquidez que, aparentemente, estaban experimentando las Comunidades Autónomas⁸.

Al margen de la situación económica y presupuestaria de las Comunidades, los cambios políticos habidos en los gobiernos autonó-

^{8.} Sobre las relaciones del nuevo modelo con la situación económica, véase, Jesús Ruiz-Huerta y Miguel Ángel García, "La reforma del modelo de financiación autonómica de 2001. Una valoración del acuerdo de julio de 2009". *Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009*, IEB, 2010, pp. 38-60.

micos (Cataluña, Baleares y Galicia principalmente), unidos a la existencia de un gobierno que no contaba con mayoría absoluta en el Parlamento nacional y que requirió del apoyo de algunos partidos nacionalistas, junto a la tramitación y aprobación de algunos Estatutos de Autonomía, también influyeron en el rumbo que siguieron las negociaciones del nuevo sistema de financiación autonómica. En concreto, la tramitación y posterior aprobación del Estatuto catalán constituyó un elemento fundamental porque sirvió de referencia para los textos de los Estatutos tramitados con posterioridad. Además, el nuevo texto incluía una serie de directrices referidas al sistema de financiación que condicionaron notablemente, como se verá, el diseño de las transferencias estatales y la estructura y dimensión de los espacios fiscales autonómicos.

Por lo que se refiere a los espacios fiscales, el Estatuto catalán especificó que la Hacienda autonómica se nutriría, entre otras fuentes, de los ingresos procedentes del 50% de la recaudación territorial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del 50% del rendimiento del IVA y del 58% de los Impuestos que gravan el tabaco, el alcohol y los hidrocarburos⁹. De este modo, una norma aprobada en un Parlamento autonómico marcaba algunas de las directrices de la reforma del sistema de financiación. Como se verá en su momento, esa participación en los ingresos del Estado se mantuvo en el texto de la LOFCA de forma literal, porque el resto de Comunidades dieron por buena la propuesta de aumentar el espacio fiscal que tenían a su disposición.

En cuanto al diseño de las transferencias procedentes del gobierno central, el texto del Estatuto catalán también marcó algunas restricciones que resultaron decisivas para el diseño final de los nuevos instrumentos de nivelación. En concreto, se señalaba que Cataluña sólo aportaría recursos para la nivelación de los servicios públicos fundamentales, lo que constituía una novedad con respecto al sistema vigente, que tenía por objeto igualar todas las prestaciones públicas prestadas por las Comunidades que habían sido transferidas por la

^{9.} La razón principal de que la cuota autonómica de los Impuestos Especiales sea del 58 y no del 50%, como ocurre en el IRPF y el IVA, es que se pretendía que la Comunidad catalana disfrutase de un espacio fiscal superior a sus necesidades de gasto, lo que pondría de manifiesto de manera explícita su aportación a la solidaridad interterritorial mediante la devolución de una parte de su "excedente".

AGE. Por lo tanto, el nuevo sistema de financiación requería modificar el diseño de las transferencias para reducir el grado de nivelación existente.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros países con estructuras descentralizadas de poder (Canadá, Alemania, etc.), en los que la nivelación parcial tiene un carácter cuantitativo –las diferencias en financiación se mitigan, pero no se llegan a eliminar–, la pauta marcada por el Estatuto catalán era de carácter cualitativo: sólo se nivelarían los recursos referentes a los servicios públicos fundamentales (sanidad, educación y servicios sociales). Esta particularidad complicó enormemente las negociaciones, porque el sistema de financiación se basaba, desde hacía años, en la incondicionalidad, de manera que resultó difícil llegar a un acuerdo acerca de qué parte de la financiación garantizada (u obtenida efectivamente) por las Comunidades se imputaba a los servicios públicos fundamentales.

Finalmente, se efectuó un cálculo intermedio entre el peso del coste efectivo de esos servicios en el coste efectivo total –actualizado con la evolución de los Ingresos Tributarios del Estado (ITE)–, que estaba en torno al 80% del total, y el peso de tales servicios en el presupuesto liquidado de las Comunidades, más próximo al 70%. Como consecuencia de ello, como explicaremos a continuación, las transferencias del Estado se desdoblaron en dos grandes fondos, el Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales y el Fondo de Suficiencia Global, el primero de los cuales, configurado en su mayor parte como una transferencia horizontal, se adaptaba a las exigencias del texto del Estatuto catalán, mientras que el segundo, por ser una transferencia esencialmente vertical, se destinó a garantizar que ninguna comunidad perdiese recursos con respecto al sistema anterior e, implícitamente, a nivelar el resto de los servicios.

Uno de los temas más controvertidos del texto del nuevo Estatuto catalán era la no admisión de transferencias redistributivas que colocasen a Cataluña en una posición financiera peor que la que tiene con respecto a su renta per cápita. Dicho de otra manera, se pretendía impedir que el sistema de nivelación provocase reordenaciones con respecto a la renta media regional. Sin embargo, se trata de un precepto estatutario que se queda vacío de contenido, en la medida en que los problemas que generaba el sistema anterior eran relativos a la reordenación con respecto a los recursos tributarios autonómicos,

y no con respecto a la renta per cápita, cuya ordenación se respetaba con carácter general.

Otra cuestión del Estatuto catalán que pretendió condicionar el diseño de las transferencias fue la alusión al esfuerzo fiscal. La norma establecía que Cataluña sólo aportaría recursos para la nivelación en la medida en que los territorios beneficiarios estuviesen realizando un esfuerzo fiscal equivalente al exigido en la Comunidad catalana. Aunque se trata de una cuestión que suscita mucha controversia, cuya mención en el Estatuto incluso ha sido declarada inconstitucional, ¹⁰ lo cierto es que se trata de una regla bastante estándar, al menos si se compara con las normas constitucionales que regulan los sistemas de nivelación en otros países descentralizados.

Con carácter general, las transferencias de nivelación se distribuyen para garantizar que todos los territorios puedan suministrar un nivel equiparable de servicios públicos, siempre que exijan a sus ciudadanos un esfuerzo fiscal similar. De cualquier manera, aunque la normativa española no aludía a esta restricción en ningún caso, el sistema de facto ya estaba diseñado para que los territorios con menor esfuerzo fiscal (menores tipos impositivos, más beneficios fiscales y gestión tributaria menos eficiente) dispusiesen de menos ingresos, ya que las transferencias siempre se han calculado, desde los años ochenta, como la diferencia entre las necesidades de gasto y la capacidad fiscal potencial, 11 sin tener en cuenta la recaudación real.

Sin embargo, la intención de incluir la alusión al esfuerzo fiscal en el articulado referente a las transferencias de nivelación parece que tuvo una justificación más específica, como era la idea de incluir

^{10.} El artículo 206.3 del Estatuto establece que "los recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos financieros suficientes para garantizar la nivelación y la solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado." La Sentencia del TC 31/2010, de 28 de junio, declara inconstitucional el inciso "siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar" (número 2º del Fallo).

^{11.} A pesar de que la forma de medición de esa capacidad fiscal normativa ha infra estimado, de forma sistemática, la recaudación potencial de todas las Comunidades.

los pagos por peajes de autopistas dentro del concepto de "esfuerzo fiscal". En cualquier caso, esta cuestión no prosperó y los conceptos de capacidad y esfuerzo fiscal implícitos en el nuevo sistema de financiación son claramente herederos de los existentes en el modelo vigente en el periodo anterior.

3. Descripción del nuevo modelo

La reforma del SFCA de 2009¹² realiza un nuevo ajuste del modelo con el fin de mejorar la determinación de las necesidades relativas de gasto de las Comunidades, de ampliar la capacidad tributaria y la corresponsabilidad fiscal de las mismas en consonancia con la descentralización de las competencias de gasto, y de perfeccionar el sistema de nivelación con el objetivo de cubrir en el tiempo las necesidades de gasto de todas las Comunidades haciendo más visibles las transferencias horizontales y verticales. Además, se produce un trasvase adicional agregado de recursos del Estado a las Comunidades Autónomas de más de 11.000 millones de euros, de los que el 80% se integrarán en el sistema en 2009 y el resto en 2010.

En última instancia, el sistema pretende dotar a todas las Comunidades de los recursos suficientes para cubrir las necesidades de gasto derivadas de las competencias asumidas. El modelo se basa, pues, en la determinación de las necesidades financieras de cada Comunidad Autónoma a partir de la cuales se articulan las distintas vías de financiación.

3.1. Las necesidades de financiación de las Comunidades reconocidas por el sistema

La financiación máxima garantizada para cada CCAA en 2009 (que se toma como año base), que la Ley denomina **necesidades globales de financiación**, está integrada básicamente por los recursos que

12. Aprobada mediante el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 6/2009, de 15 de julio, que se instrumentó normativamente a través de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias (que deroga y sustituye a la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regulaba el sistema anterior) y a través de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

hubieran obtenido las Comunidades Autónomas en 2009 con arreglo al sistema anterior (lo que garantiza el status quo), ¹³ entre los que se incluyen las dotaciones complementarias de sanidad e insularidad acordadas en la II Conferencia de Presidentes y la compensación por la eliminación del Impuesto sobre el Patrimonio, más la participación que les corresponda en los recursos adicionales que aporta el Estado, que ascienden a 7.400 millones de euros. ¹⁴ Estos recursos adicionales se atribuyen a las distintas CCAA, a modo de necesidades adicionales reconocidas, en función fundamentalmente del aumento relativo de su población ajustada en el periodo 1999-2009 (~50%), del peso relativo de su población dependiente (~25%). ¹⁵ Las necesidades globales de financiación reconocidas por el sistema en su conjunto resultan de agregar las necesidades globales de financiación de cada Comunidad (cuadro 2).

3.2. Los recursos financieros que el sistema proporciona a las Comunidades

Por lo que respecta a los **recursos de financiación** previstos por el sistema para cubrir el importe global de las necesidades de gasto reconocidas a cada Comunidad, el modelo experimenta un importante cambio respecto a la situación anterior. Hasta ahora las Comunidades Autónomas se financiaban con la recaudación normativa proveniente de los tributos cedidos, de las tasas afectas a los servicios transferidos, de la recaudación de los tributos compartidos (33% del IRPF, del 35% del IVA, del 40% de los Impuestos especiales y el 100% del Impuesto sobre la Electricidad) y de la transferencia del Fondo de suficiencia que, como elemento de cierre del sistema, equivalía a la diferencia, positiva o negativa, entre las necesidades de gasto reco-

^{13.} Con la salvedad de que se produce una nueva estimación (al alza) de la recaudación normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y de que la estimación de los ingresos cedidos por IRPF se calcula con criterio normativo, es decir, sin tener en cuenta el efecto recaudatorio de las modificaciones realizadas por las CCAA sobre los elementos del tributo en el ejercicio de sus competencias normativas.

^{14.} De los que 5.000 se aportarán a partir de 2009 y 2.400 a partir de 2010.

^{15.} Se reconocen necesidades adicionales por importes poco significativos por dispersión (50M€), escasa densidad de población (50M€) y desarrollo de políticas de normalización lingüística (en este caso la Ley no asigna financiación).

Cuadro 2. Necesidades totales de financiación reconocidas por el sistema

STATU QUO 2009	Recaudación normativa tributos cedidos 2009*	- ITPAJD - ISD - IDMT - IVMDH - Tributos juego - Tasas afectas
	Liquidación 2009 según sistema anterior (Ley 21/2001)	- 33% IRPF normativo - 35% IVA - 40% IIEE - 100% I.Electricidad - Fondo de Suficiencia - Garantía sanitaria
	Otras necesidades ya reconocidas en 2009	- Dotación complementaria sanidad (600 M€) - Dotación compensatoria insularidad (55 M€) - Compensación por la eliminación I.Patrimonio (1.800 M€) - Financiaición servicios traspasados del ISM
NECESIDADES ADICIONALES RECONOCIDAS DESDE 2009	Fondos adicionales aportados por el Estado	- Por aumento de la población ajustada (3.675 M€) - Por población ajustada (612,5+1.200 M€**) - Por población dependiente potencial (490 M€) - Por población dependiente reconocida (122,5 +1.200 M€**) - Por dispersión de la población (50 M€) - Por escasa densidad de población (50 M€) - Por desarrollo de políticas de normalización lingüística (?)

^{*} Se revisa al alza la estimación de ingresos normativos del ITPAJD (85% recaudación real) y del ISD (2 x estimación normativa 99 x ITE 99-09).

nocidas a cada Comunidad y los recursos provenientes de las fuentes anteriormente mencionadas.

Ahora, los recursos financieros de cada Comunidad incluyen, además de las tasas y la recaudación normativa de los tributos cedidos, un porcentaje sensiblemente mayor de recaudación de los tributos compartidos (50% del IRPF; el 50% del IVA y el 58% de los impuestos especiales), 16 lo que conjuntamente constituye su capacidad tributaria, más la transferencia, positiva o negativa, del nuevo Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, y más la transferencia, positiva o negativa, del Fondo de Suficiencia Global. Los recursos globales de financiación del sistema resultan de agregar los recursos globales de financiación de cada Comunidad (Cuadro 3). Esta descentralización de los ingresos tributarios corri-

^{**} Estos fondos adicionales se incorporarán en 2010 (total: 2.400 M€).

^{16.} Impuestos sobre la Cerveza, sobre el Vino y las Bebidas fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre el Alcohol y las Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores de Tabaco.

ge en gran medida el desequilibrio que existía en relación con la descentralización del gasto. Se calcula que tras esta nueva cesión, el 90 por 100 de la financiación autonómica se nutrirá de recursos tributarios autonómicos y el restante 10 por 100 de transferencias estatales.

Cuadro 3. Recursos financieros globales del sistema

		- ITPAJD	
		- ISD	
	Recaudación normativa	- IDMT	
	tributos cedidos*	- IVMH	
CAPACIDAD TRIBUTARIA		- Tributos juego	
DE LAS CCAA		- Tasas afectas	
		- 50% IRPF normatvo	
	Recaudación tributos	- 50% IVA	
	compartidos	- 58% IIEE	
		- 100% I.Electricidad	
TRANSFERENCIAS	Con cargo al Fondo de Garantía de Servicios Públicos Pundamentales		
ESTATALES NETAS	Con cargo al Fondo de Suficiencia Global		

^{*} Se revisa al alza la estimación de ingresos normativos del ITPAJD (85% recaudación real) y del ISD (2 x estimación normativa 99 x ITE 99-09)

3.3. Cambios en el sistema de nivelación: El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales y la población ajustada como criterio de reparto

El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales (FGS-PF) está integrado por el 75 por 100 de la capacidad tributaria de las Comunidades Autónomas, tal y como se ha definido antes, más la garantía sanitaria (con un máximo de 500 millones de euros), y los fondos adicionales aportados por el Estado (7.400 millones de euros), lo que se calcula que equivale conjuntamente aproximadamente al 70 por 100 de los recursos totales del sistema.

Este Fondo se reparte entre las CCAA en función del peso relativo de su población ajustada o unidades de necesidad, que la Ley determina ponderando una serie de variables demográficas y geográficas que entiende están más estrechamente ligadas al coste de provisión de los servicios públicos fundamentales (sanidad, educación y

servicios sociales): población protegida equivalente del Sistema Nacional de Salud (38%), población (30%), población menor de 16 años (20,5%), población mayor de 65 años (8,5%), superficie (1,8%), dispersión (1,6%) e insularidad (0,6%).

Cuadro 4. El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales

	75% CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LAS CCAA		Peso relativo de las UNIDADES DE NECESIDAD o POBLACIÓN AJUSTADA Se determina ponderando las variables:
RECURSOS	Garantía sanitaria (máx 500 M€)	CRITERIO DE REPARTO ENTRE LAS CCAA	- Población protegida equivalente SNS: 38% - Población 30%
	FONDOS ADICIONALES aportados por el Estado (7.400 M€)		- Población 0-16: 20,5% - Población > 65: 8,5% - Superficie 1,8% - Dispersión: 1,6% - Insularidad: 0,6

En el caso de las CCAA a las que corresponda una participación en el Fondo así calculada superior al 75% de su capacidad tributaria (o sea, superior a su aportación al fondo) recibirán una transferencia por la diferencia (la transferencia del FGSPF), y en el caso de las CCAA a las que corresponda una participación en el fondo inferior al 75% de su capacidad tributaria, tendrán que transferir la diferencia al FGSPF.

3.4. La garantía de cobertura financiera de las necesidades totales: el Fondo de Suficiencia Global

Este fondo, igual que en el sistema anterior, lo integran las transferencias positivas o negativas por importe equivalente a la diferencia entre las necesidades globales de financiación reconocidas a cada Comunidad y la suma del resto de los recursos que contempla el sistema (capacidad tributaria y transferencia del FGSPF). De este modo, como mecanismo de cierre, las Comunidades para las que la suma de sus recursos tributarios y la transferencia del FGSPF sea inferior a sus necesidades totales reconocidas, recibirán una transferencia del Fondo de Suficiencia por la diferencia, mientras que las Comunidades donde dichos recursos sean superiores a sus necesidades totales reconocidas, harán un transferencia al Fondo de Suficiencia por la diferencia.

Cuadro 5. Necesidades y recursos del Sistema

	Statu Quo	Capadidad Tributaria de las comunidades	
NECESIDADES RECONOCIDAS	+ Fondos adicionales	Transferencias netas del FGSPF	RECURSOS
	aportados por el Estado	Transferencias netas del Fondo de Suficiencia	

3.5. Los ajustes a posteriori: los Fondos de Convergencia

Con el fin de reducir la dispersión entre Comunidades de la financiación por unidad de necesidad que pueda resultar de la aplicación del sistema, tal y como se acaba de explicar, el Acuerdo introduce un ajuste a posteriori a través del nuevo Fondo de Competitividad, dotado con 2.572 millones de euros de aportaciones estatales, que se repartirá entre las Comunidades Autónomas que reciban una financiación por unidad de necesidad inferior a la media. Con el matiz de que también serán beneficiarias del fondo las Comunidades que reciban una financiación por unidad de necesidad inferior a su capacidad tributaria por unidad de necesidad, aunque la primera sea superior a la media.

Además, se crea un nuevo Fondo de Cooperación, dotado por el Estado con 1.200 millones de euros, que se repartirá entre las Comunidades pobres (con PIB per capita inferior al 90% de la media o escasa densidad de población), lo que no parece tener mucho sentido dado el objetivo último de la reforma (garantizar igual financiación por población ajustada).

En el cuadro 6 se intenta sintetizar, conectándolos, todos los elementos del sistema que se han descrito, con idea de ofrecer una visión integral del modelo en su dimensión estática (para el año base 2009).

3.6. La suficiencia dinámica

Las necesidades y los recursos del sistema se determinan de la forma que se acaba de explicar sólo para el año 2009, que se toma como año base. Respecto a las reglas de suficiencia dinámica, ideadas

186

para asegurar la cobertura de las necesidades en el tiempo, la reforma incorpora novedades significativas. Así, mientras que las aportaciones adicionales del Estado (al FGSPF y a los Fondos de convergencia) y la transferencia del Fondo de suficiencia global que corresponda a cada Comunidad en el año base, se actualizarán conforme a la evolución de los ingresos tributarios del Estado (ITE).¹⁷ la transferencia del FGSPF correspondiente a cada Comunidad se recalculará todos los años conforme a las reglas descritas más arriba, 18 y, por tanto, su cuantía evolucionará en función de la evolución real tanto de la capacidad tributaria como de las necesidades relativas de cada Comunidad, una regla que tiende a garantizar con los años a las Comunidades la misma financiación por unidad de necesidad (o población ajustada). 19 En todo caso, el Acuerdo incorpora expresamente un compromiso de evaluación guinguenal del sistema a cargo del nuevo Comité Técnico Permanente de Evaluación creado en el seno del CPFF.

4. Elementos positivos de la reforma

4.1. Mayor descentralización tributaria

El aumento de la autonomía tributaria se produce a través del crecimiento de la participación en la recaudación de los tributos estatales, el aumento de la capacidad normativa sobre los mismos, y la mayor participación de las Comunidades en la gestión tributaria.

El aumento de los porcentajes de participación en los grandes tributos del Estado hace más visible y transparente el compromiso

^{17.} Se garantiza, además, que el importe de los recursos adicionales aportados por el Estado en 2012 sea un 30 por 100 superior a los incorporados en 2009.

^{18.} Se actualizan anualmente con los datos reales tanto la capacidad tributaria (la aportación de cada comunidad al fondo) como las variables que determinan las necesidades relativas de cada Comunidad (la participación de cada Comunidad en el fondo).

^{19.} Como se ha explicado, la financiación que van a recibir en 2009 equivale a lo que ya recibían más su participación en los fondos adicionales aportados por el Estado, una cantidad que se garantiza en su totalidad a través del fondo de suficiencia y que, por lo tanto, implica un reparto inicial de los recursos que no guarda relación estrecha con su población ajustada relativa sino que refleja en gran medida los criterios de reparto y las reglas de evolución del sistema anterior.

Cuadro 6. Necesidades y recursos del nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades de Régimen Común. (Suficiencia estática. Año base 2009)

NI	ECESIDADES 1	S TOTALES DE FINANCIACIÓN RECONOCIDAS POR EL SISTEMA EL FONDO DE GARA		EL FONDO DE GARANTÍA DE		
				1		
	Recaudación normativa tributos cedidos 2009*		- ITPAJD - ISD - IDMT - IVMDH - Tributos juego - Tasas afectas			
FINANCIACIÓN	Liquidación 2009 según sistema anterior (Ley 21/2001)	2009	- 33% IRPF normativo - 35% IVA - 40% IIEE - 100% I.Electricidad - Fondo de Suficiencia - Garantía sanitaria		NTEGRAN	75% CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LAS CCAA
S GLOBALES DE I	Otras necesidades ya reconocidas en 2009		- Dotación complementaria sanidad (600 M€) - Dotación compensatoria insularidad (55 M€) - Compensación por la eliminación I.Patrimonio (1.800 M€) - Financiaición servicios traspasados del ISM		RECURSOS QUE LO INTEGRAN	Garantía sanitaria (máx 500 M€)
NECESIDADES	dades econocidas 2009	FONDOS ADICIONALES	 - Por aumento de la población ajustada (3.675 M€) - Por población ajustada (612,5+1.200 M€**) - Por población dependiente potencial (490 M€) - Por población dependiente reconocida (122,5+1.200 M€**) - Por dispersión de la población (50 M€) - Por escasa densidad de población (50 M€) 		RECI	FONDOS ADICIONALES aportados por el Estado (7.400 M€)
	Necesi cionales r desde	FONE	- Por desarrollo de políticas de normalización lingüística (?)			
Liquidación 2009 según sistema anterior (Ley 21/2001)	Coste de los servicios transferidos después de 2009					
USTES	idos de ergencia	Fondo de competitividad (2.572,5M€) Fondo de competitividad (1.200M€) Fondo de cooperación (1.200M€)				
AJ	Fon	FO	Fondo de cooperación (1.200M€)			

^{*} Se revisa al alza la estimación de ingresos normativos de ITPAJD (85% recaudación real) e ISD (2 x estimación normativa 99 x ITE99-09)

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

^{**} Estos fondos adicionales se incorporarán en 2010 (total: 2.400 M€)

SERV	ICIOS PÚBLICOS FUNDAMENTALES	RECURSOS FINANCIEROS DEL SISTEMA				
		25% CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LAS CCAA	Recaudación normativa tributos cedidos*	- ITPAJD - ISD - IDMT - IVMH - Tributos juego	S CCAA	
	Peso relativo de las UNIDADES DE NECESIDAD o POBLACIÓN AJUSTADA Se determina ponderando las variables: - Población protegida equivalente SNS: 38% - Población 30% - Población 0-16: 20,5% - Población > 65: 8,5% - Superficie 1,8% - Dispersión: 1,6% - Insularidad: 0,6			- Tasas aféctas	3UTARIA DE LA	
CRITERIO DE REPARTO ENTRE LAS CCAA		75% CAPACIDAD TRUIBUTARIA DE LAS CCAA	Recaudación tributos compartidos	- 50% IRPF normatvo - 50% IVA - 58% IIEE - 100% I.Electricidad	CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LAS CCAA	RECURSOS GLOBALES DE FINANCIACIÓN
CRITERIO DE R		TRANSFERENCIA NETA DE GARANTÍA (FGSPF)	la part corresp tributari Transfer el 75% participa	ferencias del Estado a las CCAA donde articipación en el FGSPF que les sponde > el 75% de su capacidad aria (por la diferencia) ferencias al Estado de las CCAA donde 5% de su capacidad tributaria > ipación en el FGSPF que les corresponde a diferencia)		RECURSOS GLOB
		TRANSFERENCIA NETA DE SUFICIENCIA (FSG)	Transf. del Estado a las CCAA donde NGF > su capacidad tributaria+(-) transferencia FGSPF (por la diferencia) — Transf. al Estado de las CCAA donde NGF < su capacidad tributaria+(-) transferencia FGSPF (por la diferencia)		TRANSFERENCIAS ESTATALES	
,						
		TRANSF. DE COMPETITIVIDAD	Para CCAA con financiación per cápita ajustada inferior a la media o a su capacidad tributaria per cápita ajustada		TRANSE. ESTATALES	AJUSTES
		TRANSF. DE COOPERACIÓN	Para CC densida	AA con PIBpc <90%media o escasa d población	TR EST.	A

conjunto del Estado y las Comunidades en la financiación de los servicios públicos. Además, la atribución aproximadamente por mitades de estos tributos supone un incentivo compartido para conseguir la máxima recaudación posible.²⁰

Por otro lado, la sustitución de una parte de las transferencias por una mayor participación en la recaudación de los impuestos obtenidos en cada territorio, incrementa el automatismo del sistema, disminuye la dependencia de las Comunidades respecto a los ingresos del Estado y transmite mejor a los ciudadanos el compromiso de financiación paritaria de los servicios públicos que están repartidos entre las Comunidades y el Estado.

El sistema de participación en impuestos, pese a sus inconvenientes respecto a los sistemas de separación de espacios fiscales, tiene algunas ventajas, especialmente cuando se parte de un sistema financiero muy centralizado, se cuenta con una administración tributaria unificada con amplia experiencia y una gestión razonable, y resulta difícil romper la aplicación de las grandes figuras tributarias, sin perder sinergias de funcionamiento y control significativas.

Por lo que respecta al aumento de la autonomía y corresponsabilidad fiscal,²¹ a través del incremento de las competencias legislativas de las Comunidades sobre los grandes tributos, los avances se concentran en el IRPF. A partir de las normas aprobadas, se amplía la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas para modificar su tramo de la tarifa (sin la obligación de mantener los mismos tramos que la estatal), las deducciones y, como novedad, los mínimos personal y familiar (con un límite del 10%). Adicionalmente, para incentivar el ejercicio por las Comunidades de sus competencias normativas en este tributo y aumentar la visibilidad de su participación en la regulación y recaudación del mismo, el Acuerdo les obliga a aprobar por Ley la escala autonómica de la tarifa (hasta ahora se aplicaba la estatal con carácter supletorio), y se acuerda reformar

^{20.} Como se señalaba anteriormente, no parece que pueda justificarse fácilmente la fijación de la participación del 58% en los Impuestos Especiales pues de esta forma se rompe con el criterio de claridad y visibilidad del mecanismo de participación.

^{21.} Con la ley que reforma la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (Ley 3/2009), se da entrada, por vez primera, al principio de corresponsabilidad de las Comunidades Autónomas y el Estado.

los modelos de declaración y de retenciones para aumentar la transparencia en este sentido.

Además, el Acuerdo incluye un compromiso del gobierno para estudiar la ampliación de la capacidad normativa de las Comunidades en la fase minorista de la imposición sobre el valor añadido (IVA), con la finalidad de aumentar su nivel de autonomía financiera. A pesar de las dificultades existentes para ampliar dichas competencias ante las restricciones de la Unión Europea,²²cabría pensar en la utilización de posibles formas de participación de las Comunidades en este ámbito, como se ha propuesto desde hace años por parte de diversos especialistas.²³

Por otra parte, la reforma refuerza la corresponsabilidad del sistema a través del mantenimiento (matizado, como se explicaba anteriormente) del concepto de recaudación normativa de los tributos cedidos. El hecho de que la recaudación tributaria que tiene en cuenta el sistema para calcular la aportación de cada Comunidad al FGSPF se compute con criterio normativo, es decir, sin tener en cuenta el ejercicio que las Comunidades realicen de sus capacidades normativas, implica que las Comunidades que las utilicen para subir impuestos (y/o las que mejoren su eficiencia en la gestión de los tributos que recaudan directamente) verán aumentada su recaudación real sin que tengan que incrementar su aportación al FGSPF, mientras que las que las utilicen para bajar impuestos (o reduzcan su eficiencia en la gestión de tributos) soportarán por entero la merma recaudatoria porque no verán reducida su aportación al Fondo de Garantía.²⁴

En materia de la *mejora y adaptación de la gestión tributaria*, el nuevo modelo no introduce grandes cambios, ni ha recogido las

^{22.} Ante el cuestionamiento del Impuesto sobre la Venta Minorista de Determinados Hidrocarburos por parte de la Comisión Europea, el Acuerdo señala la futura derogación de dicho impuesto a cambio de la participación de las Comunidades en la fijación de los tipos impositivos de algunos productos sometidos al impuesto de hidrocarburos.

^{23.} Un revisión de las principales alternativas y su aplicación en algunos países puede verse en Julio López Laborda, "La descentralización de competencias en el IVA: problemas y soluciones". En Santiago Lago y Jorge Martínez Vázquez, *La asignación de impuestos a las Comunidades autónomas: desafíos y oportunidades*, IEF, 2010, pp. 189-206.

^{24.} Véase en este sentido Ángel de la Fuente, "El nuevo acuerdo de financiación regional: un análisis de urgencia". *Colección Estudios Económicos*, núm. 08, FEDEA, 2009.

iniciativas propuestas en algunos Estatutos en relación con la creación de consorcios o instrumentos equivalentes entre las administraciones tributarias de las Comunidades y la agencia tributaria estatal. Desde nuestro punto de vista, dado que se consolida el sistema basado en la participación en los grandes impuestos, resulta más razonable el mantenimiento de la gestión tributaria centralizada. Como ha señalado la OCDE, la gestión de los impuestos debe ser entendida como un instrumento al servicio de la financiación de las políticas públicas y, en consecuencia, debe tener una orientación esencialmente técnica y profesional, procurando evitar al máximo las posibles presiones políticas en sus tareas de gestión y control de los tributos.²⁵

Con todo, el nuevo sistema ha modificado la implicación institucional de las Comunidades en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con la finalidad de fortalecer su participación en la gestión tributaria. Respecto a la situación anterior, se unifican el Consejo Superior de Dirección y la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria en un único órgano, el Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria, en el que estarán representadas todas las Comunidades. Así mismo, se modifica la composición de los Consejos Territoriales para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria, para garantizar una mayor presencia en ellas de las administraciones autonómicas.

En el futuro, en un contexto de mayor compromiso y colaboración entre la agencia estatal y las administraciones tributarias autonómicas, cabría poner en marcha algunas nuevas iniciativas de gestión tributaria descentralizada a partir de las ventajas relativas de las instituciones públicas de gestión implicadas. En esa dirección, podrían atribuirse competencias a las administraciones autonómicas para la gestión (entendida en la doble perspectiva de apoyo al cumplimiento voluntario y control de los comportamientos fraudulentos), el seguimiento y el control de los sujetos pasivos del IRPF que más dificultades suelen plantear a las administraciones tributarias y donde se concentra una buena parte del fraude fiscal, como son los profesionales, trabajadores autónomos y empresarios individuales, un terreno en el

^{25.} Sobre la valoración de la Agencia Tributaria española véase OECD. *Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information*, 2007.

que las administraciones tributarias de las Comunidades cuentan con ventajas debido a la mayor proximidad y conocimiento de los sujetos pasivos.

4.2. Mejora del sistema de nivelación

El modelo ha intentado aclarar el ámbito de la nivelación de servicios básicos y, en general, lograr resultados más próximos entre las Comunidades en términos de financiación por población ajustada optando por un criterio de equidad más explícito que el existente con anterioridad; ello permite aumentar la transparencia del sistema y propicia la reducción de las divergencias pre-existentes entre los diversos territorios en términos de financiación por unidad de necesidad.

Una primera aportación del modelo en relación con el sistema de nivelación tiene que ver con la introducción de nuevas variables para la medición de las necesidades. Respecto al anterior sistema de estimación de necesidades relativas, la nueva fórmula pondera más adecuadamente las variables que condicionan las principales partidas de gasto autonómico. En particular, se incluye la población en edad escolar que antes estaba excluida, y, muy significadamente, se perfecciona la variable de necesidad asociada al gasto sanitario, ajustando la población protegida en función de la estructura de edades, en línea con la metodología acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud²⁶. Sin embargo, la eliminación del mínimo fijo por comunidad parece un retroceso, teniendo en cuenta la importancia de los costes fijos de los servicios que gestionan las Comunidades, particularmente del sanitario.

Asimismo, el reparto inicial de los recursos adicionales aportados por el Estado, que pasan a considerarse necesidades adicionales cubiertas por el sistema, responde de forma razonable a las necesidades relativas de las Comunidades, al tener en cuenta fundamentalmente la evolución relativa de la población, el peso rela-

^{26.} Se refiere a la población protegida equivalente del sistema nacional de salud, que se calcula, conforme a la metodología del Informe del grupo de Trabajo de Análisis de Gasto sanitario de 2007, ajustando la población protegida teniendo en cuenta el impacto diferencial sobre el gasto sanitario de la estructura de edades de la misma.

tivo de la población de cada comunidad y el de la población dependiente.²⁷

Con el nuevo fondo de nivelación, el FGSPF, se trata de garantizar un acceso similar a dichos servicios públicos en todo el territorio español, en el bien entendido de que todos los ciudadanos realizan un esfuerzo fiscal semejante, es decir, que responden de forma similar a las exigencias de un sistema tributario esencialmente armonizado.²⁸ A través del mismo, por vez primera, se hace explícito un criterio de equidad. El objetivo es que todos los territorios puedan asegurar el mismo nivel de prestaciones básicas y ello se traduce en igual financiación por unidad de necesidad. Además, con la nueva regulación, los flujos de solidaridad serán más transparentes, lo que puede ayudar a aclarar el alcance del mecanismo de nivelación adoptado. Por consiguiente, en el nuevo modelo, los recursos destinados a financiar alrededor del 75% del gasto total de las Comunidades, el que corresponde a los servicios fundamentales del Estado de bienestar, se distribuirán según las necesidades relativas de cada comunidad.

Pero como el sistema aplicado no garantiza a corto plazo una clara y acelerada aproximación de los resultados globales del sistema en términos de igual financiación por unidad de necesidad, el nuevo modelo incluye el Fondo de Competitividad. A pesar de que las dotaciones asignadas a este fondo no son bajas, sólo en un horizonte de largo plazo podrán asegurarse estándares adecuados de convergencia. En todo caso, dadas las dificultades existentes, la introducción de este nuevo fondo parece una solución pragmática y razonable aún cuando, como veremos posteriormente, otros elementos amortizan en buena manera el esfuerzo igualador contenido tanto en el FGSPF como en el de Competitividad.

^{27.} La mayor parte de los fondos para dependencia se reparten en función de la población dependiente reconocida (frente a la potencial), lo que favorece a las Comunidades que han desarrollado y aplicado con más diligencia la Ley de Dependencia.

^{28.} No se entiende bien el alcance del pronunciamiento reciente del Tribunal Constitucional a propósito del concepto de esfuerzo fiscal que en ningún caso debe confundirse con la capacidad fiscal o la tributación total.

4.3. Mejora de la garantía de suficiencia dinámica

Se han incorporado diversos instrumentos para garantizar la suficiencia dinámica del sistema, como se mencionaba anteriormente, con la finalidad de ajustar las principales variables del modelo. En esa dirección, por un lado, se prevé la revisión anual de las variables contempladas a efectos del reparto del FGSPF. De este modo, tanto las variables de necesidades como las de capacidad fiscal de las Comunidades, serán objeto de actualización anual. Era una reivindicación de las Comunidades y los expertos,²⁹ quienes pusieron de manifiesto las posibilidades reales y las ventajas de hacerlo.

Por otro lado, los fondos complementarios son también objeto de actualización anual en función de la evolución de los ingresos totales del Estado (ITE). A efectos del reparto de los fondos de Convergencia, aunque su cuantía evolucione según el índice de los ITE, las variables de reparto se examinan anualmente, de modo que las Comunidades beneficiarias de los mismos pueden diferir en cada ejercicio.³⁰

También debe ser valorada positivamente la decisión de revisar el funcionamiento del modelo quinquenalmente para analizar la evolución de los principales elementos del mismo. El sistema aprobado en julio de 2009, a diferencia del establecido en el año 2001, parte del supuesto de que es una tarea imposible "cerrar" el sistema de financiación ante la cantidad de factores que afectan a la financiación y que pueden modificarse significativamente a lo largo del tiempo.

Todo parece indicar que las reglas de suficiencia dinámica incluidas en el Acuerdo van a permitir que a largo plazo el sistema mejore en términos de equidad, entendida como igual financiación por unidad ajustada, por el previsible mayor peso que tendrá el FGSPE.³¹

^{29.} Véase Varios Autores, Informe..., 2008.

^{30.} En Santiago Lago, "El nuevo modelo de financiación autonómica: luces y sombras", *Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009*, IEB, 2010, p.62-73, se cuestiona la bondad de la actualización anual, especialmente para las Comunidades con peores dinámicas poblacionales.

^{31.} Ver a este respecto, Ángel de la Fuente, "El nuevo acuerdo...", 2009.

4.4. Mejoras en el campo de la articulación institucional

Por lo que se refiere a los factores de articulación institucional, además de los referentes a la adaptación de la administración tributaria ya señalados, que debe considerarse positiva, el Acuerdo prevé la creación de un órgano de supervisión y seguimiento de los resultados del nuevo modelo, el Comité Técnico Permanente de Evaluación, que, como adelantábamos, se adscribe al Consejo de Política Fiscal y Financiero. Aunque se trata de una iniciativa interesante, desde nuestro punto de vista es un paso demasiado modesto para afrontar las exigencias de coordinación del Estado descentralizado español, 32 como se comentará más adelante.

5. Elementos cuestionables de la reforma

La materialización del Acuerdo y las leyes de desarrollo del mismo se han caracterizado por su gran complejidad. La diversidad de instrumentos y variables incorporados y las previsiones temporales para su aplicación han hecho extraordinariamente difícil prever los resultados del mismo en la práctica. En realidad, hasta la liquidación de 2009 no se podrá replicar el modelo con las cifras del año base.³³

En todo caso, hay diversos elementos del nuevo sistema que deben ser valorados negativamente o que precisarán ajustes en el futuro. Entro otros, mencionaríamos los siguientes:

5.1. Límites al crecimiento de la corresponsabilidad

Por un lado, el modelo se ha aprobado en un escenario de lo que se da en llamar "restricción presupuestaria blanda". Desde el punto de vista de la autonomía y la corresponsabilidad, entendidas, como ha señalado N. Bosch (2010), como la garantía de una mejor rendición

^{32.} La propuesta de creación de una oficina de apoyo técnico al Senado, como una vía para fortalecer esta cámara, en cuestiones asociadas con los problemas territoriales, sigue siendo pertinente. Véase Ruiz-Huerta, Albertí y López Laborda (1998).

^{33.} En Ángel de la Fuente, "El nuevo acuerdo...", 2009; y en Jesús Ruiz-Huerta y Miguel Ángel García, "La reforma del modelo...", 2009, se efectúan algunas estimaciones sobre los resultados posibles del sistema.

de cuentas, la preocupación por la eficiencia del gasto, el aumento de la autonomía política de los gobiernos autonómicos y la menor conflictividad con el gobierno central, será muy difícil avanzar en el futuro si no se plantea acabar con negociaciones que impliquen la aportación, por parte del Estado, de importantes cantidades de nuevos recursos, de modo que todas las Comunidades ganen en el nuevo acuerdo, lo que implica en la práctica una superación de la cláusula del "status quo". En ese marco, las Comunidades pierden incentivos para aumentar los impuestos y mejorar la eficiencia en la gestión del gasto público.

La reforma conlleva una aportación adicional del Estado de más de once mil millones de euros, una cantidad equivalente al 1,1% del PIB, a los que se deben sumar las moratorias del pago de las cantidades a devolver como consecuencia de la liquidación final del sistema respecto a las entregas provisionales. Es cierto que el panorama económico ha cambiado sustancialmente en el transcurso de la negociación, como se señalaba al principio de este trabajo, y ello ha podido influir en que la cantidad finalmente aportada por el Estado diste mucho de la que se barajaba inicialmente.

Por otro lado, la experiencia sobre la aplicación de la capacidad normativa de las Comunidades sobre los tributos propios y compartidos en períodos anteriores arroja dudas razonables su efectividad. Las Comunidades han hecho escasa utilización de la capacidad normativa para conseguir más recursos y, por el contrario, especialmente en el caso de los impuestos directos, la estrategia ha sido más bien la de rebajar los tipos impositivos para conseguir mayor aceptación entre los ciudadanos y, acaso, para competir con otras Comunidades para atraer bases imponibles.

En todo caso, parece necesario seguir profundizando en estas cuestiones, con la finalidad de mejorar el sistema de incentivos para aplicar los mecanismos de corresponsabilidad existentes. Aunque, por otro lado, es previsible que la situación de crisis económica y las dificultades para obtener ingresos suficientes a través de las vías tradicionales, propicie el uso de los mecanismos de corresponsabilidad, como de hecho está ocurriendo en algunas Comunidades, que están planteando un aumento del IRPF a través de la modificación de la tarifa autonómica.

5.2. Los problemas de la competencia fiscal a la baja

Las cuestiones de competencia fiscal, características de los procesos de descentralización y lógica consecuencia de la atribución de potestades tributarias a las Comunidades Autónomas, plantea el problema de la tendencia a la disminución de la presión fiscal, a través de rebajas de tipos impositivos con la finalidad de atraer bases imponibles procedentes de otros territorios.

La consecuencia de un continuado proceso sistemático de competencia fiscal "a la baja" puede ser incluso la práctica desaparición de algún tributo ante la disminución sistemática de los tipos impositivos.³⁴ Esto explica, por ejemplo, en el caso del modelo español, la pérdida de peso específico del impuesto sobre sucesiones y donaciones y las propuestas de algunas Comunidades para procurar mecanismos de armonización mínimos con la participación de la administración central.

Por otro lado, no hay que perder de vista el juego de las normas de la Unión Europea que limitan, en cierto modo, la acción de los gobiernos o la actuación autónoma de las autoridades subcentrales. En este sentido, la ausencia de medidas al respecto en el campo de la tributación de sucesiones y donaciones, ha llevado a una contradicción llamativa: La Comisión Europea hace una advertencia a España ante el desigual tratamiento que en la práctica se está dando a los no residentes en la tributación de Sucesiones y Donaciones. Esto va a obligar necesariamente a la administración central a intervenir en este tributo, con consecuencias difíciles de prever.³⁵

5.3. Limitaciones del sistema de nivelación

A pesar de los objetivos perseguidos por el nuevo modelo, no se corrige fácilmente la disparidad. La garantía del sistema de financiación en relación con la igualdad de acceso o niveles de prestación

^{34.} En relación con este tema puede consultarse José María Durán y Alejandro Esteller, "Match-point: al servicio, el Estado; en juego, el futuro de la imposición sobre la riqueza en España", Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009, IEB, 2010, pp. 96-115.

^{35.} Véase Comisión Europea, Spanish Inheritance and Gift Tax, 2010.

equivalentes de los servicios públicos fundamentales es limitada porque las decisiones sobre la aplicación efectiva y la distribución de la financiación entre las distintas políticas dependen enteramente de los gobiernos autonómicos. Concretamente en el terreno de las políticas sanitarias, sería deseable que la Administración Central recuperara un cierto poder de gasto para realizar transferencias condicionadas, dirigidas al desarrollo de políticas sanitarias comunes que refuercen la cohesión territorial en este ámbito. El refuerzo financiero del Fondo de Cohesión Sanitaria y su reorientación hacia dicha finalidad podría ser una alternativa en esta línea.³⁶

Por otro lado, el esfuerzo igualador en términos de resultados que se logra con el FGSPF, es en parte compensado por la acción del Fondo de Suficiencia Global, vinculado a la cobertura de las necesidades totales reconocidas que, al estar muy condicionadas por las reglas del sistema anterior, se apartan del objetivo de garantizar igual financiación por unidad de necesidad.³⁷

Por otra parte el Fondo de Cooperación, cuyo nacimiento sólo puede entenderse como una consecuencia del proceso de negociación política para conseguir la aceptación del Acuerdo, se destina a potenciar la situación económica de las Comunidades con menores niveles de renta per cápita y/o dinámicas poblacionales especialmente negativas, un objetivo extraño también a la lógica del sistema. Aunque pueda entenderse la necesidad de "compensar" a las Comunidades que no van a poder beneficiarse del Fondo de Competitividad a corto plazo, no parece que tenga mucho sentido introducir este instrumento, cuando su finalidad no es otra que el desarrollo económico regional. Para ese propósito, como hemos dicho, se dispone de los Fondos de Compensación Interterritorial, que podrían haber sido ampliados ahora para contemplar nuevos esfuerzos de cooperación con los territorios con menor nivel de riqueza.

^{36.} Véase Pedro Rey y Javier Rey, *La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver*, Documento de trabajo núm. 100, Fundación Alternativas, 2006.

^{37.} Ello ha llevado a algún autor a plantear si no hubiera sido mejor aplicar un esquema similar al FGSPF a todos los servicios públicos y no sólo a los "fundamentales". En este sentido, Julio López Laborda "La reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas: descripción, primera valoración y algunas cuestiones pendientes", *Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009*, IEB, 2010, pp. 62-73.

Una cuestión adicional, de mayor calado, es la notable divergencia que se mantiene en términos de resultados entre el sistema general (o común) de financiación de las Comunidades Autónomas y los regímenes de Concierto y Convenio. Ya existe una abundante literatura al respecto que pone de manifiesto las importantes diferencias que se producen, especialmente a la hora de calcular la aportación al Estado (el cupo, en el caso vasco) entre ambos sistemas, en gran medida como consecuencia de la fórmula para determinar dicha aportación y la no participación de las Comunidades forales en el sistema de nivelación de servicios del resto del Estado. Además de haberse consagrado en la práctica una diferencia claramente rechazable, el mantenimiento de ambos sistemas sin buscar fórmulas de aproximación, se convierte en un factor de agravio comparativo difícilmente justificable y que pone en cuestión todo el sistema de financiación aplicado.³⁸

5.4. Dificultades para la articulación institucional

Los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados con anterioridad al acuerdo de financiación, a partir del Estatuto de Cataluña, plantean el fortalecimiento de los instrumentos de coordinación bilateral entre las Comunidades y el gobierno central. Varios de ellos prevén el establecimiento de hasta tres mecanismos básicos de coordinación: uno para aprobar los traspasos competenciales pendientes (las tareas propias de las anteriores Comisiones Mixtas de Transferencias que, en algunos casos, se mantienen como tales); otro, para hacer frente a los problemas políticos derivados de la nueva normativa aprobada; y un tercero, para atender las cuestiones más vinculadas con la financiación y, en general, con los problemas económicos que se puedan producir entre cada comunidad y el gobierno (en este caso, representado por las autoridades del Ministerio de Economía y Hacienda).

Aunque la existencia de instrumentos de coordinación bilateral es fundamental, como lo han sido las comisiones mixtas de traspasos a lo largo del proceso de descentralización desde la transición democrática, más allá del reciente pronunciamiento al respecto del Tribunal Constitucional, parece muy difícil gestionar adecuadamente un

^{38.} Un trabajo reciente que analiza detalladamente esta cuestión es el de Carlos Monasterio "Federalismo fiscal y sistema foral. ¿Un concierto desafinado?", *Presupuesto y gasto público*, núm. 192, 2010, pp. 59-103.

sistema tan descentralizado como el español sin contar con instrumentos multilaterales potentes y ágiles. Cualquier sistema federal resulta difícilmente viable con la sola existencia de mecanismos bilaterales de relación. En tal caso, la actividad del gobierno central se volvería imposible y se debilitarían las sinergias necesarias para gestionar el Estado.

En ese sentido, conforme se consolida el nuevo escenario estatutario, se hace cada vez más necesario reformar el Senado, así como el alcance y contenidos de las conferencias sectoriales para asegurar una articulación razonable de los diversos niveles de gobierno, dando así una respuesta sensata a los problemas asociados a los servicios públicos prestados a los ciudadanos y su financiación, y a las cuestiones más generales de coordinación de la política económica y presupuestaria.³⁹

6. Referencias bibliográficas

BOSCH, Nuria. La financiación autonómica antes y después de la reforma de 2009. Fundación Segle XXI, 2009, Mimeo.

COMISIÓN EUROPEA. Spanish Inheritance and Gift Tax. 2010.

DE LA FUENTE, Ángel. El sistema de financiación regional: problemas y propuestas de reforma. Colección Estudios Económicos núm. 22. FEDEA, 2008.

DE LA FUENTE, Ángel. "El nuevo acuerdo de financiación regional: un análisis de urgencia". Colección Estudios Económicos, núm. 08. FEDEA, 2009.

DURÁN, José María y ESTELLER-MORÉ, Alejandro. "Match-point: al servicio, el Estado; en juego, el futuro de la imposición sobre la riqueza en España". Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009. IEB, 2010, pp. 96-115.

HERRERO, Ana. "Aspectos Dinámicos del Sistema de Financiación Autonómica". En LAGO, Santiago. (coord.). *La Financiación del Estado de las Autonomías: Perspectivas de Futuro*. Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 41-86.

HERRERO, Ana; DÍAZ DE SARRALDE, Santiago; LOSCOS, Javier Bruno; ANTI-QUEIRA, María y TRÁNCHEZ, José Manuel: "La Reforma de la Financiación

^{39.} Ver al respecto Carlos Monasterio y Roberto Fernández Llera. ¿Entre dos o entre todos? Examen y propuestas para la coordinación presupuestaria en España. Ponencia presentada en el Encuentro de Economía Pública 2010.

Autonómica: Reflexiones y Escenarios". *Información Comercial Española*, núm. 837. 2007, pp. 83-98.

LAGO, Santiago. "El nuevo modelo de financiación autonómica: luces y sombras". *Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009*. IEB, 2010, pp. 62-73.

LÓPEZ LABORDA, Julio. "La reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas: descripción, primera valoración y algunas cuestiones pendientes". *Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009*. IEB, 2010, pp. 62-73.

LÓPEZ LABORDA, Julio. "¿No hay quinto malo? La reforma de la financiación autonómica". Economistas, núm. 123. 2010, pp. 182-187.

LÓPEZ LABORDA, Julio. "La descentralización de competencias en el IVA: problemas y soluciones". En LAGO, Santiago y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Jorge. La asignación de impuestos a las Comunidades autónomas: desafíos y oportunidades. IEF, 2010, pp. 189-206.

MONASTERIO, Carlos. "Federalismo fiscal y sistema foral. ¿Un concierto desafinado?". Presupuesto y gasto público, núm. 192. 2010, pp. 59-103.

MONASTERIO, Carlos y FERNÁNDEZ LLERA, Roberto. ¿Entre dos o entre todos? Examen y propuestas para la coordinación presupuestaria en España. Ponencia presentada en el Encuentro de Economía Pública 2010.

OECD. Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information, 2007.

REY, Pedro y REY, Javier. La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver. Documento de trabajo núm. 100, Fundación Alternativas, 2006.

RUIZ-HUERTA, Jesús; ALBERTÍ, Enoch y LÓPEZ LABORDA, Julio. Consideraciones sobre la creación de una Oficina de Análisis Económico-Territorial al servicio del Senado. Ponencia presentada en el Senado español, junio de 1998.

RUIZ-HUERTA, Jesús; HERRERO, Ana; y VIZÁN, Carmen. "La Reforma del Sistema de Financiación Autonómica". *Informe de Comunidades Autónomas 2001*, Instituto de Derecho Público, 2002, pp. 485-511.

RUIZ-HUERTA, Jesús y HERRERO, Ana. "El Sistema de Financiación Autonómica aprobado en 2001: Una valoración a partir de la liquidación de 2002". *Informe de Comunidades Autónomas 2004*. Instituto de Derecho Público, 2005, pp. 557-585.

RUIZ HUERTA, Jesús; DÍAZ DE SARRALDE, Santiago; TRÁNCHEZ, José Manuel y TORREJÓN, Lucía. ¿Cómo avanzar en la autonomía tributaria de las Comu-

202

nidades Autónomas?". En LAGO, Santiago (coord.). La Financiación del Estado de las Autonomías: Perspectivas de Futuro. Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 133-164.

RUIZ-HUERTA, Jesús y HERRERO, Ana. "Fiscal Equalization in Spain". En BOSCH, Nuria y DURÁN, José María (eds.), Fiscal Federalism and Political Decentralization. Lessons from Spain, Germany and Canada. Edward Elgar, 2008, pp. 147-165.

RUIZ-HUERTA, Jesús y GARCÍA, Miguel Ángel. "La reforma del modelo de financiación autonómica de 2001. Una valoración del acuerdo de julio de 2009". Informe sobre Federalismo Fiscal en España 2009. IEB, 2010, pp. 38-60.

TRÁNCHEZ, José Manuel; HERRERO, Ana y GARCÍA, Miguel Ángel. "El Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas Aprobado en 2001: Un Diagnóstico de sus Principales Problemas". *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 55, 2009, pp. 77-101.

VARIOS AUTORES. Informe Sobre Financiación Autonómica, 2008, Mimeo.

RESUMEN

La reforma del sistema de financiación autonómica de 2009 se gestó, impulsada por las reformas estatutarias aprobadas en los últimos años, singularmente la del Estatuto catalán, para dar respuesta a las principales debilidades mostradas por el sistema anterior, concretamente, a los problemas de insuficiencia financiera, a las deficiencias del sistema de nivelación, a la insuficiente descentralización tributaria y a la débil corresponsabilidad fiscal. Tras analizar los antecedentes de la reforma y el proceso negociador, el artículo realiza una descripción del nuevo modelo y de los diferentes elementos que lo integran, para identificar después tanto los aspectos de la reforma que merecen una valoración positiva como los problemas que la misma no acierta a resolver, en relación tanto con la autonomía tributaria y la corresponsabilidad fiscal de las Comunidades, como con los mecanismos de nivelación presupuestaria, señalando también las posibilidades de mejora de la articulación institucional y la gobernanza del sistema.

Palabras clave: financiación autonómica; descentralización tributaria; transferencias de nivelación; corresponsabilidad fiscal.

RESUM

La reforma del sistema de finançament autonòmic del 2009 es va gestar, impulsada per les reformes estatutàries aprovades en els últims anys, singularment la de l'Estatut català, per donar resposta a les principals debilitats mostrades pel sistema anterior. Concretament, per respondre als problemes d'insuficiència financera, a les deficiències del sistema d'anivellament, de la insuficient descentralització tributària i a la feble coresponsabilitat fiscal. Després d'analitzar els antecedents de la reforma i el procés negociador, l'article fa una descripció del nou model i dels diferents elements que l'integren per identificar després tant els aspectes de la reforma que mereixen una valoració positiva com els problemes que aquesta no encerta a resoldre. Aquesta descripció està relacionada tant amb l'autonomia tributària i la coresponsabilitat fiscal de les comunitats com amb els mecanismes d'anivellament pressupostari; a més, s'hi assenyalen també les possibilitats de millora de l'articulació institucional i la governança del sistema.

Paraules clau: finançament autonòmic; descentralització tributària; transferències d'anivellament; coresponsabilitat fiscal.

ABSTRACT

The reform of the autonomous financing system in 2009, motivated by the statutory reforms approved in recent years, particularly the reform of the Catalan Statute, was implemented as a response to the primary weaknesses presented by the previous system, specifically in relation to the problems of financial inadequacy, deficiencies in the capping system, the insufficient tax devolution and the weak fiscal co-responsibility. After analysing the background information of the reform and the negotiating process, the article describes the new model and the different elements integrating it, and then it identifies both the aspects of the reform that deserve a positive evaluation and the problems that it has not managed to solve, in terms of both the tax autonomy and the fiscal co-responsibility of the Communities, and the budget capping mechanisms, also indicating the possibilities of improvement in the institutional articulation and system governance.

Key words: autonomous financing; tax devolution; capping transfers; fiscal co-responsibility.

LOS CONVENIOS DE COOPERACIÓN ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS: MARCO NORMATIVO Y PROPUESTAS DE REFORMA

A la memoria del profesor Jordi Solé Tura¹

Javier Tajadura Tejada

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. El federalismo cooperativo. – 2. Fundamento constitucional de la cooperación horizontal (art. 145 CE). 2.1. La elaboración del artículo 145 CE. 2.2. El apartado primero: la prohibición de federación. 2.3. El apartado segundo: los convenios y acuerdos de cooperación. – 3. Desarrollo estatutario inicial del art. 145 CE. 3.1. Significado y alcance de "gestión y prestación de servicios propios". 3.2. La delimitación del concepto de "comunicación" a las Cortes Generales. 3.3. La aprobación de los convenios y acuerdos. 3.4. Eficacia jurídica de los convenios y acuerdos. – 4. La cooperación horizontal en los nuevos Estatutos de Autonomía. – 5. La reforma constitucional necesaria para la consolidación del Estado Autonómico como Estado Federal cooperativo. 5.1. Significado y alcance de la necesaria reforma del Título VIII. 5.2. Una propuesta de reforma de la cooperación horizontal en el bloque de la constitucionalidad. – 6. Bibliografía. – *Resumen-Resum-Abstract*.

Artículo recibido el 31/03/2010; aceptado el 28/05/2010.

206

^{1.} Este trabajo es una actualización de un antiguo estudio realizado en 1995. Los problemas que entonces puse de manifiesto en relación con la regulación en el bloque de la constitucionalidad de los convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas no se han resuelto. Las reformas territoriales de la VIII Legislatura no han corregido los errores cometidos por los redactores de los Estatutos de Autonomía. Desde esa perspectiva, en este trabajo planteo unas propuestas de reforma que van más allá de las formuladas quince años atrás. Por otro lado, no tuve ocasión de participar en el merecido Libro Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura, por cuya obra intelectual y política siento profunda admiración. Para compensar esta ausencia no deseada he querido dedicar a su memoria este estudio sobre un tema cuya importancia él, en las Cortes Constituyentes, fue uno de los pocos en advertir.

1. El federalismo cooperativo

Dejando a un lado la controvertida cuestión relativa a si el Estado Autonómico es o no un Estado Federal, en la medida en que, como acertadamente ha advertido Muñoz Machado, "se está produciendo una evidente confluencia entre los federalismos y regionalismos hacia fórmulas organizativas tan parecidas que es difícil distinguirlas", lo que nos importa subrayar es que el estudio del modelo federal nos reporta algunas lecciones de interés. Una de ellas es la existencia de dos tipos de federalismo, el federalismo dual y el federalismo cooperativo. La lección, digo que es de interés, porque sus enseñanzas pueden trasladarse a nuestro Estado de las Autonomías para situarlo en la senda del "autonomismo cooperativo".³

No pretendemos, por tanto, establecer las diferencias que existen entre el Estado federal clásico y otras formas de descentralización. Además, es preciso reconocer que existen diversas modalidades de federalismo. Lo que a nuestro tema interesa es la distinción de dos modelos fundamentales: el federalismo dual y el federalismo cooperativo.

El federalismo clásico (dual federalism) implica una rígida separación vertical de poderes. En él subyace una filosofía política de "compartimentos estancos". Existen dos campos de acción del poder perfectamente delimitados y sin ningún tipo de vinculación entre ellos: el del Gobierno central y el de los Gobiernos de los Estados. El federalismo cooperativo (new federalism), por el contrario, trata de superar la técnica de la separación formal y absoluta de competencias, evitando centrar su atención en la división constitucional de la autoridad entre el Gobierno central y los Gobiernos de los Estados, y resaltando la actual interdependencia y la mutua influencia que cada nivel de gobierno es capaz de ejercer sobre el otro. En pocas palabras el federalismo dual responde a la idea de independencia y el federalismo cooperativo a la de interdependencia.

^{2.} Muñoz Machado, S., Derecho Público de las Comunidades Autónomas, vol. I, Madrid, Civitas, 1982, p. 159.

^{3.} Tajadura Tejada, J., El principio de cooperación en el Estado Autonómico, 2ª edición, Granada, Comares, 2000.

La opinión común es que el federalismo dual constituye el primer momento en el proceso evolutivo del Estado federal. Tanto en los Estados Unidos como en la República Federal de Alemania, por citar dos casos paradigmáticos, las técnicas del federalismo cooperativo se imponen a la filosofía que representa el federalismo dual y ello porque aquél responde mejor que éste a los problemas actuales. El federalismo cooperativo vigente en Alemania o Estados Unidos se caracteriza por el entrecruzamiento de las competencias del poder central y las de los poderes territoriales, que conduce a la Federación y a los Estados a actuar cada vez más de forma conjunta, mediante acuerdos en los que diseñan un modelo de actuación común, que luego será ejecutado por actos de la Federación o de los Estados en función de la titularidad de la concreta competencia que se ejerza en cada caso.

Las ventajas que el federalismo cooperativo presenta para el funcionamiento de cualquier Estado compuesto son claras.⁵ En primer

^{4.} La transformación del federalismo dual en federalismo cooperativo es un proceso simultáneo al de la sustitución del Estado liberal por el Estado social. Y es que, efectivamente, el federalismo dual no era sino un mecanismo de protección del sistema económico capitalista. El federalismo dual se configuró en los Estados Unidos como un medio de defensa del liberalismo económico. El propio Tribunal Supremo norteamericano reconoció que no se trataba tanto de conservar un equilibrio ideal de poder establecido por la Constitución como de impedir cualquier intervención del poder público en lo que se consideraba ámbito restringido a la iniciativa privada. Durante el siglo XIX fue necesario fomentar la acción del poder federal y hacer que los Estados se olvidasen de su soberanía, pues eran éstos últimos los únicos que albergaban pretensiones intervencionistas. Surgió así la teoría de los poderes implícitos. Con el nuevo siglo, cuando cambiaron los papeles y fue el poder federal el que mostró su voluntad de intervenir, el Tribunal invocó los derechos de los Estados como fundamento del federalismo dual. El cambio no se produjo hasta los años treinta, con el New Deal de Roosvelt, y entonces no sin grandes dificultades. Pese a la resistencia del Tribunal Supremo, el federalismo cooperativo se impuso. El Estado intervencionista conduce inexorablemente a la noción de interdependencia. Así, para mantener la unidad del sistema financiero, el Gobierno Federal, mediante ayudas y subvenciones económicas a los Gobiernos de los Estados, logró establecer unas relaciones de cooperación que permitieron garantizar la propia unidad económica nacional.

^{5.} Lo que no quiere decir que deban ocultarse los riesgos que el modelo cooperativo entraña. Entre estos cabría señalar los siguientes: a) al difuminarse la barrera que separa las competencias estatales de las autonómicas, el ejercicio de las mismas de forma pactada o conjunta difumina también la responsabilidad política que cabe exigir a cada instancia; b) el federalismo cooperativo puede dar lugar también a situaciones de bloqueo del sistema: en la medida en que la toma de decisiones corresponde a varios entes, el deseable consenso se convierte en un elemento imprescindible a falta del cual se impide la adopción de una decisión, quebrando así la regla básica de la democracia del gobierno por mayoría; c) en tercer lugar, el lugar central que ocupan los Gobiernos en este modelo provoca un desplazamiento de los parlamentos regionales a un papel secundario respecto a los eje-

lugar, la facilidad que para el ejercicio de las funciones administrativas proporciona un sistema caracterizado por una comunicación fluida entre todas sus instancias territoriales y en el que resulta frecuente el logro de acuerdos. En segundo lugar, "el federalismo cooperativo permite ampliar el campo de acción autonómico, al hacer posible su participación en decisiones y competencias en las que realmente no cabe ir más allá, pues no podría otorgársele su titularidad completa, con lo que se consigue, a la vez ese mínimo de uniformidad y de centralización que se considera en un cierto momento necesario".6

Este federalismo cooperativo presenta dos manifestaciones fundamentales:

cutivos. Es preciso ser consciente de estos riesgos a la hora de articular un eficaz modelo de federalismo cooperativo. Arbos Marin, X., "Federalismo y relaciones intergubernamentales" en *La cooperación intergubernamental en los Estados compuestos*, Barcelona, IEA, 2006, pp. 13-36.

6. Bocanegra, R., y Huergo, A., La Conferencia de Presidentes, Madrid, Iustel, 2005, p. 140. En el mismo sentido, Muñoz Machado, S., Derecho Público de las Comunidades Autónomas, vol. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 219-220. Santolaya Machetti, P., Descentralización y cooperación, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, p. 293. La progresiva penetración del poder central observada en todos los Estados compuestos es la respuesta lógica al trasvase sucesivo a la órbita del interés general de cuestiones que anteriormente eran estrictamente regionales o locales. Muchos asuntos han sufrido en los últimos tiempos una intensa publicación (medio ambiente, energía, alimentación) que los ha hecho salir de la órbita de los intereses locales (nivel desde donde se cumplimentaban las escasas decisiones públicas que eran precisas) para integrarlos en el interés general. El tránsito del Estado liberal al Estado social ha reforzado indudablemente al poder central. Ahora bien, éste fenómeno no ha venido acompañado de una apropiación en exclusiva por las instancias centrales de todas las competencias en relación con los problemas antes referidos, pero sí ha exigido la obligada participación de aquéllas en su resolución. Para evitar las consecuencias extremas de esta evolución no se trata tanto ni principalmente de articular técnicas jurídicas de defensa de las propias competencias autónomas sino más bien de articular técnicas de cooperación y participación en esa facultad estatal. Las demandas del interés general no quedarían satisfechas de otro modo. Son ellas las que reclaman la cooperación. Tres razones fundamentales impiden contraponer cooperación y autonomía: a) En primer lugar, la contraposición es falsa porque la cooperación resulta sin más de la necesidad de articular el ejercicio de los poderes y hacer operativo el reparto de competencias. En este sentido la autonomía es el primer presupuesto de la cooperación. b) En segundo lugar, porque la autonomía, como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional sólo se explica en el contexto de la unidad y la unidad exige que las instancias centrales participen en la resolución de los problemas de interés general. Y es que cuando un problema se generaliza es inevitable la concurrencia del poder central. c) En tercer lugar, –y esta es la razón más importante que viene a desmentir esa pretendida incompatibilidad entre autonomía y cooperación-, porque la cooperación fortalece a la autonomía, permitiendo, en muchas ocasiones, que los entes autonómicos sigan ostentando responsabilidades sobre asuntos de los que sin el recurso a las técnicas cooperativas se verían privadas.

- a) Una dimensión vertical: el federalismo cooperativo vertical. Con esta fórmula nos referimos al sistema de relaciones que se pueden producir entre el Estado Federal, por un lado, y los Estados miembros, por otro. Este sistema puede estar institucionalizado, constitucionalizado incluso, o bien carecer de apoyos jurídicos formales y basarse en la mera praxis política.
- b) Una dimensión horizontal: el federalismo cooperativo horizontal. La fórmula alude al sistema de relaciones que se producen entre los Estados miembros. En relación con él la cuestión fundamental reside en si el poder federal puede o no intervenir en este sistema, y, en caso afirmativo, cuál debe ser el grado de su intervención. Por regla general suele aceptarse que el Gobierno Federal asuma un papel de garante de este tipo de relaciones. También aquí podemos distinguir entre relaciones informales e institucionalizadas.

"El federalismo cooperativo –escriben los profesores Bocanegra y Huergo– es un fenómeno de la práctica, fáctico, que se superpone a una realidad normativa en la que sólo existen dos niveles de gobierno, el estatal y el autonómico, y no tres (con uno mixto), y en la que, por tanto, las competencias están atribuidas en cada caso al Estado o a las Comunidades Autónomas, que después deciden, a partir de sus respectivas titularidades optar por una actuación conjunta".⁷

El federalismo cooperativo horizontal es el contexto necesario en el que debemos abordar el estudio de los Convenios y Acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas.⁸ Junto a las Conferencias Sectoriales horizontales (que de la misma forma que las verti-

^{7.} Bocanegra, R., y Huergo, A., La Conferencia de Presidentes, ob. cit., p. 136.

^{8.} Las dos obras clásicas y de referencia sobre nuestro tema son: Menéndez Rexach, A., Los convenios entre Comunidades Autónomas, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982 y Santolaya Machetti, P., Descentralización y cooperación, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984. Más recientemente, cabe destacar la aparición de otras dos monografías: González García, I., Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas. Una pieza disfuncional de nuestro Estado de las Autonomías, Madrid, CEPC, 2006 y Calafell Ferra, V. J., Los convenios entre Comunidades Autónomas, Madrid, CEPC, 2006. Un comentario sobre esta última obra en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 79, 2007, pp. 369-374. También debe destacarse el comentario de Rodriguez de Santiago en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dir.) Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009.

cales, carecen de fundamento constitucional expreso, no así tácito), los Convenios entre Comunidades son el instrumento fundamental del federalismo cooperativo en su dimensión horizontal.⁹ Un instrumento que cuenta con un fundamento constitucional expreso.

2. Fundamento constitucional de la cooperación horizontal (art. 145 CE)

2.1. La elaboración del artículo 145

El artículo 145 de la Constitución es el punto de partida obligado para el análisis del régimen jurídico de los convenios y acuerdos de cooperación. Su desafortunada redacción obedece al recelo con el que las Cortes Constituyentes contemplaron siempre la cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas.

Baste ahora recordar que este precepto figuraba en el Anteproyecto de Constitución como artículo 130 y su redacción inicial era la siguiente:

"Cualquier acuerdo de cooperación entre territorios autónomos necesitará la autorización de las Cortes Generales mediante ley orgánica". 10

Esto hubiera supuesto que cualquier acuerdo interautonómico, con independencia de su contenido, es decir, por muy insignificante que este fuere, habría requerido la previa autorización del órgano legislativo central. Y no sólo eso, sino que, además, dicha autorización habría debido revestir la forma de ley orgánica, es decir, contar con el respaldo de la mayoría absoluta de las Cámaras. Por lo demás, de este texto parece deducirse que la autorización o no por parte de las

^{9.} Para un examen del federalismo comparado, resulta imprescindible, García Morales, M.J., Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos: Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica, Madrid, Mac-Graw-Hill, 1998. La profesora García Morales ha publicado diversos estudios sobre federalismo cooperativo. Entre ellos cabe destacar, García Morales, M. J., "Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada" en Cuadernos de Derecho Público, núm. 2, 1997. Y también, "La cooperación en los federalismos europeos: significado de la experiencia comparada para el Estado Autonómico" en Revista de Estudios Autonómicos, núm. 1, 2002.

^{10.} Constitución española. Trabajos Parlamentarios. Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 29.

Cortes es una actividad totalmente discrecional. Las Cortes podrían denegar la autorización tanto por razones de legalidad como por razones de oportunidad política. El precepto parecía haber sido redactado con la finalidad de que no se utilizara.

La única enmienda que la Ponencia aceptó en relación con este desafortunado precepto consistió en añadir a petición de Jarabo Payá (Alianza Popular) un primer párrafo que estableciese: "En ningún caso se admite la federación de Comunidades Autónomas".

De esta manera el artículo 137 quedó así: "1. En ningún caso se admite la federación de Comunidades Autónomas. 2. Cualquier acuerdo de cooperación entre Comunidades Autónomas necesitará la autorización de las Cortes Generales por medio de una ley orgánica". 11

En la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso se puso de manifiesto la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en el procedimiento de cooperación. Las intervenciones de Martín Toval del PSC y de Solé Tura del grupo comunista fueron en esa dirección¹² y determinaron la supresión del carácter orgánico de la ley de autorización de los acuerdos de cooperación. Fue esta una de las muchas aportaciones del profesor Solé Tura –a quien he querido dedicar este estudio– que contribuyeron a mejorar el Texto Constitucional. A diferencia de otros constituyentes, el profesor Solé Tura se percató temprana y acertadamente de la importancia que el principio de cooperación reviste para el correcto funcionamiento de un Estado compuesto.

El texto no sufrió modificación alguna en el Pleno del Congreso por lo que tal y como fue aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y de las Libertades Públicas del Congreso, pasó a ser debatido por la Comisión Constitucional del Senado.

En esta Comisión merecen destacarse las enmiendas de Sánchez Agesta, ¹³ senador de designación real y de Benet, de Entesa dels Catalans.

^{11.} Constitución española. Trabajos Parlamentarios..., ob. cit., p. 263.

^{12.} Constitución española. Trabajos Parlamentarios..., ob. cit., pp. 1538 y ss.

^{13.} La enmienda 352 de Sánchez Agesta proponía otorgar al Senado la prioridad en la discusión y concesión o no de la autorización de los acuerdos", Constitución española.

El contenido de la enmienda *in voce* del senador Benet, de Entesa dels Catalans era el siguiente:

"Las Comunidades Autónomas podrán celebrar entre sí convenios temporales para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas. Los demás acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales". 14

La importancia de esta enmienda es grande. Hasta este momento nadie había planteado con tanta claridad el tema. Establece una distinción entre dos tipos de acuerdos en sentido amplio: convenios y acuerdos de cooperación. El criterio de dicha distinción no viene determinado por el objeto o contenido de los acuerdos sino que es estrictamente temporal. Los convenios temporales pueden ser libremente acordados por las Comunidades Autónomas sin necesidad de que intervengan las Cortes Generales. Los acuerdos de duración indefinida requieren, por el contrario, la autorización del órgano legislativo central.

Esta enmienda fue incorporada como apartado segundo del artículo comentado.¹⁵ Posteriormente el texto fue aprobado sin modificaciones por el Pleno del Senado.¹⁶

Pero la redacción definitiva del precepto fue la adoptada por la Comisión Mixta Congreso-Senado. A ella debemos la fórmula finalmente establecida en el artículo 145: "1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas. 2. Los Estatutos

Trabajos Parlamentarios..., ob. cit., p. 2816. Esta enmienda será parcialmente acogida en el artículo 74 de la Constitución. El fundamento de la misma es incuestionable: si el Senado es la Cámara de representación territorial resulta lógico que tenga, cuando menos, prioridad en asuntos de carácter fundamentalmente territorial. En este caso, como en otros muchos, son los senadores los que velan por aumentar el nivel competencial de la Cámara Alta.

213

^{14.} Constitución española. Trabajos Parlamentarios..., ob. cit., vol. IV, p. 4144. Fue aprobada por unanimidad con 22 votos. Como antecedente puede verse la enmienda núm. 818 presentada por el mismo senador. Constitución española. Trabajos Parlamentarios..., ob. cit., vol. III, p. 3010.

^{15.} Constitución española. Trabajos Parlamentarios..., ob. cit., vol. IV, p. 4398.

^{16.} Constitución española. Trabajos Parlamentarios... ob. cit, vol. IV, p. 5035.

podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí, para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales".

Existen tres diferencias significativas entre este texto y el aprobado por el Senado. En primer lugar, desaparece el criterio de la temporalidad para distinguir entre convenios y acuerdos, y tal criterio no es sustituido por ningún otro. En segundo lugar, desaparece también el criterio de la intervención o no de las Cortes puesto que éstas intervienen tanto en los acuerdos como en los convenios, si bien en este último caso tal intervención reviste la forma de una mera comunicación. Finalmente, se establece, y esto es fundamental, una remisión a los Estatutos de Autonomía para que regulen la distinción entre ambos tipos de acuerdos.

El texto nos muestra de esta forma la existencia de dos tipos de acuerdos interregionales, los "convenios" y los "acuerdos de cooperación", que difieren entre sí porque los primeros no requieren autorización de las Cortes y los segundos sí. La única diferencia material consiste en que los primeros deben versar sobre gestión y prestación de servicios propios. Esto no aclara mucho. Lo cierto es que el artículo 145 no nos permite precisar, en la práctica, qué tipo de actuaciones cooperativas han de ser consideradas convenios y cuáles acuerdos o, dicho de otra forma, qué hay que entender por gestión y prestación de servicios propios, lo que resulta de capital importancia, en cuanto que de dicha distinción dependerá que sea necesaria o no la actuación de las Cortes.

Hay que criticar este insuficiente tratamiento técnico-jurídico de uno de los principales instrumentos de realización de las técnicas de cooperación. Las razones de esta insuficiencia y de esta imprecisión constitucional las encontramos en el Diario de Sesiones al seguir el iter procedimental que siguió el precepto en cuestión. Como ha destacado Santolaya: "La causa de ese tratamiento es de tipo político, se parte de la visión errónea de que cualquier tipo de cooperación de las regiones entre sí obedece necesariamente a tendencias centrífugas y como tales son tratados, ignorando, sin embargo, que, salvo en

214

supuestos absolutamente patológicos, los convenios cumplen un importante papel de integración".¹⁷

Y si ya la regulación constitucional era insuficiente para distinguir con claridad ambas figuras, los Estatutos han eliminado en buena medida, como veremos después, el único criterio de diferenciación: el régimen de intervención de las Cortes Generales, provocando, en consecuencia, un alto grado de identificación entre los convenios y los acuerdos. Y han añadido además otros requisitos que acentúan la rigidez de los convenios. Por otro lado, los muy extensos y controvertidos nuevos Estatutos de Autonomía aprobados a partir de la VIII Legislatura tampoco han corregido estas deficiencias.

2.2. El apartado primero: la prohibición de federación

De los diarios de sesiones se desprende que la atención de los diputados y senadores se centró en la prohibición de federación de comunidades autónomas. El concepto de autonomismo cooperativo brillaba entonces por su ausencia. Hasta tal punto esto era así que la cooperación era mal vista. Se pensaba que obedecía a tendencias centrífugas y por ello de forma tajante y rotunda el artículo 145 comienza con: "En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas". 18

Se pretendía cerrar cualquier posibilidad de desembocar en un Estado federal. Es decir, la cooperación autonómica se ubicaba erróneamente en la problemática de la forma del Estado, cuando es evidente que ese no es su contexto.

La prohibición de federación no sirve, en modo alguno, para calificar la forma de Estado: 19

^{17.} Santolaya Machetti, P., Descentralización..., ob. cit., pp. 392-393.

^{18.} Reproduce, sin más modificación que la sustitución del tiempo verbal presente por futuro, el artículo 13 de la Constitución de 1931: "En ningún caso se admite la federación de regiones autónomas". En 1931 el asunto era tan evidente que Pérez Serrano comentando el artículo escribió: "Los riesgos que hubiera representado el principio de la posible federación de regiones son harto notorios para que sea preciso razonarlos". Pérez Serrano, N., "La Constitución española de 1931", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, p. 95.

^{19.} Santolaya Machetti, P., Descentralización..., ob. cit., pp. 381-384.

En primer lugar, el Derecho Constitucional Comparado nos muestra que la prohibición de federación no es un criterio válido para distinguir el Estado federal del que no lo es por la sencilla razón de que dicha prohibición existe, de una u otra forma, en todos los Estados federales.²⁰

En segundo lugar, la prohibición de federación establecida con el fin de garantizar la unidad del Estado, que podía verse amenazada por las tendencias cooperativas, según los temores de los constituyentes, es absolutamente innecesaria. Y lo es porque el principio de indisponibilidad de las competencias unido al principio de solidaridad interregional ya cumple ese fin. Los acuerdos interautonómicos no pueden ampliar en modo alguno el ámbito competencial del que disfrutan las Comunidades Autónomas aisladamente consideradas. De lo que resulta que el verdadero límite a las facultades cooperativas de las Comunidades Autónomas se encuentra en dichos principios de indisponibilidad competencial y solidaridad. Principios y límites a los cuales nada nuevo añade la prohibición de federación.

Y, en tercer lugar, porque si se pretende encontrar una virtualidad superior a dicha prohibición en lo que podríamos denominar intangibilidad del mapa autonómico, hay que decir que la prohibición tampoco sirve para ello. Conviene recordar, en relación con esto último, que en 1931 el diputado Samper defendió un voto particular para que el artículo 13 de la Constitución de la II República rezara: "En ningún caso se admite la federación de regiones autónomas, pero éstas podrán sumarse y constituir entre sí otra región más amplia mediante la observancia de los requisitos de los artículos anteriores".

^{20.} El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha declarado que son inconstitucionales todos aquellos *compacts* que "tienden a incrementar el poder político de los Estados de forma que pueden usurpar o interferir en la justa supremacía de los Estados Unidos". Con este argumento se rechazó el único acuerdo de federación intentado en los Estados Unidos, la creación de la confederación. En Alemania, donde los *Länder* pueden celebrar convenios entre sí en todas aquellas materias de su ámbito competencial, los convenios interestatales tienen que respetar dos límites, la indisponibilidad del sistema de distribución competencial y el principio de lealtad federal. Ambos límites juegan un papel equivalente al de la prohibición de federación en nuestro derecho constitucional. La Constitución suiza establece en su artículo séptimo que "quedan prohibidos toda alianza particular y todo tratado de naturaleza política entre cantones". Por último, puesto que los casos citados son más que suficientes para nuestros propósitos, el artículo 117 de la Constitución mexicana dispone: "Los Estados no pueden en ningún caso (...) celebrar alianzas, tratados o coalición con otro Estado".

Rodríguez Zapata se pregunta si tal hipótesis tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional y responde, con argumentos que compartimos plenamente, que sí. Partiendo de que "lo que el artículo 145.1 prohíbe es toda alteración que altere del equilibrio político y territorial existente entre las Comunidades Autónomas y con el Estado; la formación de bloques políticos que puedan enfrentar entre sí a distintas Comunidades; las ligas o alianzas entre Comunidades incompatibles con la solidaridad o lealtad interregional o con el interés nacional; el autoabandono de las propias competencias en otra Comunidad o en instituciones comunes" admite, no obstante, que el artículo 145.1 no prohíbe modificar el mapa autonómico mediante la fusión de Comunidades. "Entender prohibida la fusión de Comunidades Autónomas –escribe el autor citado– implicaría otorgar una peligrosa rigidez al actual mapa autonómico. Rigidez incomprensible si se recuerda que nuestro constituyente no pudo o no quiso establecerlo".21

Del bloque de constitucionalidad no se desprende, en modo alguno, tal intangibilidad del mapa autonómico. El artículo 145.1 no constituye base suficiente para impedir la modificación de un mapa por lo demás inexistente. Y lo cierto es que, si tampoco sirve para eso, resulta de todo lo que antecede que, en realidad, no sirve para nada. El apartado primero del artículo 145 podría ser perfectamente suprimido. Las consecuencias jurídicas de su supresión serían nulas.

2.3. El apartado segundo: convenios y acuerdos de cooperación

En el apartado segundo del artículo 145, nuestra Constitución reconoce expresamente la facultad de las Comunidades Autónomas de celebrar convenios y acuerdos para el ejercicio cooperativo de sus propias competencias. En dicho precepto se recoge de forma expresa

^{21.} Rodríguez-Zapata y Pérez, J., "Comentario al artículo 145" en Comentarios a las leyes políticas (Alzaga, O. dir.), Tomo XI, Madrid, Edersa, 1988, p. 68. En relación con esto, advierte Rodríguez-Zapata, "lo que sorprende y es gravísimo defecto del Título VIII de la Constitución es que no exista un precepto semejante al artículo 132 de la Constitución italiana o 29 de la Ley Fundamental de Bonn para operar una redistribución territorial seria del poder, cuando se pongan de manifiesto las insuficiencias o errores de la estructura actual".

lo que en otros ordenamientos se considera una facultad implícita de las unidades territoriales en el ejercicio de sus propias competencias.²² La gran ventaja de este precepto es que nos evita el problema de buscar una justificación de esta técnica implícita en el propio sistema. Su fundamento constitucional es así incuestionable. Lo cual no quiere decir que no plantee innumerables cuestiones controvertidas.²³

La primera de ellas está en relación con la consideración del territorio como un límite a la actividad de las Comunidades Autónomas.²⁴ Su solución exige determinar si la única alternativa al ejercicio autonómico de una competencia de una Comunidad aisladamente considerada es la asunción por el Estado de dicha actividad o, si cabe también afirmar la existencia de unos intereses regionales que, sobrepasando el ámbito territorial estricto, se manifiestan y se valoran como comunes a más de una Comunidad, sin que esto implique que la atención a dichos intereses pase a ser automáticamente competencia del poder central.

El Tribunal Constitucional inicialmente no reconoció esta posibilidad: "La consecución del interés general de la nación en cuanto tal y los de carácter supracomunitario quedan confiados a los órganos generales del Estado". ²⁵ Una concepción tan estricta de la territorialidad como límite de la actuación autonómica no es de recibo. Cierto es, como afirma García de Enterría, que "una cuestión que en su pro-

^{22.} Santolava Machetti, P., Descentralización..., ob. cit., p. 375.

^{23.} La otra cara del artículo 145 la ha puesto de manifiesto Albertí: su rigidez. "La cooperación horizontal, en efecto, está expresamente prevista por la Norma Fundamental (art. 145), a diferencia de lo que ocurre con la colaboración vertical. Pero el régimen previsto, que incluye el control del Senado, en términos muy difusos, y su formalización a través de convenios en los que los distintos Estatutos generalmente han incluido la participación de los Parlamentos de sus respectivas Comunidades Autónomas, adolece de una excesiva rigidez y formalismo, que suponen un freno considerable a la hora de decidir transitar por este camino". Albertí Rovira, E., "Relaciones entre las administraciones públicas" en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Leguina Villa, J., y Sánchez Morón, M., dirs), Madrid, Tecnos, 1993, p. 50. El profesor Albertí ha publicado numerosos trabajos sobre la problemática de la cooperación. Además del citado cabe destacar, Albertí, E., "La colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas" en *El futuro de las autonomías. Balance y perspectivas* (L. Martín Rebollo, dir.), Santander, Universidad de Cantabria, 1991 y también, "Estado Autonómico e integración política" en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1993.

^{24.} Sobre esta problemática, VV.AA., *Territorio y autonomía: el alcance territorial de las competencias autonómicas*, Barcelona, IEA, 2004.

^{25.} SSTC. de 22 de diciembre de 1981 y de 23 de enero de 1982.

pia realidad indivisible afecta a varias Comunidades Autónomas no puede ser resuelta por una sola sin interferir en los intereses de los demás". 26 Ahora bien, concluir de lo anterior la simple y llana "permanencia en manos del Estado de tales facultades", como regla general para todos los supuestos de este tenor, no resulta admisible.²⁷ Implica un desconocimiento total del artículo 145. Este precepto permite resolver la cuestión sin recurrir a la intervención directa del poder central. Y ello porque la admisión de los convenios interregionales supone, como ha señalado Santolaya, "un reconocimiento explícito por parte del Texto (constitucional) de la existencia de una esfera de intereses que sin ser estrictamente regionales tampoco han de caer necesariamente en el campo de actuación del Estado (poder) central".²⁸ El artículo 145.2 viene a establecer un modo de ejercer las competencias por parte de las Comunidades Autónomas como forma normal alternativa a la de un ejercicio aislado de las mismas. En definitiva, el artículo 145 es un reconocimiento expreso de lo que denominamos autonomismo cooperativo horizontal.²⁹

Pero el problema que nos plantea este reconocimiento es que el artículo 145 no nos permite precisar en la práctica qué tipo de actuaciones cooperativas han de ser consideradas convenios y cuáles acuerdos o, dicho de otra forma, qué hay que entender por gestión y prestación de servicios propios, lo que resulta de capital importancia, en cuanto que de dicha distinción dependerá que sea necesaria o no la actuación de las Cortes. Problema que lejos de verse atenuado se agrava a la luz del tratamiento estatutario del tema.

Los redactores de los Estatutos no se percataron de la importancia de la cooperación horizontal. Su preocupación fundamental era, en la mayoría de los casos, asumir el mayor número de "competencias exclusivas" posible. La cooperación no estaba en su orden del día. Por

^{26.} García De Enterría, E., *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1983, p. 68.

^{27.} García De Enterría, E., La ejecución autonómica..., ob. cit., p. 67.

^{28.} Santolaya Machetti, P., Descentralización..., ob. cit., p. 379.

^{29.} El Tribunal Constitucional ha dicho de este artículo que "no es un precepto que habilite a las Comunidades Autónomas para establecer convenios entre ellas, sino que, supuesta esa capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos y establece el control por las Cortes Generales de los Acuerdos y Convenios de cooperación", STC 44/1986, de 17 de abril.

otro lado, como veremos después, los redactores de los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados durante la VIII Legislatura tampoco se preocuparon por corregir esas deficiencias.

3. Desarrollo estatutario inicial del artículo 145 CE

Acabamos de ver que la redacción del artículo 145.2 técnicamente es defectuosa por cuanto no nos permite diferenciar entre convenios y acuerdos de cooperación. No obstante, permite subsanar esa insuficiencia mediante la remisión a los Estatutos de Autonomía de la regulación de los supuestos, requisitos y términos en que se podrán celebrar los convenios y del carácter y efectos de la comunicación a las Cortes.

En otras palabras, como subraya Santolaya, la Constitución habla de convenios para la gestión y prestación de servicios propios y de otros acuerdos de cooperación, pero hemos de empezar por constatar que "no se trata de una distinción *impuesta* por la propia Constitución, sino que ésta se limita a *abrir una posibilidad* a los propios Estatutos de las Comunidades Autónomas para la diferenciación entre 'convenios' y 'acuerdos'". ³⁰ En realidad, es tan amplio el concepto de "gestión y prestación de servicios propios" que, prácticamente, todos los acuerdos podrían, si los Estatutos así lo dispusieran, subsumirse en él, y de esta forma evitar la necesidad de autorización de las Cortes. Son, pues, los Estatutos los que tienen que establecer la distinción entre unos y otros. Distinción que, insisto, es de la máxima importancia, dado que de ella depende que la intervención de las Cortes Generales revista la forma de autorización o de mera comunicación.

Pero los Estatutos, vamos a verlo a continuación, lejos de clarificar el tema lo han complicado. Lo cual es muy grave, pues es expresión de que los redactores de los Estatutos, al igual que la mayoría de los constituyentes, eran ajenos a la importancia que revisten las relaciones de cooperación horizontal. Vamos a examinar, en primer lugar, los distintos tratamientos estatutarios iniciales de la cooperación horizontal. A continuación examinaremos la regulación establecida en aquellas Comunidades que a partir de la VIII legislatura han aprobado nuevos Estatutos de Autonomía.

En primer lugar hay que poner de manifiesto que dos Estatutos de Autonomía, el de Aragón y el de Andalucía, no desarrollan suficientemente el artículo 145 de la Constitución. El Estatuto de Aragón no contiene más que una breve referencia al tema que nos ocupa. El artículo 16 en su apartado f) establece:

"Es también competencia de las Cortes de Aragón: f) Ratificar los acuerdos y convenios de cooperación en los que la Comunidad autónoma de Aragón sea parte".

Las consecuencias de tan insuficiente regulación no pueden ser más claras. El artículo 145.2 de la Constitución diseña los "acuerdos" como una categoría residual, es decir, que son "acuerdos" todos los que no han sido definidos como "convenios" por el Estatuto. El Estatuto de Aragón, por tanto, al no definir los convenios, en la práctica, está determinando que todas las relaciones interautonómicas de Aragón deban incluirse en la categoría de "acuerdos" y, por consiguiente, requieran la autorización expresa de las Cortes Generales.

El Estatuto de Andalucía, por su parte, establece en su artículo 72.1:

"En los supuestos, condiciones y requisitos que determine el Parlamento (autonómico), la Comunidad Autónoma puede celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación conjunta de servicios propios de las mismas".

La Constitución remite al Estatuto la regulación de los convenios y éste, a su vez, atribuye tal función a una ley autonómica. Se trata, pues, de un claro ejemplo de reenvío. La remisión estatutaria podría considerarse como una infracción del artículo 145.2 por desconstitucionalizar de forma ilícita la materia. Pero parece más lógico pensar que la aprobación por las Cortes, mediante Ley Orgánica, del Estatuto, implica que aquéllas han considerado lícita tal remisión.

Señaladas las insuficiencias de los Estatutos aragonés y andaluz procede examinar el resto. Debemos averiguar qué entienden los Estatutos por "gestión y prestación de servicios propios", pues es este el único dato que la Constitución nos proporciona para distinguir entre acuerdos y convenios. En primer lugar analizaremos el significado de la expresión "gestión y prestación de servicios" y dado que

no nos proporcionará ningún criterio de distinción, buscaremos éste en el calificativo de "propios" (3.1). Después, examinaremos el alcance dado por los Estatutos al término "comunicación" (3.2), la segunda nota definitoria de los "convenios" y que los distingue de los "acuerdos", pues estos últimos no han de ser meramente comunicados sino autorizados por las Cortes Generales.

3.1. Significado y alcance de "Gestión y prestación de servicios propios"

Los Convenios pueden tener por objeto el ejercicio de determinadas competencias pero nunca su titularidad. Esto no es sino una exigencia del reiterado principio de indisponibilidad de las competencias. Tal es el sentido de la expresión "gestión y prestación de servicios": "Toda la actividad que esté atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas es susceptible de convenios de colaboración. Pero sólo en cuanto a la gestión y prestación de los servicios correspondientes, lo cual significa que estos convenios nunca pueden afectar a la titularidad de competencias, sino sólo al modo de ejercicio de las mismas (modo de gestión) o, en otras palabras, que no pueden afectar al "poder público" de que son titulares las Comunidades Autónomas. sino únicamente a las tareas y funciones que las mismas han de realizar en eiercicio del poder público que han asumido". 31 Ahora bien, es evidente que tal sentido no nos sirve como criterio diferenciador entre "convenios" y "acuerdos" puesto que también éstos últimos en cuanto sometidos al principio general de indisponibilidad de las competencias habrán de versar sobre "gestión y prestación de servicios". Es decir, las Cortes nunca podrán autorizar un acuerdo que, en sentido amplio, no signifique gestión y prestación, ya que, en caso contrario, estarían autorizando un traspaso de la titularidad de las competencias, operación para la cual como poder constituido que son no están legitimadas.

En definitiva, todas las materias que entran dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas pueden constituir objeto de un convenio interregional. Carece, por tanto, de utilidad cualquier clasificación *ratione materiae*.

^{31.} Menéndez Rexach, A., Los convenios entre Comunidades Autónomas, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 99.

El significado del adjetivo "propios" que acompaña al sintagma anteriormente comentado ha sido muy discutido.

En todo caso, lo que importa subrayar es que "propios" no tiene porque identificarse con competencias exclusivas por dos razones. En primer lugar, porque tal criterio de distinción fue expresamente rechazado durante la elaboración del artículo 145. Y, en segundo lugar, porque dado que "exclusivas", a pesar de lo que digan muchos Estatutos, son muy pocas competencias, con esta interpretación se reduce el campo de actuación cooperativa de las Comunidades Autónomas.

Al limitarse a exigir el texto constitucional que las competencias sean "propias" hay que entender por tales tanto las exclusivas como las compartidas o concurrentes. Además el mismo Tribunal Constitucional distinguió ya en su primera sentencia de 2 de febrero de 1981 entre competencias propias y exclusivas.

En realidad y como todas las interpretaciones son posibles, y válidas, habrá que estar, una vez más, a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía. Y en este sentido, las diferentes soluciones adoptadas pueden agruparse, básicamente, en dos bloques:

- a) Por un lado, los que entienden que el término "propias" se refiere siempre y en todo caso a "competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas parte en el convenio": Estatutos de Cataluña (artículo 27.1), Galicia (artículo 35.1), Asturias (artículo 21), Comunidad Valenciana (artículo 42), Castilla-La Mancha (artículo 40), Canarias (artículo 38), Extremadura (artículo 14) y Castilla-León (artículo 30).
- b) Por otro, los que establecen la posibilidad de celebrar convenios sobre "la gestión y prestación de servicios propios de su competencia": Estatutos cántabro (artículo 30), riojano (artículo 15), murciano (artículo 19), balear (artículo 17) y madrileño (artículo 14).³²

^{32.} El Estatuto Vasco y la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) dependiendo de la Comunidad con la que realicen los convenios, identifican "propios" con "exclusivos" o bien con "pertenecientes a". Así el primero de ellos establece en su artículo 22. 1 que los convenios con otras Comunidades han de versar sobre "la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas". Pero si el convenio se realiza con otro territorio histórico (convenios internos o convenios con Navarra) puede versar sobre "servicios propios correspondientes a las materias de su competencia". Similar distinción lleva a cabo la LORAFNA en los apar-

Todas estas soluciones son constitucionales. Ahora bien, adoptar una u otra tiene importantes consecuencias prácticas. Y ello porque, según se adopte una u otra interpretación, se reduce la capacidad de las Comunidades Autónomas para celebrar convenios sin necesidad de autorización de las Cortes. Esto es algo que, pese a ser bastante evidente, pasó inadvertido a los redactores de varios Estatutos. Si se entiende "propios" como sinónimo de "competencias exclusivas", todos los convenios sobre materias que no sean de competencia exclusiva, es decir, la mayoría, serán considerados "acuerdos de cooperación" y por tanto requerirán la previa autorización de las Cortes. Por el contrario una interpretación amplia del término "propios" permitirá incluir un mayor número de acuerdos interregionales en la categoría de convenios y hará innecesaria, por tanto, la autorización de las Cortes.

Se trataba, en suma, de aprovechar una remisión constitucional a los Estatutos realizada en términos tan amplios que resultaba difícil de imaginar que pudieran llegar a celebrarse acuerdos de cooperación que no encajasen dentro del tipo "convenios". Pero muchos Estatutos, incomprensiblemente, no lo entendieron así.

Las deficiencias de los Estatutos se extienden también a la delimitación del concepto de "comunicación" a las Cortes Generales.

tados primero y segundo del artículo 70, con la única diferencia de que alude a los "territorios limítrofes" y no a los históricos, concepto aquél más amplio La Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra contiene en su Titulo II, "Facultades y competencias de Navarra", un capítulo, el quinto, que bajo la rúbrica "Convenios y Acuerdos de Cooperación con las Comunidades Autónomas" dispone en su único artículo, el 70, lo siguiente: "1. Navarra podrá celebrar Convenios con las Comunidades Autónomas para le gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de su exclusiva competencia. Dichos Convenios entrarán en vigor a los treinta días de su comunicación a las Cortes Generales, salvo que éstas acuerden en dicho plazo que, por su contenido, el Convenio debe seguir el trámite previsto en el apartado tercero para los Acuerdos de Cooperación. 2. Navarra podrá celebrar Convenios con la Comunidad Autónoma del País Vasco y con las demás Comunidades Autónomas limítrofes para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a las materias de su competencia. Dichos Convenios entrarán en vigor a los veinte días de su comunicación a las Cortes Generales. 3. Previa autorización de las Cortes Generales, Navarra podrá establecer Acuerdos de Cooperación con la Comunidad Autónoma del País Vasco y con otras Comunidades Autónomas". Más adelante veremos que, como de la lectura del precepto se desprende, la distinción se refiere también al régimen de intervención de las Cortes.

3.2. La delimitación del concepto de "comunicación"

De la misma forma que el artículo 145.2 remite a los Estatutos la previsión de los "supuestos, requisitos y términos" en que las Comunidades podrán celebrar convenios para la gestión y prestación de servicios propios, dicho precepto remite también a los Estatutos la regulación del "carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales".

Los Estatutos pueden regular, por tanto, el carácter y efectos de la comunicación, pero necesariamente tienen que mantener dicho régimen de comunicación. Entendiendo por tal el acto de poner en conocimiento de otra autoridad unos determinados hechos.

La "comunicación" se puede concretar en una simple "notificación". En lo que no se puede convertir nunca es en la solicitud de una expresa autorización del Parlamento central porque ello implicaría salirnos del régimen de lo que hay que entender por comunicación.

En cualquier caso, el cumplimiento del requisito de la comunicación, como destaca Menéndez Rexach, "no afecta para nada a la validez del convenio, sino que es condición suspensiva de la eficacia, que queda demorada hasta que transcurra el plazo señalado"³³.

El tratamiento estatutario, como ocurrió en el caso de la interpretación del término "propios" resulta muy plural. Pero lo que conviene ya anticipar es que, muchos Estatutos han desnaturalizado la "comunicación" otorgando a las Cortes por medio de la misma "una auténtica facultad de decisión sobre la naturaleza del acto"³⁴.

El examen de los diferentes Estatutos de Autonomía permite agrupar estos, principalmente, en dos bloques, dado que es fácil distinguir dos tipos de "comunicación" diferentes:

^{33.} Menéndez Rexach, A., Los convenios entre..., ob. cit., p. 119.

^{34.} Santolaya Machetti, P., Descentralización..., ob. cit., p. 411.

- a) Por un lado, el Estatuto valenciano, para todo tipo de convenios, ³⁵ y los Estatutos vasco, sólo para convenios con otros territorios históricos, ³⁶ y navarro (LORAFNA), sólo para convenios con territorios limítrofes, ³⁷ se limitan a señalar un plazo para la entrada en vigor del convenio, con la finalidad de que durante ese tiempo las Cortes Generales conozcan su celebración. Solamente en estos tres supuestos estatutarios se recoge una auténtica "comunicación". Este régimen jurídico resulta el más acorde con las exigencias constitucionales.
- b) Por otro lado, todos los demás Estatutos, (salvo el de Aragón que no regula el tema), es decir, catalán,³⁸ cántabro,³⁹ canario,⁴⁰ na-

^{35.} Artículo 42. 1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma valenciana: "La Generalidad Valenciana podrá celebrar convenios de colaboración para la gestión y prestación de servicios correspondientes a materia de su exclusiva competencia, tanto con el Estado como con otras Comunidades Autónomas. Dichos acuerdos deberán ser aprobados por las Cortes Valencianas y comunicados a las Cortes Generales, entrando en vigor a los treinta días de su publicación".

^{36.} Artículo 22. 2 del Estatuto de la Comunidad Autónoma Vasca: "La Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otro Territorio Histórico foral para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a las materias de su competencia, siendo necesaria su comunicación a las Cortes Generales. A los veinte días de haberse efectuado esta comunicación, los convenios entrarán en vigor".

^{37.} Artículo 70. 2 de la LORAFNA: Transcrito en nota número 29.

^{38.} Artículo 27. 1. del Estatuto de la Comunidad Autónoma catalana: "Para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de su exclusiva competencia, la Generalidad podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas. Estos acuerdos deberán ser aprobados por el Parlamento de Cataluña y comunicados a las Cortes Generales y entrarán en vigor a los treinta días de esta comunicación, salvo que éstas acuerden en dicho plazo que, por su contenido, el convenio debe seguir el trámite previsto en el párrafo 2 de este artículo, como acuerdo de cooperación".

^{39.} Artículo 30 del Estatuto de la Comunidad Autónoma cántabra: "La Diputación Regional de Cantabria podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145. 2 de la Constitución. estos acuerdos deberán ser aprobados por la Asamblea Regional y comunicados a las Cortes, y entrarán en vigor a los treinta días de la comunicación, salvo que éstas acuerden en dicho plazo que, por su contenido, el convenio debe seguir el trámite previsto en el párrafo siguiente, como acuerdo de cooperación".

^{40.} Artículo 38. 1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma canaria: "Para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de su exclusiva competencia, la Comunidad Autónoma de Canarias podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas. Estos acuerdos deberán ser aprobados por el Parlamento Canario y comunicados a las Cortes Generales, y entrarán en vigor a los treinta días de esta comunicación, salvo que éstas acuerden, en dicho plazo, que, por su contenido, el convenio debe seguir el trámite previsto en el apartado 2 de este artículo, como acuerdo de cooperación".

varro⁴¹ (salvo la excepción contenida en el apartado anterior), balear,⁴² murciano,⁴³ vasco⁴⁴ (salvo la excepción contenida en el apartado anterior), gallego,⁴⁵ asturiano⁴⁶, castellano-manchego,⁴⁷ extremeño,⁴⁸

- 44. Artículo 22.1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma Vasca: "La Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales, o alguna de las Cámaras, manifestaran reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo 3º de este artículo" (autorización previa).
- 45. Artículo 35 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Galicia: "La Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales, o alguna de las Cámaras, manifestaran reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo siguiente" (autorización previa).
- 46. Artículo 21.1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Asturias: "El Principado de Asturias podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales, o alguna de las Cámaras, manifestaran reparos en el plazo de treinta días a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo siguiente" (autorización previa).
- 47. Artículo 40.1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha: "La Junta de Comunidades podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales, o alguna de las Cámaras, manifiestan reparos en el plazo de treinta días a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo siguiente" (autorización previa).
- 48. Artículo 14 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Extremadura: "La Comunidad Autónoma de Extremadura podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas

^{41.} Artículo 70. 1 de la LORAFNA. Transcrito en nota número 29.

^{42.} Artículo 17 del Estatuto de la Comunidad Autónoma balear: "En materia de prestación y gestión de servicios propios de la Comunidad Autónoma podrá ésta celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas. Estos acuerdos deberán ser adoptados por el Parlamento y comunicados a las Cortes Generales, y entrarán en vigor a los sesenta días de dicha comunicación, salvo que éstas en dicho plazo estimen que se trata de acuerdo de cooperación, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 145 de la Constitución".

^{43.} Artículo 19.2 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Murcia: "No obstante lo dispuesto en el número anterior, y sin más requisitos que la previa comunicación a las Cortes, la Región podrá celebrar convenios con otras Comunidades para la gestión y prestación de servicios que les son propios... En los treinta días siguientes a la recepción de la comunicación, cualquiera de las Cámaras podrá instar a que por razón de su contenido el convenio siga el trámite de autorización previsto en el artículo 145.2, segundo inciso, de la Constitución".

madrileño,⁴⁹ castellano-leonés,⁵⁰ andaluz⁵¹ y riojano,⁵² llevan a cabo una auténtica dejación en manos de las Cortes de la facultad de calificar el texto como acuerdo o como convenio.

De lo anterior podemos extraer la siguiente conclusión: constituyen una excepción los Estatutos en los que la comunicación simplemente produce una vacatio legis de la eficacia del convenio. En la inmensa mayoría de ellos el efecto que dicha comunicación produce es habilitar a las Cortes para que en caso de que "manifiesten reparos" cualquier "convenio" haya de ser tramitado como "acuerdo". En definitiva, como advierte Santolaya, "se produce en la generalidad de los casos una dejación de la titularidad estatutaria en manos de las Cortes Generales, de forma que van a ser éstas, en la práctica, las encargadas de encasillar cada uno de los supuestos concretos en uno de los dos tipos, facultad que según la Constitución correspondía a

para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales o alguna de las Cámaras manifiestan reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el requisito previsto en el apartado siguiente" (autorización previa).

- 49. Artículo 32.1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Madrid: "La Comunidad de Madrid podrá celebrar convenios de cooperación con otras Comunidades Autónomas, en especial con las limítrofes, para la gestión y prestación de servicios propios de la competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales o alguna de las Cámaras manifestaran reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el Convenio deberá seguir el trámite previsto en el apartado siguiente" (autorización previa).
- 50. Artículo 30 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Castilla-León: "La Comunidad de Castilla y León podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales, o alguna de las Cámaras, manifestaran reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo siguiente" (autorización previa).
- 51. Artículo 72.3 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Andalucía: "El Parlamento comunicará a las Cortes Generales, a través del Presidente, la celebración, en su caso, de los convenios previstos en los apartados anteriores, que entrarán en vigor a los treinta días de tal comunicación. Si las Cortes Generales o alguna de las Cámaras formularan objeciones en dicho plazo, a partir de la recepción de la comunicación, el Convenio deberá seguir el trámite previsto en el número siguiente de este artículo" (autorización previa).
- 52. Artículo 15.2 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de La Rioja: "Una vez aprobados los convenios, se comunicarán a las Cortes Generales y entrarán en vigor, a tenor de lo que en los mismos se establezca, transcurridos treinta días desde la recepción de la comunicación en las Cortes Generales, si éstas no manifestasen reparo".

228

los Estatutos, con la desventaja adicional de que los Estatutos no ofrecen un panorama mínimamente claro y coherente para la distinción entre convenios y acuerdos por razón de la materia".⁵³

Se posibilita así un control adicional de las Cortes sobre las Comunidades Autónomas no previsto en la Constitución. Atendiendo al artículo 145.2 de la Constitución es posible defender que las Cortes, en modo alguno, pueden "recalificar" el convenio. La única forma admisible de control de la constitucionalidad del convenio es la prevista en el artículo 162 de la Constitución y llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. Pero la mayor parte de los Estatutos de Autonomía, paradójicamente, no lo han entendido así.

En definitiva, no se acierta a comprender por qué ante el ejercicio cooperativo de las competencias autonómicas sea preciso establecer modalidades adicionales de control que no existen cuando las Comunidades Autónomas ejercen esas mismas competencias de forma aislada.

Los Estatutos al establecer ese control adicional de las Cortes han desnaturalizado por completo el régimen de la "comunicación", y han realizado, por tanto, una práctica unificación de los instrumentos del "convenio" y del "acuerdo". Las regulaciones estatutarias restringen las facultades de las Comunidades Autónomas de una forma difícilmente conciliable con el espíritu y con la letra del artículo 145.2. Lo que el régimen de "comunicación" de los "convenios" pretendía, a diferencia del régimen de "autorización" de los "acuerdos" era establecer un campo de actuación interregional al margen del control de las Cortes Generales. Los Estatutos de Autonomía, sin embargo, han renunciado, como hemos visto, a tal campo de actuación cooperativa autonómica.

Un último problema relacionado con el tema que nos ocupa es determinar qué ocurre cuando se celebra un convenio entre dos Comunidades que prevén distinto régimen de intervención de las Cortes. En estos casos, no parece que quepa otra solución que aplicar el régimen estatutario más restrictivo. Es decir, si una Comunidad interpreta "propio" como "exclusivo" y otra como "no ajeno" habrá que enten-

der que el convenio no es posible y que es necesario un acuerdo de cooperación. De la misma manera si una Comunidad establece un régimen de auténtica "comunicación" y otra permite a las Cortes recalificar el convenio como acuerdo habrá que entender que esto último es posible.

Este problema nos llevará a propugnar –en el último epígrafe de este trabajo– una reforma tendente a establecer una regulación homogénea de estos instrumentos en el bloque de constitucionalidad. En la medida en que la remisión a los Estatutos no puede garantizar la necesaria uniformidad, tal regulación se debería remitir a una Ley Orgánica General de Cooperación. Y para zanjar cualquier discusión dogmática sobre su legitimidad, lo más acertado resultaría la inclusión de una referencia expresa a la misma en el propio Texto constitucional.

3.3. La aprobación de los convenios y acuerdos de cooperación

La competencia para aprobar los convenios y acuerdos interregionales es una cuestión de organización interna de cada Comunidad Autónoma. La cuestión de la aprobación definitiva del convenio por el órgano de gobierno o por la asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma depende por completo de la regulación estatutaria del tema, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 145.2.

En un examen del tratamiento estatutario de la materia, lo primero que llama la atención es que los Estatutos de Galicia, de Extremadura, y del País Vasco no contienen regla alguna al respecto. Tampoco el Estatuto de Andalucía, si bien este último afirma, en su artículo 72, que tal regulación se hará mediante ley del Parlamento andaluz. El resto de las regulaciones puede clasificarse en 3 bloques:

- a) La intervención más intensa de la asamblea legislativa en este tema es la contenida en el artículo 17 del Estatuto de la Rioja. Corresponde al Parlamento no sólo aprobar sino también autorizar al gobierno regional la realización de cualquier convenio o acuerdo.
- b) Por otro lado, los Estatutos de Cataluña (artículo 27), Cantabria (artículo 9.1.d), Comunidad Valenciana (artículo 42), Castilla-La Man-

cha (artículo 9.2), Canarias (artículo 38) y Baleares (artículo 17), establecen simplemente que sus respectivos Parlamentos aprueban los convenios y acuerdos. Junto a éstos, los Estatutos de Aragón (artículo 16f), Madrid (artículo 14, párrafos 13 y 14), y Castila-León (artículo 14, párrafos 13 y 14) atribuyen al Parlamento la facultad de "ratificar" los convenios y acuerdos.⁵⁴

c) Finalmente, fórmula diferente es la contenida en los Estatutos de Asturias (artículo 24.7), Murcia (artículo 23.7) y Navarra (artículo 26b, en relación exclusivamente con los convenios, no con los acuerdos, aunque el Reglamento del Parlamento Foral ha unificado el régimen de ambos). En ellos se establece, con carácter general, la necesidad de una autorización previa por parte de las Asambleas legislativas autonómicas, para la celebración de acuerdos y convenios. Pero nada se dice en ellos sobre a quién compete su aprobación.

El examen de la regulación de la aprobación de los instrumentos cooperativos en los distintos Estatutos de Autonomía, nos pone de manifiesto, que la gran mayoría de ellos (vasco, catalán, gallego, asturiano, cántabro, murciano, castellano-leonés, castellano-manchego, canario, balear, extremeño, madrileño, ceutí y melillense) aborda el tema no como si se tratase de una forma de ejercicio de sus propias competencias, sino como si se tratase de una competencia sustantiva propia que necesita de una específica regulación.

El hecho de haber adoptado este enfoque material de la cooperación (como si elaborar convenios fuera una competencia sustantiva), y no uno meramente formal, ha determinado una extraordinaria complicación del tema. Se podría sencillamente haber prescindido de la regulación de la "aprobación" de los convenios pues la lógica del sistema hubiera atribuido por sí misma dicha com-

^{54.} Hay que dejar constancia de que jurídicamente hablando "aprobación" y "ratificación" no son términos equivalentes. La "aprobación" supone que el proyecto de convenio o de acuerdo es tramitado como un proyecto de Ley ordinario proveniente del gobierno autónomo, que en su regulación dependerá de los Reglamentos de las respectivas asambleas legislativas, pero que, en cualquier caso, ha de incluir la posibilidad de enmendar el proyecto. Esa posibilidad de enmienda no cabe en la "ratificación", término procedente del ámbito del Derecho Internacional Público. Sin embargo, en la práctica hay que entender que la facultad de enmendar los proyectos de convenio o acuerdo está limitada. La introducción de cualquier modificación unilateral en el mismo, implicaría, de hecho, como veremos, el rechazo del acuerdo o convenio.

petencia: allí donde el ejercicio aislado de la competencia corresponde al gobierno, aprobación gubernamental, allí donde el ejercicio individual de la competencia corresponde al parlamento, aprobación parlamentaria. Este criterio sigue siendo perfectamente válido como criterio de interpretación y supletorio de las regulaciones estatutarias.

En cualquier caso, el resultado del referido enfogue, ha sido un extraordinario reforzamiento de las posiciones de los Parlamentos autónomos en la materia. Este control parlamentario que, inicialmente, es un dato a favor del carácter democrático del sistema, presenta, sin embargo, una dimensión no tan positiva, en cuanto que introduce unas dosis de rigidez incompatibles con la agilidad requerida por este tipo de instrumentos. En este sentido, la doctrina ha subrayado que los convenios han de ser necesariamente instrumentos ágiles en su actuación por las propias necesidades que los mismos tratan de satisfacer. Desde esta óptica, es evidente que algunos Estatutos han llevado demasiado lejos los requisitos del control parlamentario. El resultado de todo ello ha sido una muy escasa utilización del artículo 145. La rigidez del procedimiento de aprobación de los convenios, unida al doble deseo de los Gobiernos Autonómicos de evitar la intervención parlamentaria en la materia y el control de los órganos centrales del Estado ha frenado el desarrollo de las relaciones interautonómicas y las ha trasladado, en palabras de Albertí, "del ámbito de las relaciones públicas juridificadas y formalizadas hacia el de las relaciones informales y no institucionalizadas, mucho más confusas y opacas al control democrático"55. En suma, la cooperación horizontal se ha canalizado a través de mecanismos distintos a los previstos en el artículo 145.2 de la Constitución, fundamentalmente mediante consultas o acuerdos informales entre los Gobiernos o las Administraciones respectivas.

3.4. Eficacia jurídica de los convenios y acuerdos

Debemos abordar ahora otro tema problemático. Se trata de analizar si existen convenios o acuerdos normativos en sentido estric-

^{55.} Albertí Rovira, E., "Relaciones entre las administraciones públicas" en *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común* (Leguina, J. y Sanáchez, M. dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, p. 50.

to, es decir, si de los propios actos de cooperación pueden surgir normas jurídicas. La doctrina ha rechazado tal posibilidad.⁵⁶

Santolaya sostiene al respecto que los convenios no pueden, en ningún caso, ser considerados como fuentes autónomas del Derecho. "Otorgarles tal característica –afirma el autor citado– supondría la admisión de un tercer nivel dotado de autonomía legislativa interpuesto entre las Comunidades Autónomas aisladamente consideradas y el Estado Central, que va contra el sistema mismo de reparto de competencias del Texto Constitucional". Por tanto, no es correcto hablar de normas jurídicas surgidas mediante convenios o acuerdos de cooperación, porque en todo caso es necesario incorporar el contenido de los mismos a instrumentos dispositivos propios del sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas.

Lo anterior nos exige plantearnos cuál es la eficacia jurídica de los convenios y acuerdos de cooperación.

Con respecto a terceros podemos afirmar que el contenido de los acuerdos carece de cualquier virtualidad para vincular sus conductas. El contenido de los acuerdos no es eficaz respecto a terceros hasta que no se incorpore a una norma autonómica.

Con respecto a las partes firmantes el único efecto jurídico del convenio o acuerdo vendría determinado por el principio de buena fe. Las partes quedan obligadas a hacer todo lo que esté en sus manos para convertir el contenido del acuerdo en norma. Si dicha facultad corresponde al gobierno autonómico que ha adoptado el convenio la conversión será inmediata. Por el contrario, si corresponde al Parlamento de la Comunidad Autónoma, la obligación del gobierno se cifra en solicitar de aquél el voto afirmativo para la referida conversión.

Ahora bien, en este último supuesto, la operación de "conversión" consistente en dar cobertura jurídica al contenido del convenio o acuerdo, nos pone de manifiesto que, con independencia de lo que establezcan los Estatutos de Autonomía, nos encontramos más ante una "ratificación" de un texto que ante una "aprobación" del mismo.

^{56.} Santolaya Machetti, P., *Descentralización...*, ob. cit., p. 448. Menéndez Rexach, A., *Los convenios entre...*, ob. cit., p. 114. La admite, por el contrario, Rodríguez-Zapata y Pérez, J., "Comentario al...", ob. cit., pp. 81 y ss.

Y ello, porque el Parlamento sólo puede rechazar o aprobar en bloque el proyecto del gobierno. En caso contrario, es decir, si admitiéramos la posibilidad de enmendar el texto, estaríamos impidiendo que este produjera efecto jurídico alguno. Requisito de la eficacia de los convenios o acuerdos es la creación de dos o más normas regionales absolutamente paralelas por lo que en el momento en que una Comunidad enmienda el texto, dicho paralelismo desaparece, lo que provoca la ineficacia del convenio o acuerdo.

En los supuestos de "acuerdos" autorizados por las Cortes, lo anterior resulta aun más evidente. En estos casos, la autorización de las Cortes Generales, requisito de validez del acuerdo, se presta a un proyecto de acuerdo con un contenido concreto. Dicha autorización sólo vale a condición de que se mantenga lo acordado. El Parlamento de la Comunidad Autónoma puede aprobar o no el texto pero, en modo alguno, puede modificarlo puesto que tal modificación convertiría en inoperante la autorización de las Cortes para su celebración.

En relación con los convenios, aunque éstos no requieran la autorización de las Cortes, también hay que admitir que cualquier modificación del proyecto haría inoperante el convenio. Puesto que quebraría el paralelismo normativo que da eficacia al convenio.

Todo lo dicho hasta ahora determina que la vida de los convenios y acuerdos no esté exenta de graves tensiones motivadas por su peculiar e híbrida naturaleza: normas autonómicas, por una parte, y que como tales podrían ser derogadas por normas posteriores; normas que formalizan un pacto previo, pacto que por el principio pacta sunt servanda ha de ser respetado y no es susceptible de modificación unilateral. Vamos a referirnos, brevemente, a continuación, a algunos de estos problemas.

A) Entrada en vigor

La entrada en vigor se debe producir necesariamente en la misma fecha para todas las Comunidades parte en el convenio o acuerdo. Lo más conveniente es que sea el propio instrumento cooperativo el que disponga sobre el tema. Sin embargo los Estatutos han optado por fijar un plazo para dicha entrada en vigor, generalmente de treinta días a partir de la comunicación a las Cortes.

234

Por de pronto esto plantea el problema de qué ocurre cuando la regulación estatutaria del tema no es coincidente. En estos casos habrá que estar al plazo más amplio. Y ello porque los problemas que plantea adelantar la entrada en vigor para la Comunidad que prevé un plazo más largo, son siempre mayores que los que ocasiona retrasar dicha entrada a la Comunidad que dispone de un plazo menor.

En otros casos, puede ocurrir que el convenio o acuerdo, por su concreto contenido, no pueda entrar en vigor en el plazo señalado estatutariamente. Entonces habrá que estar, obviamente, a lo que el propio instrumento cooperativo disponga.

B) Interpretación

El tema no es objeto de una regulación específica. Sería interesante que los propios convenios contuvieran normas de interpretación e incluso que establecieran la utilización del sistema de comisiones mixtas para solventar las posibles diferencias que de la misma pudieran surgir.

C) Posibilidad de modificación y derogación unilateral

La doctrina discute si los convenios o acuerdos pueden o no ser modificados o derogados unilateralmente. La respuesta a este interrogante depende de la posición que se adopte respecto a la naturaleza de los convenios o acuerdos. En este sentido, y por lo que hemos dicho hasta ahora, resultaría incoherente rechazar la posibilidad de derogar unilateralmente el convenio. La consideración de que el convenio no tiene efectos jurídicos hasta que se formaliza mediante las respectivas normas autonómicas unilaterales implica que, mediante posteriores normas autonómicas, igualmente unilaterales, cabe derogar el convenio.

Frente a esto se alude al criterio de elaboración de la norma que formaliza el convenio y se dice que dado que la norma tiene origen en un pacto, por esa especialidad procedimental en cuanto a su elaboración, no puede ser modificada unilateralmente. La ley autonómica que formalice un convenio sería una ley-pacto que solo mediante otro pacto podría ser modificada o derogada.

235

Esta tesis es totalmente inaceptable. Ante todo porque la categoría de "ley paccionada" es una contradicción en los términos. O es ley o es pacto. Toda ley es, por su propia naturaleza, unilateral, y ello con independencia de como haya sido elaborada.⁵⁷

Pero por si esto no fuera suficiente, en el tema concreto que nos ocupa, la tesis "pactista" no puede ser aceptada porque atenta contra lo que podemos considerar límite fundamental de la cooperación horizontal: el principio de indisponibilidad competencial. Las competencias cuyo ejercicio se conviene común, deben poder, en cualquier momento, ejercerse individualmente, si las Comunidades interesadas así lo prefieren. El que una Comunidad Autónoma regule en un momento determinado el ejercicio de una competencia que le pertenece, mediante una norma que plasma el contenido de un acuerdo, no puede suponer que en el futuro lo tenga que hacer siempre así; esto supondría una limitación inadmisible sobre el uso de sus propias competencias.⁵⁸

La derogación unilateral de un convenio o acuerdo resulta, por tanto, posible. Y respecto a la posibilidad de introducir modificaciones unilaterales en el convenio o acuerdo hay que decir que los efectos de cualquier modificación, no concertada, son la derogación del acuerdo, por desaparición de un requisito fundamental de su vigencia: el paralelismo entre una o varias normas autonómicas.

Establecido lo anterior hay que reconocer que nada impide, antes bien, resultaría muy conveniente, prever un sistema de garantías

^{57.} Sostener lo contrario implicaría consecuencias absurdas de gran calibre. Imaginemos que el Gobierno de la Nación pacta con los sindicatos un proyecto de ley de huelga, dicho proyecto se presenta ante las Cortes y éstas lo aprueban. ¿Es imaginable concebir que dado que dicha ley, como tantas otras hoy en día, formaliza un pacto previo, sólo mediante un pacto posterior pueda ser modificada o derogada? Evidentemente, no. Que una norma con rango de ley tenga su origen en un pacto no significa en modo alguno que tenga naturaleza paccionada y no unilateral como es de esencia a la misma. Bajo la tesis contraria subyace una peligrosa confusión entre el contenido y la forma de un instrumento dispositivo.

^{58.} Santolaya Machetti, P., Descentralización..., ob. cit., p. 455. Menéndez Rexach se opone a esta argumentación alegando que, por la misma razón, "las Cortes Generales podrían, por Ley Orgánica, modificar un Estatuto". Menéndez Rexach, A., Los convenios entre..., ob. cit., p. 140. A esto cabe replicar que, en principio sí, por la misma razón tal cosa sería posible. Ahora bien, no lo es por imperativo constitucional. Es decir, si las Cortes no pueden modificar los Estatutos es porque la Constitución en su artículo 147.3 establece que "la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos".

para el cumplimiento de los instrumentos cooperativos mediante el establecimiento de algún régimen de "sanciones" contra las Comunidades que no cumplan sus compromisos adquiridos.

4. La cooperación horizontal en los nuevos Estatutos de Autonomía

Como hemos visto, la regulación de los convenios de cooperación es manifiestamente mejorable. En este sentido, en una Jornada de Estudio celebrada en el CEPC y dedicada al análisis de las relaciones intergubernamentales en el contexto de las reformas territoriales de la VIII Legislatura, M. J. García Morales, una de las más lúcidas estudiosas del tema que nos ocupa sostuvo lo siguiente: "Dado que la regulación de los convenios entre CC.AA., por remisión del artículo 145.2 CE corresponde a los Estatutos, estos pueden mejorar la calidad técnica del régimen de los convenios, en particular, eliminando requisitos gravosos que, en lugar de agilizar esta forma de colaboración, la han desincentivado. () El proceso de reformas estatutarias es una buena ocasión para replantear la actual intervención de los parlamentos autonómicos en la celebración de convenios horizontales".⁵⁹

Lamentablemente, la ocasión ha sido prácticamente desperdiciada. Así la misma autora, una vez concluidas las reformas de la VIII Legislatura que dieron lugar a seis nuevos Estatutos de Autonomía, ha escrito que la regulación de la cooperación horizontal "ha sido en la mayoría de los casos, un reto jurídico secundario en los nuevos Estatutos sobre el que se podía haber hecho mucho más".⁶⁰

Un examen de las disposiciones de los nuevos Estatutos relativas a nuestro tema confirma que el legislador estatuyente, salvo meritorias y puntuales excepciones, no prestó la atención debida al mismo.

A) Comunidad Valenciana. El artículo 59 del nuevo Estatuto regula los convenios de colaboración en los mismos términos que lo

^{59.} García Morales, M. J., Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico (García Morales, M. J., Montilla, J. A., Arbos, X.), Madrid, CEPC, 2006, pp. 43-44.

^{60.} García Morales, M. J., "Presentación" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19, Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009,p. 16.

hacía el Estatuto de 1982 en su artículo 42. Así, sigue circunscribiendo el ámbito material sobre el que pueden celebrarse convenios a las materias sobre las que la Comunidad tenga competencia exclusiva. Y exige que los convenios sean aprobados por las Cortes Valencianas por mayoría absoluta. Por ello la reforma estatutaria ha sido calificada con meridiana claridad y acierto pleno como "una ocasión perdida". 61 La intervención de las Cortes Valencianas sólo se justifica cuando la eficacia del convenio exija la aprobación de una norma legal, y la vinculación de los convenios al ejercicio de competencias exclusivas de la Comunidad determina que muchas materias pasan a la órbita de los acuerdos, esto es al instrumento que en todo caso requiere autorización de Cortes Generales.

B) Cataluña. El nuevo Estatuto dedica el artículo 178 a la regulación de los convenios y acuerdos de cooperación con otras CC. AA. En primer lugar, precisa algunos contenidos de los convenios de cooperación: creación de órganos mixtos, establecimiento de proyectos, planes y programas conjuntos. En segundo lugar y esto merece un juicio positivo, se regula la intervención parlamentaria de la siguiente forma: "La suscripción de los convenios y acuerdos sólo requiere la aprobación previa del Parlamento en los casos en que afecten a las facultades legislativas. En los demás casos, el Gobierno debe informar al Parlamento de la suscripción en el plazo de un mes a contar desde el día de la firma". Se agiliza así el procedimiento de suscripción de este tipo de instrumentos. En tercer lugar, y esto va no resulta positivo, mantiene la facultad de recalificación del convenio por parte de las Cortes Generales: "Los convenios de colaboración suscritos por la Generalidad con otras Comunidades Autónomas deben ser comunicados a las Cortes Generales y su vigencia empieza sesenta días después de esta comunicación, salvo que las Cortes Generales decidan que deben calificarse como acuerdos de cooperación que requieren la autorización previa a que se refiere el artículo 145.2 CE". En definitiva, el Estatuto de Cataluña corrige uno de los problemas apuntados, el relativo a la intervención parlamentaria autonómica, pero, incomprensiblemente, no elimina esa facultad recalificatoria de las Cortes que la Constitución, como vimos, en modo alguno impone.

^{61.} Ridaura Martínez, M. J., "Comunidad Valenciana" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19, Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía..., ob. cit., p. 45.

C) Islas Baleares. Los convenios y acuerdos de cooperación están regulados en el artículo 118 del nuevo Estatuto. En relación con el artículo 17 del Estatuto inicial, introduce dos novedades. Desde las premisas de este estudio, una merece un juicio positivo mientras que la otra no. La primera novedad es la supresión de la intervención del Parlamento de las Islas Baleares en el procedimiento. Es evidente que esto contribuirá a agilizarlo, y en todo caso, cuando el contenido del acuerdo exija su traducción en norma legal, la intervención del Parlamento seguirá siendo obligada. Lo que la supresión determina es que el Parlamento no deberá ya pronunciarse en aquellos casos en que la eficacia del convenio solo requiere la aprobación de normas reglamentarias. La segunda novedad consiste en que, manteniéndose la facultad recalificatoria de las Cortes, se eleva a sesenta días el plazo para la entrada en vigor tras su comunicación a las Cortes. Compartimos por ello el juicio formulado por Calafell: "El aumento del plazo beneficia a las Cortes, pero en nada favorece a las CC. AA. Por una parte, la modificación conlleva dilatar aun más la entrada en vigor de los convenios () Por otra, el incremento del plazo produce el efecto paradójico de posibilitar que las Cortes dispongan de más tiempo para oponer reparos a un convenio () La reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears debería haber eliminado esta facultad de las Cortes Generales. No ha sido así y, en cambio, se ha optado por reforzar las atribuciones de control de las Cortes Generales lo que obviamente merece una valoración negativa".62

D) Andalucía. Como ha subrayado Carmona, "la voluntad expresa de mantener 'en términos generales la actual redacción de los preceptos que se refieren a esta materia –esto es, las relaciones con otras CC.AA.– en el actual Estatuto de Autonomía' contenida en el Informe de la Ponencia sobre la reforma del Estatuto ha sido objeto de un respeto más que escrupuloso". ⁶³ Por ello nada de extraño tiene que, a pesar de las deficiencias del artículo 72 del Estatuto inicial, el nuevo Estatuto se limite a reproducir las previsiones de aquel. En primer lugar, el Estatuto continua remitiendo la regulación del tema a una

^{62.} Calafell Ferra, V. J., "Islas Baleares" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número monográfico, 19, *Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía...*, ob. cit., p. 136.

^{63.} Carmona Contreras, A. M., "Andalucía" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número monográfico, 19, *Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía...*, ob. cit., p. 192. Informe de la Ponencia aprobado el 21 de junio de 2005.

Ley del Parlamento. En segunda lugar, mantiene expresamente en el art. 226.2 la facultad de recalificación de las Cortes. La única novedad consiste en la previsión contenida en el artículo 226.1 *in fine*, según la cual corresponde al Parlamento autonómico la facultad de "control y seguimiento" de los convenios. En relación con ella, coincidimos con Carmona en que "al indudable valor que esta actividad presenta desde la perspectiva del control democrático de la actividad gubernamental debe contraponerse el efecto de ralentización y disminución de agilidad que con ella se proyecta sobre la actividad de colaboración intergubernamental".⁶⁴

E) Aragón. El artículo 91 del Estatuto de Aragón incluye modificaciones de interés. En primer lugar, atribuye al Gobierno autonómico la facultad de celebrar convenios. Por ello no es necesaria ya la autorización de las Cortes de Aragón, basta la mera comunicación a las mismas del convenio en cuestión. En segundo lugar, por lo que se refiere a los efectos de la comunicación a las Cortes, el Estatuto señala que se comunicarán en el plazo de un mes, pero, a diferencia de otros, no limita su eficacia a ningún plazo por lo que debemos entender que surten efectos desde su firma. Finalmente, el nuevo Estatuto remite a una ley de las Cortes de Aragón, la regulación del régimen jurídico de los acuerdos. Podemos por ello concluir con de Pedro Bonet que "se ha avanzado en la flexibilización de las relaciones de colaboración () y en la importancia que se les da a estas relaciones, lo cual es un avance importante".65

F) Castilla y León. El nuevo Estatuto castellano-leonés incorpora a su articulado un capítulo específico, el Capítulo I del Título IV, dedicado a las relaciones de la Comunidad Autónoma, con el Estado y con

^{64.} Carmona Contreras, A. M., "Andalucía" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número monográfico, 19, *Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía...*, ob. cit., p. 193.

^{65.} De Pedro Bonet, X., "Aragón" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19, Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía..., ob. cit., p. 229. Ahora bien, como el propio autor reconoce ese avance será inviable en la medida en que el resto de los Estatutos no introduzcan similar flexibilización. Obsérvese que sólo Cataluña y Baleares han suprimido la autorización requerida, con carácter general, del Parlamento autonómico y que la mayoría de los Estatutos consagra un plazo que puede llegar hasta los sesenta días durante los cuales las Cortes pueden recalificar el convenio. Esto es lo que a mi juicio, y como expondré después, hace necesario el establecimiento de una regulación homogénea que evite esas disfuncionalidades.

las demás Comunidades. La regulación inicial de los convenios y acuerdos de cooperación figuraba en términos muy desafortunados en el artículo 30 del Estatuto inicial, que por un lado circunscribía el ámbito de los convenios a las materias de competencia exclusiva de la Comunidad, y por otro, atribuía a las Cortes una facultad de recalificación. El artículo fue reformado mediante la LO 4/1999, y convertido en artículo 38. La reforma lo empeoró notablemente en la medida en que mantuvo los dos errores señalados e incluyó la exigencia de que todos los convenios debían ser aprobados por las Cortes de Castilla y León. El nuevo Estatuto regula el tema en el artículo 60. Incomprensiblemente mantiene la exigencia de aprobación por las Cortes autonómicas en todo caso y la facultad de recalificación de las Cortes Generales. La única novedad que merece una valoración positiva es la ampliación del ámbito material de los convenios a la gestión y prestación de servicios de competencia de la Comunidad, suprimiendo el término "exclusiva".

G) Conclusiones. El análisis precedente de la regulación de los convenios de cooperación contenida en los seis nuevos Estatutos de Autonomía nos permite extraer tres conclusiones parciales y una global. La primera conclusión parcial es que por lo que se refiere a la aprobación de los convenios, mientras que Cataluña, Baleares y Aragón, han flexibilizado el procedimiento al no exigir la aprobación por las asambleas autonómicas, Valencia, Andalucía y Castilla-León mantienen ese requisito. La segunda es que, la mayoría de los Estatutos (Andalucía, Cataluña, Baleares y Castilla-León), siguen otorgando a las Cortes Generales una facultad de recalificación de los convenios que no viene exigida, en modo alguno, por la Constitución. Finalmente, y esto resulta asombroso, que alguno de los nuevos Estatutos (Valencia) siguen limitando el ámbito de los convenios a las materias que son de competencia exclusiva de la Comunidad. Estas tres conclusiones parciales nos llevan a formular un juicio general negativo sobre las reformas analizadas en la medida en que no resuelven los problemas que anteriormente hemos expuesto. Como ha concluido García Morales, una de las más cualificadas expertas en este tema, "las reformas estatutarias podían haber hecho mucho más en materia de convenios entre Comunidades".66

^{66.} García Morales, M. J., "Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19, Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía..., ob. cit., p 379. Este trabajo recoge una síntesis muy valiosa del estado de la cuestión.

5. La reforma constitucional necesaria para la consolidación del Estado Autonómico como Estado Federal cooperativo

El excesivo bilateralismo en la construcción del Estado Autonómico, la escasa participación de las CC.AA. en las decisiones del Estado que les afectan principalmente a ellas (como la política europea), la excesiva conflictividad territorial, y la práctica ausencia de cooperación horizontal, constituyen aspectos de nuestro modelo de Estado susceptibles de ser mejorados.

En las páginas precedentes, he pretendido poner de manifiesto, con mejor o peor fortuna, algunas de las causas que explican esta última deficiencia: la práctica ausencia de cooperación intergubernamental horizontal. Pero las causas son más profundas.

Las Conferencias Sectoriales –sin duda alguna, la institución más representativa de lo que hemos denominado federalismo co-operativo– han sido configuradas –exclusivamente– como órganos de cooperación vertical.⁶⁷ Ello es lógico en la medida en que su creación y regulación es obra del legislador estatal. Sin embargo, resulta sorprendente la falta de iniciativa de las Comunidades Autónomas para establecer cauces de cooperación horizontal mediante la creación por convenios entre ellas de Conferencias de Consejeros.

Y esta falta de iniciativa resulta todavía más sorprendente si tenemos en cuenta que en el Estado Autonómico proliferan estas formas de cooperación institucional horizontal. Desde la FEMP hasta las reuniones de los distintos servicios de atención de emergencias, pasando por conferencias de Parlamentos Autonómicos, de Tribunales de Cuentas Autonómicos o de Defensores del Pueblo de ámbito igualmente autonómico. Es decir, la cooperación horizontal en cuanto responde a una necesidad objetiva del sistema ha surgido en todos los ámbitos imaginables excepto en el de los Gobiernos Autonómicos. Las Conferencias Sectoriales no colman esta carencia puesto que su objeto es únicamente discutir conflictos entre el Estado y las Comunidades o permitir la participación de estas en asuntos estatales, pero no desarrollar proyectos de cooperación horizon-

^{67.} Entre los estudios recientes sobre estos órganos cabe destacar, Duque Villanueva, J. C., "Las Conferencias Sectoriales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007.

tal (que en determinados ámbitos podrían evitar la intervención estatal).

En este sentido es obligado subrayar, en la medida en que inexplicablemente es un tema que no está en la agenda del debate actual sobre el desarrollo del Estado Autonómico, que la cooperación entre las Comunidades Autónomas "está llamada a ser uno de los grandes ejes de su desarrollo y, en cierto modo, la prueba que deben pasar para acreditar su madurez organizativa". 68 Lamentablemente, transcurridos treinta años desde la puesta en marcha del sistema, dicha prueba de madurez dista mucho todavía de haber sido superada. Y es que, como han advertido los profesores Bocanegra y Huergo, "la cooperación, que a la vez que incrementa el nivel de autogobierno de las Comunidades Autónomas las somete a un sutil pero significativo control mutuo (al obligar a las Comunidades a informar de sus prácticas y abrirse a la comparación, control del que se benefician los ciudadanos) dispone de múltiples técnicas, no sólo orgánicas, sino también funcionales, de las que hasta ahora se ha hecho un uso insignificante".

5.1. Significado y alcance de la necesaria reforma del Título VIII CE

Todo lo anterior nos pone de manifiesto que el principio de cooperación requiere un nuevo impulso. Así, en uno de los mejores estudios que sobre las reformas territoriales se ha escrito, el profesor Luis Ortega ha planteado con acierto la necesidad de superar el actual título VIII de la Constitución: "Debemos pasar de un Título VIII de creación del modelo a un Título VIII de funcionamiento del modelo".⁶⁹ En ese nuevo Título debe ocupar un lugar central el principio de cooperación, y ello porque el funcionamiento eficaz del Estado sólo podrá lograrse en la medida en que se articulen mecanismos y procedimientos que canalicen la cooperación entre las distintas instancias territoriales del poder, y en que exista una voluntad real de cooperación entre ellas.

^{68.} Bocanegra, R., y Huergo, A., *La Conferencia de Presidentes*, ob. cit., p. 114. En el mismo sentido, los numerosos y fecundos trabajos de los profesores Enoch Albertí o María Jesús García Morales ya citados.

^{69.} Ortega, L., Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria, Madrid, Civitas, 2005, p. 49.

La consolidación y perfeccionamiento de nuestro Estado Autonómico exige llevar a cabo unas reformas tendentes a su modernización: "Una de las claves de esta modernización exigida y que lentamente se va implantando –escribe el ilustre Catedrático de Derecho Administrativo citado– es la perspectiva de un resultado conjunto de la actuación de todas las instancias políticas implicadas en un asunto. El resultado social de las políticas públicas en un modelo descentralizado es siempre producto de una actuación plural. Por ello la nueva reforma debe incidir esencialmente, no tanto en el volumen competencial, sino en las formas de este ejercicio competencial. Se deben trasladar a la Constitución los principios de una actuación cooperativa y solidaria".⁷⁰

Desde esta perspectiva, que comparto plenamente, la reforma territorial necesaria (constitucional y estatutaria) debería tener por objeto, fundamentalmente, no tanto reabrir el tema relativo al reparto del poder mediante un incremento de las competencias de los poderes territoriales en detrimento de las de los poderes centrales (lo que se ha hecho durante la VIII legislatura), sino el desarrollo del principio constitucional de cooperación, esto es, la creación y perfeccionamiento de instrumentos y procedimientos que sirvan de cauce de relaciones cooperativas entre las distintas instancias territoriales de poder. Dicho más brevemente, el debate no debería centrarse sólo en la asunción de nuevas competencias, sino también, y principalmente, en la forma de ejercer mejor las competencias que ya se tienen.

El Consejo de Estado en su meritorio Informe sobre la reforma de la Constitución se ha hecho eco de estos planteamientos. En concreto, el Consejo ha advertido que la efectividad del principio constitucional de solidaridad, auténtico fundamento del principio de cooperación,⁷¹ requiere precisar en la Constitución las obligaciones que de él se desprenden: "Con independencia del contenido específico que en las distintas ramas del ordenamiento se le atribuye, este término (solidaridad) –señala el Consejo de Estado– no se utiliza en el lenguaje jurídico para designar sentimientos subjetivos, individua-

^{70.} Ortega, L., Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria..., ob. cit., pp. 49 y 50.

^{71.} Sobre el significado y alcance del principio de solidaridad como fundamento del federalismo cooperativo, remito al lector a mi trabajo, Tajadura, J., "El principio de solidaridad en el Estado Autonómico" en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 32, 2007, pp. 69-102.

les o colectivos, sino un principio objetivo del que dimanan deberes concretos, cuya observancia puede ser exigida y asegurada con los medios que el Derecho ofrece". De su consideración como "principio objetivo" generador de "deberes concretos" el alto órgano consultivo deduce "la necesidad de que, cuando menos, se determine, con alguna precisión quiénes son los obligados por él, qué poder o autoridad está facultado para definir los deberes que de él dimanan, y, eventualmente, cuáles son las consecuencias que origina su infracción".⁷²

La conclusión que de todo ello extrae el Consejo de Estado en su riguroso y bien fundamentado Informe es clara y contundente: "... para asentar más claramente las funciones que al Estado, personificado en la Administración General, le corresponden en relación, no con las 'diversas partes del territorio español', sino con las Comunidades Autónomas, así como las limitaciones que a éstas impone el deber de solidaridad recíproca, parece conveniente revisar el tratamiento que la Constitución hace de este principio básico, modificando en cuanto sea preciso los correspondientes preceptos".⁷³

Esa reforma constitucional habilitaría para una mejor articulación jurídica de instrumentos cooperativos como el que nos ocupa. Sin un diseño constitucional adecuado de un modelo federal cooperativo, cabe prever graves problemas en el funcionamiento del Estado Autonómico.⁷⁴ Y ello porque sin el recurso al principio de cooperación ningún Estado compuesto resulta viable.

^{72.} Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos, Madrid, Consejo de Estado-CEPC, 2006, p. 158. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado advierte, acertadamente, que la Constitución no da respuesta satisfactoria a esos interrogantes: "Pese al lugar central que el principio de solidaridad tiene en nuestro sistema de distribución territorial del poder (...) las referencias que a él se hacen en la Constitución están lejos de satisfacer esa necesidad de determinar su ámbito y su contenido. No solo porque en algunas de ellas no hay alusión alguna ni a lo uno ni a lo otro, ni siquiera mediante el empleo de los conceptos generales y abiertos que son propios de los enunciados constitucionales, sino también porque los obligados por la solidaridad que ocasionalmente se mencionan no son siempre los mismos, ni es el mismo el deber que la solidaridad les impone".

^{73.} Informe del Consejo de Estado sobre..., ob. cit., p. 160.

^{74.} Sobre el significado y alcance globales de esa reforma remito al lector a mis trabajos, Tajadura, J., "La constitucionalización del mapa autonómico: una reforma necesaria pero insuficiente" en *La Reforma Constitucional* (Tajadura, J. y Roura, S. dirs.), Madrid, Biblioteca Nueva, 2005; Tajadura, J., "Reformas territoriales y Estado Social" en *Sistema*, núm. 196, 2007.

5.2. La reforma de la cooperación horizontal en el bloque de la constitucionalidad

A) La principal conclusión que cabe extraer de las páginas precedentes es que, debido a la regulación de la cooperación horizontal por parte de los Estatutos de Autonomía a los que la Constitución se remite, el sistema de convenios interautonómicos reviste una rigidez que lo convierte en muy poco operativo. Como advierte Albertí: "La cooperación horizontal, en efecto, está expresamente prevista por la Norma Fundamental () Pero el régimen previsto, que incluye el control del Senado, en términos muy difusos, y su formalización a través de convenios en los que los distintos Estatutos generalmente han incluido la participación de los Parlamentos de sus respectivas Comunidades Autónomas, adolece de una excesiva rigidez y formalismo, que suponen un freno considerable a la hora de decidir transitar por este camino".⁷⁵

La doctrina es, por tanto, prácticamente unánime en reconocer que la regulación actual de la cooperación horizontal dificulta la utilización de los convenios y acuerdos como medio para impulsar y consolidar en España un Estado autonómico cooperativo.

Esta insuficiente y deficiente regulación constitucional se debió a razones políticas. El fantasma de los "Países Catalanes" recorrió las Cortes Constituyentes y a punto estuvieron de establecer la necesidad de autorización por Ley Orgánica de cualquier convenio interautonómico. La fórmula final pudo haber determinado una solución flexible, pero, y esto es lo que resulta más sorprendente, los Estatutos –tanto los iniciales, como los nuevos aprobados durante la VIII Legislatura–redujeron el margen de actuación de las respectivas Comunidades ampliando las posibilidades de control de las Cortes e introdujeron, en general, mayores rigideces en el sistema.

A nuestro juicio, resulta evidente que la eliminación de aquellos elementos que dotan al sistema de tan excesiva rigidez, o en otras palabras, la flexibilización de nuestro modelo de cooperación horizontal, resultan imprescindibles para impulsar unas relaciones interautonómicas ágiles y fluidas, que puedan hacer frente a los retos del Estado del siglo xxI.

Nuestra primera y principal conclusión es, pues, que, dados los problemas técnico-jurídicos y político-constitucionales que plantea el modelo actual, éste exige ser reformado. La regulación de la materia en el bloque de constitucionalidad debe flexibilizarse.

- *B*) Esto exigiría, en primer lugar, llevar a cabo una reforma del artículo 145 CE⁷⁶ con el objetivo antes apuntado: flexibilizar el sistema de cooperación horizontal. Dicha reforma contendría 3 elementos:
- a) La reforma debería consistir en suprimir el apartado primero del artículo 145 puesto que nada añade a los límites implícitos y explícitos que el Texto Constitucional impone a la cooperación: indisponibilidad de las propias competencias, respeto al equilibrio interno de poderes en cada Comunidad Autónoma y principio de solidaridad.
- b) En segundo lugar se debería suprimir definitivamente la distinción entre convenios y acuerdos. Distinción que ningún provecho reporta y muchos inconvenientes produce. A esto puede objetarse que es necesaria, puesto que en ciertos supuestos es conveniente que las Cortes, mediante el mecanismo de la autorización, ejerzan un control sobre la actividad cooperativa de las Comunidades Autónomas. Pero creo que tal control adicional, para verificar si se respetan los límites antes referidos, no resulta necesario. El sistema de controles previsto en la Constitución ya es de por sí suficiente. Si el convenio o acuerdo se plasma en una norma autonómica con rango de ley, ésta puede ser impugnada por los órganos centrales del Estado a tenor del artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Si el convenio o acuerdo no reviste tal forma, tanto los órganos centrales del Estado como los de las

^{76.} La reforma del artículo 145 CE ya la propuse hace quince años. En este trabajo modifico parcialmente aquella propuesta de reforma para incluir en un inciso final una remisión expresa a una futura (y cada vez más necesaria) Ley Orgánica General de Cooperación. Sobre la conveniencia teórica de la reforma, García Morales ha escrito: "Las regulaciones estatutarias pueden ser y son diversas y dispares y ponen sobre la mesa el debate sobre la necesidad de un marco general para introducir más racionalidad en el sistema". Por ello "resultaría más racional una regulación general a través de una reforma constitucional" García Morales M. J., "Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración...", ob.cit, p. 382. En parecidos términos se ha pronunciado Montilla. Montilla Martos, J. A., "El marco normativo de las relaciones intergubernamentales" en Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico, Madrid, CEPC, 2006, p. 87.

demás Comunidades Autónomas disponen de la vía del conflicto de competencias del artículo 60 de la LOTC. Los órganos centrales pueden utilizar además el artículo 161.2 de la Constitución, en cuyo caso la impugnación producirá la suspensión de la disposición recurrida o bien acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa según el artículo 153.c de la Constitución. Además de estos controles jurisdiccionales, ordinarios o constitucionales, los órganos centrales del Estado disponen de un mecanismo excepcional de defensa del interés general de España frente a posibles utilizaciones insolidarias del artículo 145: el artículo 155.

Suprimido así el apartado primero y eliminada la distinción entre convenios y acuerdos, cabría preguntarse, finalmente, si tiene sentido mantener la existencia del precepto. En el principio de nuestra exposición está la respuesta: un artículo de este tenor nos evita los inconvenientes de tener que buscar un fundamento constitucional implícito a la cooperación horizontal. Por tanto debe ser mantenido.

c) La remisión a los Estatutos también debería suprimirse puesto que al no haber distinción posible entre convenios y acuerdos ya no es necesaria. Además, en este trabajo hemos expuesto las dificultades técnicas derivadas de una diversa regulación de la materia. En la medida en que nos encontramos ante un instrumento cuya eficacia y funcionalidad requiere una regulación uniforme, parece conveniente atribuir esta a una Ley Orgánica –que podríamos denominar General de Cooperación– de aplicación a todas las Comunidades. Como a veces se ha discutido si las Cortes están o no habilitadas para la elaboración de una tal ley, la introducción de esta remisión tiene por objeto zanjar esa discusión. En consecuencia, la nueva redacción del artículo 145 CE podría ser la siguiente:

"Las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre ellas con objeto de cooperar en materias de interés común. Una Ley Orgánica de Cooperación fijará el régimen jurídico de los convenios".

d) Este precepto constitucional que reemplazaría al actual artículo 145, debería ubicarse en el contexto de un nuevo capítulo del Título VIII dedicado expresamente al principio de cooperación. En él se constitucionalizarían los instrumentos básicos del federalismo co-

248

operativo: las Conferencias Sectoriales⁷⁷ y los Convenios de Cooperación, tanto en su dimensión vertical como horizontal. El capítulo en cuestión establecería el diseño básico de los mismos y remitiría a la Ley Orgánica General de Cooperación su desarrollo normativo.

Las objeciones que se puedan plantear a la existencia misma de una tal Ley, basadas en la afirmación de que la regulación de los instrumentos cooperativos debe corresponder a los propios Estatutos, carece de sentido. Y ello por dos razones, la primera, porque en 30 años los estatuyentes no se han ocupado de ello y cuando lo han hecho, ha sido con el poco afortunado resultado que hemos expuesto. Y la segunda razón, porque la funcionalidad de estos instrumentos exige su regulación uniforme. Ya han quedado expuestos los problemas que suscita la diversidad de regímenes jurídicos sobre los convenios.

Ahora bien, evidente resulta que esta Ley debe ser fruto del consenso entre las fuerzas políticas y entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y ello por la razón evidente de que aunque considero oportuna la reforma constitucional propuesta, e igualmente creo conveniente la aprobación de la Ley Orgánica General de Cooperación, debo reconocer que una y otra servirán de poco, si no son la traducción jurídica de una voluntad política de cooperación.

6. Bibliografia

AJA, E., y GARCIA MORALES, M. J. "Las relaciones entre CC.AA. Problemas y perspectivas" en *Informe Comunidades Autónomas 2000*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2001.

ALBERTÍ ROVIRA, E. "Relaciones entre las administraciones públicas" en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Leguina Villa, J., y Sánchez Morón, M., dirs.). Madrid: Tecnos, 1993.

ALBERTÍ ROVIRA, E. "Estado Autonómico e integración política" en *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1993.

^{77.} Igualmente, ese sería el contexto lógico en el que debería figurar la "Conferencia de Presidentes". Sobre esta concreta institución remito al lector a Tajadura, J., "La Conferencia de Presidentes" en *La cooperación intergubernamental en los Estados compuestos* (X. Arbós, coord.), Barcelona, IEA, 2006, pp. 115-168.

ALBERTÍ ROVIRA, E. "La colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas" en *El futuro de las autonomías. Balance y perspectivas* (L. Martín Rebollo, dir.). Santander: Universidad de Cantabria, 1991.

ARBOS MARIN, X. "Federalismo y relaciones intergubernamentales" en *La cooperación intergubernamental en los Estados compuestos*. Barcelona: IEA, 2006.

BOCANEGRA, R., y HUERGO, A. *La Conferencia de Presidentes*. Madrid: lustel, 2005.

CALAFELL FERRA, V. J. Los convenios entre Comunidades Autónomas. Madrid: CEPC, 2006.

CALAFELL FERRA, V. J. "Islas Baleares" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19. Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009.

CAMARA VILLAR, G. "El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas" en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004.

CARMONA CONTRERAS, A. M. "Andalucía" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19. Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009.

DE PEDRO BONET, X. "Aragón" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19. Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009.

DUQUE VILLANUEVA, J. C. "Las Conferencias Sectoriales" en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 79, 2007.

GARCIA DE ENTERRIA, E. La ejecución autonómica de la legislación del Estado. Madrid: Cuadernos Civitas, 1983.

GARCIA MORALES, M. J. "La cooperación en los federalismos europeos: significado de la experiencia comparada para el Estado Autonómico" en *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 1, 2002.

GARCIA MORALES, M. J. "Presentación" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19, Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009.

GARCIA MORALES, M. J. "Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada" en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997.

GARCIA MORALES, M. J. Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico (García Morales, M. J., Montilla, J. A., ARBOS, X.). Madrid: CEPC, 2006.

GARCIA MORALES, M. J. "Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?", en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19. Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009.

GARCIA MORALES, M. J. Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos: Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica. Madrid: Mac-Graw-Hill, 1998.

GONZALEZ GARCIA, I. Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas. Una pieza disfuncional de nuestro Estado de las Autonomías. Madrid: CEPC, 2006.

INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. Texto del Informe y debates académicos. Madrid: Consejo de Estado-CEPC, 2006.

MENENDEZ REXACH, A. Los convenios entre Comunidades Autónomas. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

MONTILLA, J. A. "El marco normativo de las relaciones intergubernamentales" en *Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico*. Madrid: CEPC, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S. Derecho Público de las Comunidades Autónomas. Madrid: Civitas, 1982.

ORTEGA, L. Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria. Madrid: Civitas, 2005, p. 49.

PEREZ SERRANO, N. *La Constitución española de 1931*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

RIDAURA MARTINEZ, M. J. "Comunidad Valenciana" en Revista Jurídica de Castilla y León, Número monográfico, 19. Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía, Valladolid, 2009.

RODRIGUEZ-ZAPATA Y PEREZ, J. "Comentario al artículo 145" en *Comentarios a las leyes políticas* (Alzaga, O. dir.). Tomo XI. Madrid: Edersa, 1988.

SANTOLAYA MACHETTI, P. Descentralización y cooperación. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

TAJADURA TEJADA, J. "El principio de solidaridad en el Estado Autonómico" en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 32, 2007.

TAJADURA TEJADA, J. "La Conferencia de Presidentes" en *La cooperación intergubernamental en los Estados compuestos* (X. Arbós, coord.). Barcelona: IEA, 2006, pp. 115-168.

TAJADURA TEJADA, J. "La constitucionalización del mapa autonómico: una reforma necesaria pero insuficiente" en *La Reforma Constitucional* (TAJADURA, J. y ROURA, S. dirs.). Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

TAJADURA TEJADA, J. "Reformas territoriales y Estado Social" en *Sistema*, núm. 196, 2007.

TAJADURA TEJADA, J. El principio de cooperación en el Estado Autonómico. Granada: Comares, 2ª edición, 2000.

VVAA. Territorio y autonomía: el alcance territorial de las competencias autonómicas. Barcelona: IEA, 2004.

RESUMEN

El presente estudio contiene un análisis de la regulación en el denominado bloque de la constitucionalidad de los convenios y acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas. Así se examina el significado y alcance del artículo 145 de la Constitución y el desarrollo estatutario del mismo. En este sentido se analiza también la regulación llevada a cabo en las últimas reformas estatutarias para poner de manifiesto que los defectos existentes no han sido corregidos. El trabajo analiza las diversas concreciones estatutarias de los sintagmas "gestión y servicios propios" y "comunicación a las Cortes", así como los procedimientos para la formalización de los convenios en el interior de la Comunidad Autónoma. La conclusión es que el sistema resulta muy rígido y poco funcional, por lo que desde la perspectiva del federalismo cooperativo cabe defender la necesidad de unas reformas que se enuncian al final del trabajo. La cooperación en general, y la cooperación horizontal en particular (aun cuando últimamente se han dado pasos importantes en la dirección correcta) continua siendo una asignatura pendiente del Estado Autonómico.

Palabras clave: federalismo cooperativo; reforma constitucional; competencias compartidas; convenios.

RESUM

Aquest estudi conté una anàlisi de la regulació en l'anomenat bloc de la constitucionalitat dels convenis i acords de cooperació entre les comunitats autònomes. Així, s'examina el significat i abast de l'article 145 de la Constitució i el seu desenvolupament estatutari. En aquest sentit, s'analitza també la regulació duta a terme en les últimes reformes estatutàries per posar de manifest que els defectes existents no han estat corregits. El treball analitza les diverses concrecions estatutàries dels sintagmes "gestió i serveis propis" i "comunicació a les Corts", així com els procediments per formalitzar els convenis dins de la comunitat autònoma. La conclusió és que el sistema és molt rígid i poc funcional, de manera que, des de la perspectiva del federalisme cooperatiu, cal defensar la necessitat d'unes reformes que s'enuncien al final del treball. La cooperació en general, i la cooperació horitzontal en particular (tot i que darrerament s'han fet passos importants en la direcció correcta), continua sent una assignatura pendent de l'estat autonòmic.

Paraules clau: federalisme cooperatiu; reforma constitucional; competències compartides; convenis.

ABSTRACT

This study contains an analysis of the regulation in the so-called constitutionality block of the cooperation agreements and commitments between Autonomous Communities. The meaning and scope of Article 145 of the Constitution and its statutory development is thus examined. In this regard, the regulation implemented in recent statutory reforms is also analysed in order to show that the existing defects have not been corrected. The work analyses the various statutory concretions of the "own services and management" and "communication to the Courts" syntagms, as well as the procedures to formalise the agreements within the Autonomous Community. The conclusion reached is that the system is too rigid and under-operative, so from the perspective of cooperative federalism, it must be defended that reforms are required and these are listed at the end of the study. Cooperation in general, and horizontal cooperation in particular (even though important steps have been taken recently in the right direction), continue to be a subject pending for the Autonomous State.

Key words: cooperative federalism; constitutional reform; shared competences; agreements.

AUTORIZACIONES, COMUNICACIONES PREVIAS Y DECLARACIONES RESPONSABLES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Julio V. González García

Profesor titular de Derecho Administrativo del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico español. – 3. Transposición de la Directiva de servicios y Estado autonómico. – 4. Extensión de las modalidades de autorización en la Directiva de servicios: hipertrofia del concepto. – 5. Valoración de los mecanismos de intervención administrativa en las actividades de servicios. – 6. El género de las comunicaciones previas como mecanismo de intervención preferente y sus dos especies en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC. 6.1. Concepto y tipología. 6.2. La carencia de resolución administrativa aprobatoria como elemento esencial de las declaraciones responsables. – 7. Exigencia de norma de reconocimiento para la determinación de los efectos de las comunicaciones previas. – 8. Requisitos para los operadores de servicios. – 9. Procedimiento administrativo en los supuestos de actos comunicados. 9.1. Iniciación e instrucción del procedimiento. 9.2. Terminación del procedimiento. – 10. Efectos de la comunicación previa. – *Resumen-Resum-Abstract*.

1. Introducción

La aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre relativo a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios, en adelante) ha supuesto un cambio de gran envergadura en el contexto europeo. Desde luego,

Artículo recibido el 05/05/2010; aceptado el 22/07/2010.

El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "Directiva de servicios y Ordenación de las actividades económicas", DER 2009/14273/C02/02, dirigido por Julio V. González García.

el gran debate público que suscitó por su impacto en el modelo social europeo¹ tiene una relación directa con el resultado de los referenda –especialmente el francés- que terminaron por rechazar el Tratado por el que se establece una constitución para Europa. Es, en esta línea, una Directiva que abre la puerta para autorizar un determinado nivel de dumping social –ejemplificado en el fontanero polaco- y que además provoca dificultades para una adecuada política de protección de los consumidores, por la aplicación de la denominada ley del país de origen de la prestación.

No es el momento para plantearnos de forma global el alcance de la directiva de servicios, sino que pretendo exponer algunos problemas más limitados. Cuando en un ámbito limitado como es el del Derecho administrativo se plantea el impacto que tiene la Directiva de servicios estamos planteando cómo se articula el régimen de intervención administrativa en el sector de los servicios, justamente el que resulta más relevante para la economía europea. Ello en el aspecto que posiblemente resulte más relevante, el relativo a los títulos habilitantes para el ejercicio de actividades de servicios.

Se trata de un debate que lleva tiempo planteándose en el ámbito europeo, posiblemente por la percepción de que el régimen tiene bastantes carencias, como se mostró durante el proceso de adopción de la directiva, debido a excesos y duplicidades que resultan de difícil justificación². Es cierto que el sistema, tal como está configurado en la actualidad en los planos legal y de estructura administrativa está presentando debilidades. Pero a la regulación que surge de la Directiva se ha dado un giro total a un sistema como el español. La base de la Directiva, la desregulación, nos ha conducido a una situación que, sin duda, no es la más satisfactoria ya que conduce a una "sospecha de restricción indebida de cualquier regulación jurídico-publica

^{1.} Sobre el impacto que tiene la Directiva de servicios sobre la Europa social, véase el excelente estudio dirigido por Neergaard, Ulla B. (Editor); Nielsen, Ruth (Editor); Roseberry, Lynn (Editor) The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

^{2.} Barnard explica cómo el régimen de intervención administrativa en el sector servicios en Grecia suponía la obtención de más de 40 autorizaciones y otros requisitos formales por parte del prestador de servicios, lo que claramente supone un desincentivo para crear un negocio. Barnard, C. "Unravelling the Services Directive"; en Common Market Law Review, nº 45 (2008), p. 323.

del acceso al mercado",³ cuando no debiera ser así. Parece que el legislador se tendría que plantear, con tendencia a responder negativamente, si la autorización –concepto hipertrofiado en la Directiva, tal como se verá con posterioridad-, es la opción más positiva para la protección del interés general.

Es cierto también, que el debate sobre las modalidades de intervención administrativa se ha vinculado a los problemas de retrasos y, en general, de falta de eficacia en el funcionamiento administrativo. Como señalara Nieto en su momento, "...con la intervención administrativa no hay programación posible, dado que las licencias y las inspecciones... se retrasan indefinidamente. La experiencia demuestra que no hay forma de calcular cuándo se va a obtener el último papel; como también se sabe que es técnicamente imposible cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos; por cuya razón un inspector celoso puede paralizar, con un reglamento en la mano, cualquier proceso".4 Se trata del problema del retraso que en nuestro ordenamiento, junto con otros de naturaleza penal, ha llevado a introducir fórmulas de externalización, como las que se adoptaron en el Ayuntamiento de Madrid,5 que debieran ser repensadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de transposición de la Directiva de servicios. Razones para un replanteamiento del régimen de los títulos habilitantes existía.

Ciertamente, adoptar una Directiva que pretenda dar respuesta al modo de intervenir en el sector de los servicios puede suponer un esfuerzo hercúleo en el contexto europeo, teniendo en cuenta la amplitud de actividades afectadas y las diferentes necesidades de interés general que provocan; lo que incluso ha conducido a la Directiva a determinar cuál es el ámbito más usual en el que se van a poder aplicar su contenido, que coincide, por otra parte con las pequeñas y medianas empresas.⁶ Junto con ello, no podemos olvidar que entre

^{3.} Parejo Alfonso, L. "La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema"; en El cronista del Estado social y democrático de Derecho nº 6, p. 34

^{4.} A. Nieto, La "nueva" organización del desgobierno, Barcelona, Ariel, 1996, p. 219.

^{5.} Véase el estudio de Galán, A. Galán y C. Prieto Romero, "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", en *Anuario de Derecho Municipal* (2008), pp. 63 y ss.

^{6.} La Directiva nos hace un recordatorio de actividades que sí quedarán sometidas a su aplicación, lo que demuestra su conexión con las PYMES: El parágrafo 33 dispone en este sentido que "el concepto de "servicio" incluye actividades enormemente variadas y en

los 27 países de la Unión conviven, al menos, dos modelos de ordenación de estos sectores, unos que radican sobre el control previo –y con la exigencia de un conjunto amplio de requisitos, tal como ocurre en el Derecho alemán o en el nuestro, que afectan desde la cualificación profesional a aspectos de las infraestructuras– mientras que en otros modelos –como el anglosajón y los derivados de él–, la participación del poder público es mucho menor, radicando en un momento ulterior al inicio de la actividad y en un control a través de la actividad que puede desempeñar el consumidor descontento con el servicio recibido.

La Directiva de servicios, indirectamente, no constituye sólo una Directiva para garantizar un mercado común de servicios, sino que afecta también a las actividades internas dentro del Estado, en donde se plantean problemas equivalentes para los operadores nacionales.⁷

constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos. los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet".

7. Nótese cómo el §43 de la Directiva insiste en la necesidad de simplificación administrativa: "Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los presta-

258

Lo que se podría considerar como una extensión de los efectos a las situaciones puramente internas, tiene su razón de ser en evitar las posibles discriminaciones que se producirían a los operadores radicados originariamente en el territorio de cada uno de los Estados. Obviamente, esta opción plantea problemas muy serios de la legitimidad de las autoridades comunitarias para la aprobación de esta norma meramente desreguladora, tal como se ha señalado acertadamente,8 sobre todo teniendo en cuenta que reduce la capacidad de los Estados de modificar el modelo regulador de las actividades de servicios.9 De hecho, con lo recogido en el artículo 16 de la Directiva de servicios, "diverge del artículo 49 y de la interpretación que le ha sido atribuida por el TJCE con la finalidad de hacer avanzar los intereses de la Unión, en detrimento de los poderes de los Estados miembros".10 Y, por ello, puede considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 5, en la medida en que excede "de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

Ciertamente, sus soluciones en muchos campos no son originales sino que se han limitado a estructurar y plasmar en un texto legislativo la doctrina que ha emanado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los últimos años. Pero, fuera de estos elementos nos encontramos ante la disposición que va a tener el papel preponderante en la configuración de la economía europea en los próximos años.

Posiblemente, la afirmación anterior pueda parecer excesiva. No obstante, más allá de que su origen esté en la denominada *Estrategia de Lisboa* –cuyos objetivos declarados tienen dicha dirección– hay que reconocer que la forma en la que se inician las actividades de servicios cambian por efecto de la Directiva: el mero hecho de que se fomente

dores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros".

259

^{8.} Véase, en este sentido T. De la Quadra-Salcedo Janini, "¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?", en Revista Española de Derecho Europeo, núm, 22 (abril-junio 2007), pp. 237 y ss.

^{9.} Muñoz Machado habla de "restricción que inevitablemente produce en la libertad de opción del legislador respecto a la ordenación de la economía". Las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno han llegado a producir mutaciones constitucionales "que dan un nuevo sentido y una interpretación vinculante a determinados preceptos de la norma constitucional, sin necesidad de que ésta sea formalmente reformada". S. Muñoz Machado, "Ilusiones..."; op. cit., p. 4.

^{10.} K. Peglow, "La libre prestation...", op. cit., p. 105.

tanto la utilización de la Administración electrónica tiene una consecuencia inmediata, consistente en que los procedimientos administrativos se han de estructurar de una forma distinta, más lineal, y que los elementos que han de ser valorados se plantearán de otra forma. Los efectos territoriales de las actividades y, en particular, su sometimiento a la lev del país de origen del prestador de los servicios es un llamamiento a la competitividad entre Administraciones Públicas y a que no se produzcan discriminaciones inversas, que dejen en peor situación a los operadores que radiquen en el territorio gestionado por la autora de la norma. Y, en fin, la filosofía desreguladora que late en la Directiva es una forma de fomentar el desarrollo de las actividades de servicios. ya que limita las posibilidades de intervención por parte de los poderes públicos. Y, desde luego, la conjunción de todo ello –y de otros elementos-conduce a la conclusión que se ha planteado con anterioridad: después de la Directiva de servicios el marco general de intervención administrativa en la economía no es el mismo; lo que obliga a estudiar los nuevos títulos en los que se sustenta.¹¹

2. La transposición de la Directiva de servicios al ordenamiento jurídico español

El proceso de transposición de la Directiva de servicios en España ha sido, está siendo, especialmente complejo. ¹² Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Colegios Profesionales ¹³ son los sujetos sobre los que recae el cumplimiento, en sus ámbitos específicos, del mandato de transposición que expiró el 28 de diciembre

^{11.} El propio Consejo de Estado lo exponía con estas palabras: "en suma, el anteproyecto pretende instaurar un nuevo modelo de intervención pública, a fin de adaptarlo al Derecho comunitario, que se caracteriza por la sustitución de algunas técnicas clásicas de ordenación de la actividad de los particulares por otras menos limitativas y por actuaciones de investigación y control ex post". Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado, de 18.03.2009 (punto III).

^{12.} El desarrollo del proceso de transposición se puede consultar en J. V. González García, "La transposición de la Directiva de servicios. Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español", en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 32 (2009), pp. 469-506. Asimismo, puede verse R. Jiménez Asensio, La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno; IVAP (2010).

^{13.} Sobre los colegios profesionales en la transposición de la Directiva de servicios, véase M. Carlón Ruiz, "El impacto de la transposición de la Directiva de servicios en el régimen de los colegios profesionales", de próxima publicación.

pasado.¹⁴ Nótese que, tal como veremos con posterioridad, serán también los responsables de la realización del informe de transposición del artículo 39 de la Directiva y los que habrán de abonar las hipotéticas sanciones que nos impongan como consecuencia de defectos en la transposición de la directiva, tal y como dispone la Disposición Final 4ª de la *Ley paraguas*.

Desde el comienzo del proceso de transposición, se ha pretendido en nuestro país obtener los máximos réditos de la incorporación a nuestro ordenamiento, en una operación que ha vinculado tanto elementos jurídicos como económicos. No es algo exclusivo de nuestro país, 15 pero desde luego, en España la transposición de la Directiva de servicios no se puede desvincular de la remodulación de los procedimientos administrativos y la introducción de la Administración electrónica, lo cual constituye un elemento que contribuye al aumento de la competitividad del sector público. Todo ello, además, con el horizonte de mejorar la colaboración interadministrativa en la intervención en las actividades de servicios.

La Directiva de servicios se ha transpuesto al ordenamiento español, ¹⁶ en primer término, a través de una norma transversal –la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, coloquialmente conocida como *Ley paraguas*– y, en un segundo escalón, a través de una serie de disposiciones con rango de ley específicas tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, dentro de las cuales hay que citar expresamente a la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio –coloquialmente conocida por <i>Ley ómnibus*–. Norma transversal que ha sido complementada por un aluvión de normas de naturaleza regla-

^{14.} Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 227/2010 de 22 marzo, sobre pretensión de aplicación anticipada de la Directiva de servicios.

^{15.} Así, en el caso francés, en una circular del Director del Gabinete del Primer Ministro, de 22.11.2007, se señalaba que la operación de transposición no "es sólo de naturaleza jurídica: al lado de otros frentes abierto por el Gobierno, constituye una oportunidad para simplificar los procedimientos, disminuir las cargas que pesan sobre las empresas, modernizar la economía y desarrollar el crecimiento económico y el empleo".

^{16.} Normativamente no se puede proporcionar un listado por su extensión, que además se amplía día a día. Puede verse, el tomo de recopilación *Directiva de servicios y normativa de transposición*, Ed. Aranzadi (2010).

mentaria que han desarrollado los principios de aquella y han reestructurado el régimen especial de los títulos habilitantes en servicios.

El esfuerzo que han realizado las Comunidades Autónomas no ha sido menor en el ámbito de sus competencias. En diversas modalidades, ya sea siguiendo el esquema de la Ley ómnibus (Castilla La Mancha, Comunidad de Madrid, Galicia, Navarra), ya sea con Decretoley (Andalucía, Aragón y Castilla y León), ya sea en el marco de la ley de acompañamiento a la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma (Comunidad Valenciana, la Rioja, Región de Murcia), ya sea con una ley de delegación del Parlamento al Gobierno (Cataluña), va sea aprobando sucesivas disposiciones especiales (Canarias, Islas Baleares). se ha procurado cumplir con el mandato de transposición que acababa el 28 de diciembre; aunque el desarrollo reglamentario todavía está por aprobar. Sí conviene recordar que las materias más abordadas por las Comunidades Autónomas han sido la comercial, -en sentido amplio- y la ordenación del régimen del turismo. Conviene recalcar, no obstante, que en relación con el objeto de este escrito, también habría que citar -aunque no necesariamente sea transposición de la directiva- la profusa normativa dictada para la simplificación administrativa y de impulso económico, en las que se recoge el régimen de intervención en actividades económicas.

Como se acaba de indicar, la Ley ómnibus es la gran disposición aprobada por el Estado en donde se materializan los principios de la Ley paraguas. Ahora bien, no sólo es una disposición en la que se aborde la reforma de normas específicas, de naturaleza sectorial, sino que, por el contrario, incluye una reforma de la legislación general de las Administraciones Públicas –Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local y Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Es en la modificación de estas normas donde vamos a encontrar las bases de la nueva regulación de los mecanismos de intervención administrativa en las actividades de servicios: las cuales deberán ser desarrolladas en las normas donde se contengan su aplicación a cada uno de los sectores económicos y por las entidades que tengan atribuidas las competencias sectoriales, ya sea el Estado, ya sean las Comunidades Autónomas, ya las Corporaciones Locales.

Conviene dejar patente, de entrada, que esta forma diferente de intervenir en las actividades económicas no deja sin aplicación los títulos tradicionales o las autorizaciones, de tal manera que a partir de ahora convivirán de forma generalizada autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas.¹⁷ No obstante, conviene recordar que todas las Administraciones Públicas han de efectuar un examen de los títulos habilitantes que tengan en este momento para comprobar su adecuación al régimen general previsto en las Leyes ómnibus y paraguas, en donde la autorización pasa a ser un título de segundo nivel, en la medida en que se opta primariamente por el género de las comunicaciones previas del prestador del servicio a la Administración. Sobre ello volveré con posterioridad, pero desde luego, todos los regímenes de intervención han de resultar analizados de acuerdo con los principios de ordenación tanto sobre el título como sobre los elementos subsidiarios que contenga la figura elegida. Sin lugar a dudas, cuantitativamente supone un estudio ingente para el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y los Colegios Profesionales, teniendo presente, además, que por aplicación de la Directiva se amplía el ámbito de lo que se entiende por autorización, como veremos con posterioridad.

Lo que es más importante, sin embargo, es que el cambio no es meramente terminológico. La hipotética voluntad de una Administración Pública de que se cambie de denominación del título de intervención para que no cambie nada –tal como ha ocurrido, recientemente, con la primera versión del Reglamento de Tabacos antes de su modificación como consecuencia del Dictamen del Consejo de Estado, que fue muy crítico—, 18 ha de desterrarse, teniendo presente que cuan-

^{17.} Soy consciente de que con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley ómnibus* ya existía esta convivencia. No obstante, el cambio es relevante por cuanto que es ahora cuando se proporciona una regulación de carácter general, básico para todas las Administraciones Públicas de las dos últimas figuras. Aquí hay que reconocer el carácter pionero de la legislación catalana, primero con el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de 1995 –que eliminó las licencias para obras menores– o la Ley 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental. En el ámbito estatal, en el año 2003 se produjeron dos importantes hitos, en el ámbito de los organismos modificados genéticamente –artículo 8 de la Ley 9/2003– o en el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. A ellas habría que añadir todas las disposiciones de las Comunidades Autónomas de carácter general que las recogen.

^{18.} Véase el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 2009, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del Mercado de Tabacos

do se opte por el género de la comunicación previa nos encontramos ante una forma diferente de intervenir, una distinta naturaleza de la actividad pública.

El cambio, por tanto, es de notable importancia. Si desde la perspectiva regulatoria debería conllevar una redefinición y ampliación de los poderes del regulador –aspecto que está contemplado en los artículos 4 a 7 del Proyecto de Ley de Economía Sostenible–, 19 eliminando los ámbitos de la autorregulación cuyos perniciosos efectos estamos viendo en la actualidad; el cambio administrativo ha de ser de especial intensidad, en la medida en que han de reforzarse las estructuras y los mecanismos de control a posteriori y educar a los órganos administrativos encargados de su aplicación a ejercer una protección adecuada del interés general con arreglo a los mismos parámetros. Y aquí, me temo, que es el punto en el que estamos más retrasados.

3. Transposición de la Directiva de servicios y Estado autonómico

La transposición de la Directiva de servicios no es sólo una responsabilidad del Estado. Conviene recordar aguí que, con independencia de las reglas concretas que contenga cada Estatuto de Autonomía tanto en lo que afecta a las materias como a las funciones que asume cada una de ellas, hay cinco bloques funcionales de competencia autonómica que se verán afectados por la transposición de la Directiva de servicios: i) infraestructuras económicas de interés regional (carreteras, ferrocarriles, puertos, transportes terrestres, canales y regadíos,...); ii) sectores económicos concretos: turismo, caza, pesca, artesanía, industria, agricultura, ganadería, montes, aprovechamientos y servicios forestales,...; iii) organización de intereses económicos: cooperativas, mutuas, cámaras agrarias, cámaras de propiedad, cámaras de comercio, industria y navegación,...; iv) desarrollo económico regional: planificación de la actividad económica en el ámbito autonómico, v) y, por último, lo relativo a la configuración de un sector público económico propio de la CA y relativas a la participación en sectores económicos planificados dirigidos o gestionados por el Esta-

y normativa tributaria y se regula el Estatuto Concesional de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre.

^{19.} BOCG, Congreso de los Diputados, núm . A-60-1 de 09/04/2010.

do: participación en la formación de los planes generales, en la gestión del sector público estatal o en la gestión de la seguridad social.

Esta realidad competencial, esta distribución competencial del poder entre Estado y Comunidades Autónomas, se ven afectados directa e indirectamente por la norma europea y su proceso de transposición. Directamente porque han de producir un cambio equivalente al estatal en cuanto al régimen de ordenación de las actividades económicas, en aplicación de dichos principios. Indirectamente, porque dentro de los cambios que está sufriendo el Estado como consecuencia de la evolución del Derecho comunitario, de la ampliación de su ámbito de actuación, las reglas están sufriendo una mutación que repercute indirectamente en el régimen de las competencias autonómicas.

Desde una perspectiva competencial, el Derecho público económico es uno de los que se ve más afectado por el impacto del Derecho comunitario europeo. El ejemplo de la configuración de las agencias administrativas puede ser un ejemplo de cómo se han reestructurado las competencias económicas²⁰ y hoy la transposición de la Directiva de servicios sería otro caso equivalente, obviamente con unas consecuencias mayores por cuanto más amplio es el ámbito de aplicación de la Directiva y sus normas de transposición. La propia extensión territorial de los títulos habilitantes -que pasan a tener validez en todo el territorio español- es el ejemplo más adecuado, por la importancia en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, de lo que se está señalando. Las cuestiones derivadas del uso de las lenguas oficiales diferentes del castellano son otra de las que indirectamente se verán afectadas por el proceso de transposición.²¹ Es consecuencia "la comunitarización de la regulación de una parte apreciable de las economías nacionales" que se deriva de la Directiva, tal como ha señalado Pareio.22

^{20.} Sobre esta cuestión, véase S. Muñoz Machado, "Las modulaciones de competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías", en *Revista de Administración Pública*, núm. 153 (2000), pp. 195 y ss.

^{21.} Sobre los problemas de las lenguas en los Estados pluringüísticos a la hora de la aplicación de la Directiva de servicios, véase el estudio de A. Nogueira López, "Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios: ¿hay espacio para los derechos lingüísticos?", en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 52 (2009), pp. 205 y ss.

^{22.} L. Parejo Alfonso, "La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein" en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 6 (2009), p. 35.

Teóricamente, la aplicación del Derecho comunitario se ha de realizar de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias. Es una idea que ha resaltado el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones y que está recogida de forma expresa en los Estatutos de Autonomía de segunda generación, comenzando por el de Cataluña, que contempla dicha regla en los artículos 113 y 189.1. En este sentido, no se puede discutir la intensa actividad legislativa de la mayor parte de las Comunidades Autónomas para transponer en plazo la Directiva durante el otoño/invierno pasados y que ahora está dando sus últimos coletazos. Ahora bien, paralelamente a ese ejercicio de competencias legislativas hay que afirmar que la transposición de la Directiva de servicios ha supuesto una cierta rebaja en el ámbito de poder autonómico en cuanto a la capacidad para delimitar y ejecutar su régimen de intervención administrativa en las actividades de servicios.

La competencia estatal en la transposición de la Directiva de servicios²³ proviene de tres normas transversales, concretamente de los artículos 149.1.1 –igualdad en el ejercicio de derechos– 149.1.13 –bases y coordinación económica general– y 149.1.18 –procedimiento administrativo común y anejas–.²⁴ Competencias transversales que han sido utilizadas para estructurar un régimen de intervención administrativa que se impone de una u otra forma en todo el territorio nacional. Que se utilicen normas de esta naturaleza puede suponer un riesgo grande de redefinir de forma centralizadora las reglas de distribución de competencias y, si en este caso se quería una redefinición global del sistema de intervención, acaso fuera más adecuado recurrir a una ley de armonización, tal como señaló el Consejo de Estado.²⁵

^{23.} Sobre las competencias estatales y autonómicas en relación con la transposición de la Directiva, véase N. Paris i Domenech y M. Corretja Torrens, "Aproximació al procés de transposició de la Directiva de serveis: incidència en sistema de distribució de competències dissenyat per la CE y l'EAC", en *REAF*, núm. 10 (2010), pp. 72 y ss.

^{24.} Una exposición de los referidos títulos, aplicados a la Directiva de servicios, que excede de la extensión de estas páginas, se puede ver en T. Quadra Salcedo Janini, "Estado autonómico y transposición de la Directiva de servicios" en la obra colectiva dirigida por Rivero Ortega, R.; Impacto de la transposición de la Directiva de servicios en Castilla y León; accesible en: http://www.cescyl.es/pdf/coleccionestudios/ce13servi.pdf (última consulta 20/07/2010).

^{25.} En el Dictamen 99/2009, se afirma que "de que este tipo de leyes puede constituir un mecanismo útil para mejorar la coordinación en el ejercicio por el Estado y las Comunidades Autónomas de sus potestades normativas —especialmente en aquellos casos en que el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas pueda verse afectado por la existencia de una normativa europea de alcance general— y para garantizar el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición".

De hecho, ha de tenerse presente que toda la *Ley paraguas* tiene la naturaleza de básica (D.F. 1ª) y que toda la modificación del régimen administrativo de la *Ley ómnibus* tiene una idéntica naturaleza, en aplicación de la misma regla competencial, salvo la ordenación del silencio que se considera procedimiento común. Dicho de otro modo, el análisis de la razonabilidad de los títulos habilitantes, la proporcionalidad en su modo de intervención, se hará de acuerdo con los principios estatales, aunque los títulos sean de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. El debate que se produjo sobre las licencias comerciales²6 y su efecto sobre la situación de los núcleos urbanos –en donde se refleja bien la tensión entre la regulación social y la liberal de las actividades de servicios, y cómo se puede utilizar para realizar un examen del urbanismo, aunque formalmente no forme parte de su ámbito de aplicación– exterioriza bien que no es una situación que resulte *cómoda* en todas las circunstancias.

Más allá de esta lectura expansiva de la legislación estatal de transposición, que constituirá un riesgo en el futuro por la limitación que supone de las competencias autonómicas, cabe preguntarse si la uniformidad es consecuencia de la normativa aprobada por el Estado o si tiene un origen directo en la normativa europea que ahora se ha traspuesto; que ha reducido sustancialmente el ámbito de discrecionalidad de los Estados en la configuración de los títulos habilitantes y el ámbito al que se aplican. Porque lo que resulta obvio también es que el legislador español no ha sido especialmente original en cuanto a la configuración de los títulos habilitantes sino que ha seguido el camino marcado por la Directiva de servicios. Su aplicación a los operadores establecidos en España es una necesidad marcada por la competencia de ordenamientos jurídicos que fomenta la desregulación que supone la directiva.

4. Extensión de las modalidades de autorización en la Directiva de servicios: hipertrofia del concepto

El régimen que está previsto en la Directiva de servicios afecta a un conjunto amplio de mecanismos de intervención de los poderes

^{26.} Sobre esta problemática véase, F. López Pérez, El impacto de la Directiva de servicios sobre el urbanismo comercial, Barcelona, Atelier, 2009.

públicos en las actividades de los particulares. Se puede afirmar que la autorización aparece como un concepto que afecta a toda aquella actividad administrativa en virtud de la cual se realice cualquier actividad de control/delimitación de las actividades de servicios, yendo de las más intensas –como son el otorgamiento de permisos para el ejercicio de actividades, esto es las autorizaciones tradicionales– a la ordenación de todas las formas de registro de operadores, aunque sean motivados por el ejercicio de actividades reguladas.²⁷ En este punto, resulta necesario recordar que la propia Directiva determina que por régimen de autorización hay que entender "cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio" (artículo 4).

Desde esta perspectiva, la autorización deja de ser un título habilitante en la Directiva de servicios para transformarse en el género de las modalidades de intervención administrativa sobre las actividades de servicios; lo cual imposibilita la articulación del régimen comunitario. No obstante, al lado del género, conviene examinar cómo se articulan las posibilidades que tienen los entes públicos y ante qué tipo de situaciones pueden ser utilizadas las especies de autorizaciones que cumplan con la función tradicional de esta modalidad de títulos.

5. Valoración de los mecanismos de intervención administrativa en las actividades de servicios

Como se acaba de indicar, las Leyes paraguas y ómnibus configuran un régimen de actos de intervención en las actividades econó-

^{27.} El parágrafo 39 de la Exposición de Motivos de la Directiva lo afirma con total nitidez: "El concepto de "régimen de autorización" debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no sólo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente".

micas de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la ley que está compuesto por autorizaciones, declaraciones responsables y actos comunicados.²⁸ Tres modalidades de intervención que res ponden a finalidades distintas y que, de hecho, plantean el momento de la actividad administrativa en diferentes puntos. Precisamente por ello, la ley recoge unas notas que ha de aplicar la Administración competente y que constituyen principios sobre el cómo y el cuándo de la intervención administrativa.

El nuevo artículo 39 bis de la LRJPAP, recordando el contenido del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, establece, en este sentido, que: "las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias". El principio de menor restricción y exigencia de motivación de la opción elegida por el regulador son, en consecuencia, los puntos sobre los que se estructura la arquitectura de intervención administrativa.

El principio de menor restricción en el ejercicio de las actividades de servicios responde, en principio, a una política de mayor eficacia en el ejercicio de las actividades económicas, que permita el comienzo de éstas con la mayor celeridad, tal como resulta de un régimen de liberalización de la mayor parte de los sectores. Conecta, directamente, con el modo de funcionar un ente público en el contexto de Administración electrónica –la cual es, además, casi una obligación en el momento de

28. Aunque el cambio normativo se ha producido hace bien poco tiempo, ya están apareciendo estudios en relación con los nuevos títulos habilitantes. Véase, por ejemplo, M. Rodríguez Font, "Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local", en *Anuario del Gobierno Local*, 2009, pp. 261 y ss.; B. Lozano Cutanda, "Ley Ómnibus: Silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa"; La Ley núm. 7339 (2010); F. Bauzá Martorell, "Declaración responsable y comunicación previa: consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus"; La Ley 7419 (2010) o J. C. Laguna de Paz, "Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en R. Rivero Ortega, "Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León", que se puede consultar en http://www.cescyl.es/pdf/coleccionestudios/ce13servi.pdf.

aplicación de la Directiva de servicios, dado que tiene que permitir que un ciudadano radicado fuera de España pueda prestar sus servicios aguí sin especiales dificultades—. Este principio se vincula, asimismo, a una concepción extrema del mandato de simplificación administrativa, que obliga a que se limiten aquellos actos que resulten "indispensables para conseguir un objetivo de interés general" (§ 46 de la Directiva de servicios).²⁹ Conecta, en definitiva, con los principios de la economía de mercado y, al eliminar los requisitos públicos proporciona una aparente mayor competitividad de la economía; o dicho de otro modo, es un instrumento para lograr una "economía social de mercado altamente competitiva", por citar las palabras del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea. Piénsese que el ejercicio a posteriori de las potestades de intervención no supone, desde el planteamiento de la Directiva, una merma de la protección del interés general, siempre y cuando se arbitre un procedimiento administrativo adecuado a un régimen de intervención diferente.

Si el principio de partida es éste, resulta lógico que un mayor grado de intervención y, en particular, los regímenes de autorización administrativa previa, resulten limitados,³⁰ idea que, por otra parte,

^{29.} Concretamente, en el considerando 46, que afecta especialmente a las actividades externas pero que es igualmente predicable del régimen interior, se señala lo siguiente,: "Una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la insequridad jurídica de los procedimientos administrativos. Por este motivo, y a semejanza de otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario o nacional, procede establecer principios de simplificación administrativa, en concreto limitando la autorización previa obligatoria a aquellos casos en que sea indispensable e introduciendo el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. El objetivo de este tipo de acción de modernización es, aparte de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, eliminar los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados. Este tipo de prácticas tienen efectos disuasorios especialmente importantes para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros y requieren una modernización coordinada en un mercado interior ampliado a veinticinco Estados miembros".

^{30.} La STJCE de 20.2.2001 –caso ANALIR c. Administración General del Estado, Asunto C-205/99– afirma, en esta línea, que para que "un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de

ya había sido reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.³¹ Los títulos que se establezcan han de cumplir con los principios de proporcionalidad, no discriminación y necesidad; o, como ha señalado la sentencia Europa 7 "para estar justificado, tal régimen, que es, en principio, contrario al artículo 49 CE y al NMRC, no sólo debe obedecer a objetivos de interés general, sino también articularse sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados".³² Con ello se incorporan a los ordenamientos europeos continentales pautas regulatorias habituales en los regímenes anglosajones. De los tres requisitos hay uno que afecta al modo

antemano por las empresas interesadas, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria".

- 31. Puede servir, en este punto, la STJCE de 22.1.2002 –caso Canal Satélite Digital c. Administración General del Estado (Asunto C-390/99)— en la que se afirma lo siguiente para admitir un régimen de autorización administrativa previa al ejercicio de actividades económicas:
 - "1) Una normativa nacional que prevé un procedimiento de autorización previa para que los operadores de servicios de acceso condicional puedan comercializar aparatos, equipos, descodificadores o sistemas para la transmisión y recepción digital de señales de televisión por satélite, así como prestar los servicios correspondientes, restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios. En consecuencia, para que esté justificada con arreglo a dichas libertades fundamentales, tal normativa debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.
 - 2) Pará comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:
 - para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria:
 - no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro:
 - un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido;
 - un procedimiento de autorización previa no puede considerarse conforme con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto."
- 32. STJCE de 31.1.2008, Europa 7 (Asunto C-380/05).

en que se configure el requisito –el de no discriminación, que es el que plantea menos problemas–. Los otros dos, necesidad y proporcionalidad, se incorporan a la valoración del título habilitante que resulte más adecuado. Sólo en el caso de que una autorización resulte necesaria y proporcionada se puede arbitrar. Si no fuera así se tendría que recurrir a otros procedimientos.

Así, la necesidad se ha de justificar a través de una razón imperiosa de interés general, que ha de ser motivada de acuerdo con los parámetros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La necesidad es entendida como justificación en virtud de los siguientes motivos: "que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general". Esta explicación, poco precisa, se ha de complementar con lo dispuesto en las definiciones, en virtud de la cual la razón imperiosa de interés general será aquella que determine el TJCE, que se ejemplifica del siguiente modo: "razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

En aplicación de esta doctrina sobre las razones imperiosas de interés general, desde 1991 se han admitido por parte de la jurisprudencia del TJCE intervenciones administrativas en ámbitos económicos que no están ni lejanamente contempladas en el artículo 16.3: así, se pueden citar el mantenimiento del orden social y de una política social legítima, la buena Administración de justicia, la protección de los consumidores, la estabilidad financiera del sistema de seguridad social o incluso la

^{33.} STJCE, Schindler.

^{34.} STJCE Reisebüro Broede.

^{35.} STJCE ARD 28.10.1999: Asunto C-6/98.

^{36.} STJCE de 16 de mayo de 2006, Watts, Asunto C-372/04.

protección cultural.³⁷ En este sentido, teniendo presente el contenido del artículo 16 de la Directiva se ha pretendido frenar una posible vis expansiva de los Estados, afirmando que "de este hecho, se puede constatar que las restricciones a la libre circulación serán más difíciles de imponer, ya que la justificación por las razones imperiosas de interés general ha sido sustancialmente reducida. No queda más que justificarlo por uno de los cuatro motivos citados por la directiva".³⁸ Y, de hecho, la propia pretensión de las autoridades comunitarias es que la redacción proporcionada al artículo 16.3 "excluye así que los Estados miembros puedan invocar otros objetivos de interés general".³⁹

Junto con ella, el segundo elemento que resulta más complejo de examinar y que merecerá una respuesta distinta en cada supuesto es el de la proporcionalidad que se entiende en la directiva, va que "el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persique y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo". Es un precepto que está en línea con lo que está exigiendo la jurisprudencia del TJCE que "tiende a estructurar en dos escalones: el test de adecuación y el test de necesidad. Además, el control se centra en el carácter indispensable de la medida nacional a la hora de restringir una libertad comunitaria, lo que lleva al Tribunal a realizar una interpretación restrictiva de las excepciones, en línea con la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y las excepciones a éstos". No obstante, continua afirmando Sarmiento, "el análisis preponderante en la jurisprudencia del TJCE es el juicio de necesidad, que el propio Tribunal no duda en definir como la medida menos restrictiva. La argumentación del Alto intérprete dice lo siguiente: si un Estado miembro considera que se debe excepcionar una libertad comunitaria en aras de las excepciones expresas o una exigencia imperativa, deberá mostrarse que tal derogación es la medida menos restrictiva de todas las que podía adoptar el Estado". 40 Idea que se recoge en el artículo 5 c) de la Ley paraguas cuando se afirma que "en ningún caso, el

^{37.} STJCE de 2 de junio de 2005, Asunto c-89/04; Mediawet.

^{38.} K. Peglow, "La libre prestation de services dans la directive núm. 2006/123/CE", en Revue Trimestrelle de Droit Europeen, núm. 44-1, 2008, p. 100.

^{39.} Comisión de las Comunidades Europeas, *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, p. 52. Se puede consultar en http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.

^{40.} D. Sarmiento Ramírez-Escudero *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 642 y 643.

acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad".

Este último contenido de la *Ley paraguas* conecta con la idea general que restringe la admisibilidad de las autorizaciones en el ordenamiento español especialmente por el contenido de la dicha ley, en la que se proporcionan dos pautas: de acuerdo con lo previsto en el artículo 5, el principio es que "no podrá" configurarse un régimen de autorización más que "excepcionalmente" y con una motivación suficiente sobre la concurrencia de los tres requisitos que se han desarrollado con anterioridad.

Es, a partir de estos supuestos, como se tiene que analizar el régimen que aparece recogido en las dos leyes españolas, especialmente en la *Ley ómnibus*. Es por ello por lo que se puede avanzar que el elemento menos restrictivo nos conduce a analizar las formas de comunicación previa que están contempladas por dos modalidades: la declaración responsable y la comunicación previa en sentido estricto. Pero hay que resaltar la importancia que tiene sobre todo para las Administraciones públicas, dado que, como ha señalado Muñoz Machado, "el cambio de paradigma es de enorme envergadura, ya que obliga a las Administraciones Públicas, preparadas sobre todo para el control preventivo de la actividad económica de las empresas y sujetos privados, a orientar la preservación de los intereses públicos mediante un sistema de controles a posteriori".⁴¹

No obstante, conviene recordar que este es el marco para la reevaluación de los títulos administrativos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la ley; y que en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto una verdadera reelaboración de los mecanismos de intervención administrativa. El informe presentado en diciembre de 2009 y la sucesión de disposiciones que se han aprobado entre el final de 2009 y el primer trimestre de 2010 son expresivos de las actividades

^{41.} S. Muñoz Machado, "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de servicios", en *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 21, 2009, p. 3.

realizadas por el Estado español para ajustarse a los contenidos de la disposición comunitaria.

El género de las comunicaciones previas como mecanismo de intervención preferente y sus dos especies en el nuevo artículo 71 bis de la LRJPAC

6.1. Concepto y tipología

La Ley ómnibus introduce un nuevo precepto en la Ley 30/92, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante), el artículo 71 bis, que tiene carácter básico por aplicación del artículo 149.1.18 CE, que cumple la función de establecer la normativa esencial de esta modalidad de intervención administrativa. Con ello, se proporciona un carácter general a todo el territorio nacional de las soluciones que se habían ido desarrollando en las Comunidades Autónomas, vinculadas a sus propios procesos de simplificación administrativa, adoptadas en el curso de la crisis económica. Sin embargo, las peculiaridades autonómicas son tantas que, como ha señalado recientemente Canals, "podría afirmarse, incluso, que, pese a existir una regulación básica, no existe una configuración homogénea de las mismas ni de sus efectos, los que es, sin cabe, aún más importante".42 Teniendo en cuenta la extensión que puede tener este estudio, nos centraremos especialmente en lo derivado de la nueva regulación estatal.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 71 bis LPC el género de las comunicaciones previas consiste en una declaración efectuada por un particular a la Administración responsable por la que comunica "no sólo los datos e informaciones requeridos por la disposición legal que la regule, sino también –y quizá fundamentalmente– la intención de realizar una concreta actividad. Se trata, en definitiva, de una declaración de voluntad dirigida a la producción de un efecto jurídico concreto previsto por la norma y querido por el interesado: la inversión en ese caso de la prohibición relativa instrumental establecida por la

^{42.} D. Canals i Ametller, "Mejora normativa y reducción de cargas administrativas", en *Informe de las Comunidades Autónomas 2009*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2010, p. 57.

norma, o en otros términos, la obtención del título habilitante". ⁴³ No es, como es conocido, un instrumento novedoso, aunque sí se puede predicar esta característica de la generalización que hace la legislación de procedimiento administrativo para cualquier procedimiento, y, más aún, que constituye el mecanismo primario que está a disposición de los entes públicos para intervenir la actividad de los particulares.

Esta modalidad de intervención administrativa acostumbra a operar sobre aquellas actividades en las que se pretende ganar en eficacia en el control que realizan las Administraciones Públicas, sin que por ello se resienta el interés general, en la medida en que las potestades administrativas se ejercerán a posteriori. Es, por una parte, un modelo que sirve a la liberalización de los mercados que acostumbran a estar, además, desregulados –como ocurre con las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva– y, por otra parte, permite disponer de una ordenación de los procedimientos administrativos simplificado, modulado, con lo que ello conlleva en relación con el cumplimiento del principio de celeridad administrativa. Téngase en cuenta que en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios el hecho de disponer de procedimientos simplificados resulta especialmente importante, en la medida en que su tramitación debe realizarse de forma electrónica.

Esta es la esencia general de las dos figuras que recoge el nuevo artículo 71 bis LPC: declaración responsable y comunicación previa. De acuerdo con las definiciones legales, nos encontramos ante comunicación previa en aquellos casos en los que se presenta ante la Administración un "documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1". Por su parte, la declaración responsable es aquel documento "suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cum-

plimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio".

Se trata de figuras en las cuales hay un punto común, la falta de intervención administrativa previa al inicio de la actividad; esto es, el procedimiento administrativo no tiene el horizonte final de un acto de autorización, sino que concluye con la comunicación de datos o, en su caso, la verificación de la información aportada por el particular. No son, sin embargo, iguales, dado que se diferencia la intensidad del control, manifestado en la implicación del particular que se responsabiliza de una serie de datos que aporta a la Administración. Esta diferencia deriva, de la mayor complejidad de la actividad que se va a desarrollar. Precisamente por ello, aunque ambas entronquen dentro del género de la comunicación previa, los particulares van, en consecuencia, a poder ejercitar su derecho al desempeño, ya que responden a parámetros diferentes.

De este modo, la modalidad definida en la ley como comunicación previa entroncaría con lo que doctrinalmente se ha definido como simple "comunicación previa sin control", en donde lo razonable consiste en que la norma en que se desarrolle no prevea "el desarrollo de procedimientos de control administrativo caso a caso vinculados a la práctica de la comunicación". 44 Se trataría del método para realizar actividades con escasa transcendencia para el interés general y por tanto la finalidad esencial sería, de este modo, la obtención de información por parte de la Administración Pública, con independencia de que disponga de las facultades de inspección y control adecuados a la naturaleza de la actividad.

La segunda modalidad entroncaría, por el contrario, con lo que se ha definido como "comunicación previa con control represivo". Se trata, pues, de una modalidad según la cual, aunque el particular pueda iniciar el ejercicio de su actividad, hay una intensidad mayor de control dado que éste se activa en el mismo instante del inicio de la actividad. Aunque siga resultando una fuente importante de información para la Administración, la función primordial que cumple la declaración responsable es otra, ya que permite la "generalización del control por parte de la Administración en el momento inicial en

el que se ejercita la actividad", 45 disponiendo, en consecuencia, de elementos que la acercan más a la autorización tradicional.

Esta diferencia, que resulta esencial para diferenciar declaraciones responsables de comunicaciones previas, no elimina el hecho de que ambas figuras respondan a la misma filosofía. Los particulares van a comenzar el ejercicio de su actividad sin necesidad de autorización previa otorgada por la Administración Pública. De hecho, el nuevo artículo 71 bis.4 de la LPC recalca la importancia cualitativa de la presentación del documento ante la Administración: "la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar".

6.2. La carencia de resolución administrativa aprobatoria como elemento esencial de las declaraciones responsables

De los elementos anteriores resulta muy pertinente resaltar el hecho de que las declaraciones responsables no necesitan ningún tipo de acto de aprobación por parte de la autoridad competente para ser eficaces. Las declaraciones responsables presuponen un derecho previo al ejercicio de la actividad que no precisa de comprobación previa. Por ello, ninguno de los instrumentos usuales para demorar el comienzo de la actividad –inscripción en registros u otorgamiento de ratificación administrativa– se pueden utilizar en este ámbito. A los efectos de la Directiva serían considerados autorizaciones y, en consecuencia, habría que aplicar el régimen derivado de ellas.

De hecho, recientemente nos hemos encontrado con una solución de esta naturaleza. Resulta pertinente recordar cómo el Consejo de Estado interpretaba recientemente la articulación de una declaración responsable que había de ser autorizada por parte de la

autoridad responsable. Aunque la cita sea algo larga, merece la pena recordar qué ha señalado en dicho supuesto: "No acierta a comprenderse, en un régimen de declaración responsable, cómo ha de cohonestarse esta aprobación con la labor de verificación antes mencionada y con la posibilidad de que la declaración devenga ineficaz por no haberse acreditado debidamente el requisito de idoneidad de las condiciones de almacenamiento. Cabe aventurar que, al hablarse en este apartado de "aprobación", se está condicionando la eficacia de la declaración responsable no sólo a la verificación de que concurre el mencionado requisito de idoneidad -que es lo que prevé la Ley 13/1998-, sino también al cumplimiento de otros requisitos. Y parece también que, en tanto no haya recaído la resolución aprobatoria, el interesado no puede iniciar su actividad, si bien el texto no lo señala expresamente, como tampoco indica cuál es el plazo en que ha de dictarse la resolución aprobatoria ni cuáles son las razones que, en su caso, podrían llevar a denegarla. Por lo demás, llama la atención a este Consejo que se emplee en este contexto el verbo "aprobar", y ello porque, en principio y de conformidad con las reflexiones anteriores, la declaración responsable no tiene que ser objeto de aprobación alguna para producir efectos: basta la mera presentación de este documento para que el interesado pueda comenzar a desempeñar la actividad a que se refiere la declaración". Estas palabras del Consejo de Estado plantean, además, el cambio que va a suponer para la Administración la introducción generalizada de un nuevo modo de intervenir las actividades de servicios y cómo se ha articular de forma distinta las potestades de inspección de los prestadores.

De hecho, el artículo 71 bis de la LPC lo único que prevé es precisamente la iniciación anticipada de los derechos de ejercicio de una actividad económica. En efecto, en esta línea de resultar eficaz, el apartado tercero dispone que "la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente".

Obviamente, la conclusión anterior es la que procede en todos los supuestos en los que la Administración muestra su conformidad con la comunicación presentada por el particular de inicio de su actividad. Ello no obsta para que el procedimiento pueda concluir con un veto de la Administración al particular –que le impida la continuación del ejercicio de la actividad– o que introduzca alguna salvedad que

modifique la forma en que este servicio se está prestando. Se trataría de modalidades en las que el procedimiento concluiría con un acto administrativo de contenido negativo, con el que ejercita, en toda la intensidad que tenga el acto, las potestades de intervención que le reconoce el ordenamiento jurídico.

En definitiva, nos hemos de acostumbrar a que, dentro de este sistema, "no cuenta el particular con un título administrativo habilitante. Su propia comunicación pasa de ser un acto de autoadministración privada a convertirse en el único título existente e idóneo para ejercer las actividades". ⁴⁶ Lo cual puede ser una complicación tanto para la Administración como para el operador. Posiblemente el resultado produzca cierta inquietud al operador como consecuencia de la carencia de un reconocimiento administrativo, más allá del registro de entrada de la comunicación. ⁴⁷

7. Exigencia de norma de reconocimiento para la determinación de los efectos de las declaraciones previas

Las dos modalidades de declaración previa están dibujadas a retazos en la LPC, sin que contengan todas las peculiaridades que delimitan tanto la forma de presentación como las posibilidades de intervención de las Administraciones Públicas. Es una consecuencia lógica del hecho de que ambas declaraciones han de conectarse a ámbitos muy diferentes de actividad particular y, por consiguiente, la estructuración del procedimiento, la documentación que se requiera, los límites de cada una de ella y sus efectos deben recogerse en una norma posterior. Este hecho es de excepcional importancia, pues supone que no nos encontramos ante actos administrativos sino sólo ante actos de particulares, y por ello, todo el régimen de los actos no se podrá aplicar en bloque a estos títulos.

^{46.} M. Rodríguez Font, Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación, Barcelona, Atelier, 2003, p. 205.

^{47.} Discrepo, en este sentido, de la solución propuesta por Núñez Lozano de obtener la constancia de legitimidad a través de una certificación. Con ello, en el fondo, se estaría llegando a una solución equivalente a la de la autorización tradicional. M. C. Núñez Lozano, Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2001, p. 144.

La propia ley es consciente de su limitación ontológica y remite en todos los elementos anteriores a la norma de procedimiento que configure la Administración Pública responsable. El artículo 71 bis.3 LPC lo dispone de forma nítida: "Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas".

Es la norma la que tiene que estructurar el mecanismo de control que resulte adecuado para la actividad de servicios concreta, partiendo del problema planteado de cuándo se puede recurrir a la autorización y cuándo a estas modalidades de declaraciones previas. A partir de aquí la Administración puede iniciar el proceso, teniendo presente la exigencia de simplificación administrativa, el peso que han de tener los elementos de acceso electrónico a los servicios públicos.

Tanto es así que la norma de procedimiento tendrá que configurar incluso los casos en los que se permite que el inicio de la actividad pueda efectuarse con carácter previo a la presentación de la comunicación, de acuerdo con lo previsto en el segundo inciso del artículo 71 bis.3. Posiblemente no sea un supuesto para las declaraciones responsables sino meramente para las comunicaciones previas.

La norma de configuración de las declaraciones previas ha de prever aspectos relevantes de su contenido y efectos, ya que la norma de habilitación resulta totalmente insuficiente, tanto en relación a los requisitos de los operadores como a los trámites necesarios de los procedimientos administrativos que han de ser seguidos.

En cuanto a su contenido, hay dos elementos relevantes: por un lado, contemplar los requisitos que exige la Administración para poder realizar la actividad, lo que habrá de plantearse de forma objetiva, transparente y no discriminatoria. No cabe aquí discrecionalidad administrativa en cuanto a la conveniencia de ejercer su actividad y cabrá valoración por parte del órgano competente en la medida en que haya elementos ponderables en el desarrollo de la misma, contempladas en la norma de reconocimiento. No resulta razonable que se

planteen de otro modo, ya que es un elemento determinante para el ejercicio de la actividad.

De forma complementaria con lo anterior, qué mecanismos de acreditación del cumplimiento de los requisitos; lo cual ha de tener, asimismo, un grado de certeza suficiente para que el operador jurídico tenga seguridad. En este punto jugarán un papel esencial los informes de expertos externos a la propia Administración, que acostumbran a jugar un papel relevante. Nótese que lo anterior es básico para que la actividad se pueda seguir ejerciendo, ya que, como dispone el artículo 71 bis.4, la "inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar".

8. Requisitos para los operadores de servicios

El sistema, como se ha señalado reiteradamente, permite que cualquier operador pueda desarrollar su actividad económica. No obstante, ello no supone que la Administración Pública no pueda imponer ciertas condiciones a los operadores económicos que delimiten su derecho, siempre que los requisitos estén justificados por razones de interés general y no supongan una vulneración insostenible de las libertades comunitarias.

La Ley paraguas, en este punto, es deudora directa de lo dispuesto en la Directiva de servicios. De entrada, se suprime uno de los problemas que más tradicionalmente han existido, consistente en la duplicidad de controles sobre aspectos equivalentes ya controlados por otras Administraciones Públicas. Pero más allá de este elemento que parece razonable, la imposición de requisitos está sometido a ciertos criterios que están recogidos en el artículo 9.2 de la Ley paraguas: i) No ser discriminatorios; ii) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general; iii) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general; iv) Ser claros e inequívocos; v) Ser objetivos; vi) Ser hechos públicos con antelación, y vii) Ser transparentes y

282

accesibles. Como se puede apreciar, se trata de elementos que se corresponden a principios de buena administración y que han de ser justificados para que puedan resultar aplicables por los entes públicos.

A ello se añade un listado de requisitos que resultan prohibidos. Como se ha señalado con anterioridad, este régimen general no ampara en ningún caso las medidas que están previstas en el artículo 10 que, en ningún caso, se entenderán ajustadas al ordenamiento comunitario:

- a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad,⁴⁸ incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social;⁴⁹ y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador,⁵⁰ su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.
- b) Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros.
- c) Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio español, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de sucursal o de filial.
- d) Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía.

^{48.} Este es uno de los elementos que han sido recurrentes en la jurisprudencia comunitaria. Véase, por ejemplo, la STJCE de 29 de octubre de 1998, relativa a la exigencia del requisito de la nacionalidad por parte de España en relación con los prestadores de seguridad privada.

^{49.} Medida que proviene de la STJCE de 29 de noviembre de 2007, en el As. C-393/05, Comisión c. Austria.

^{50.} Requisito también muy utilizado, a pesar de la contravención del artículo 43 del Tratado, lo que ha sido reconocido reiteradamente por el TJCE, como ocurrió en la STJCE de 8 de julio de 1999.

- e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.
- f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general.
- g) Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español.
- *h*) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español⁵¹ o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Y junto con estas medidas que están excluidas en todo caso, en el artículo 11 de la *Ley paraguas* se prevén medidas de naturaleza excepcional, con un deber complementario de motivación y de comunicación a la Comisión europea:

- a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales.
- b) Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica; así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.
- c) Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.
- d) Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.
- e) La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio español.
- f) Requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como tener un número determinado de empleados; ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas, o a la obligación de contratar con una procedencia o modalidad determinada.
- g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.
- h) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

9. Procedimiento administrativo en los supuestos de comunicaciones previas

Que nos encontremos ante una carga para el particular con la finalidad de ejercitar una actividad económica, no significa en modo alguno que con declaración responsable y comunicación previa no hava que tramitar un procedimiento administrativo, del que quede constancia en un expediente, con independencia de que, en condiciones normales no hava decisión administrativa v se ejercite la actividad sólo con el acto privado del comunicante. Obviamente, el procedimiento ha de venir estructurado en la norma de configuración de la comunicación previa, dado que la regulación del artículo 71 bis de la LPC no resulta suficiente a estos efectos. En consecuencia, es la norma donde se ha de configurar un procedimiento adaptado a la naturaleza de estas comunicaciones previas, el cual tiene que partir del hecho de la tramitación electrónica del procedimiento, que es la forma que se pretende que se ejercite, va que debería servir en el marco de toda la Unión Europea, a través del procedimiento de ventanilla única.⁵² Por otra parte, no podemos olvidar que la revisión de procedimientos administrativos es una exigencia de la Ley paraguas, que en su artículo 17.1 dispone que "las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar su simplificación".

La importancia que tiene la estructuración del procedimiento administrativo radica en un mecanismo de garantía del particular, ya que la Administración retiene facultades de inspección y control que podrían determinar el veto a la continuación del ejercicio de la actividad por parte del particular. Esto conlleva asimismo que podrán ejercitarse los derechos del ciudadano del artículo 35, especialmente significativos en la modalidad electrónica, que será el modo normal de proceder en los casos de comunicaciones previas de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo artículo 6.3 de la Ley 11/2007.⁵³ Pero, al mis-

^{52.} Véase, en este sentido, el sistema parte de la tramitación a través de EUGO, que está abierta en http://www.eugo.es.

^{53.} Recordemos que la nueva redacción dicho precepto dispone que: "en particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:

mo tiempo, las condiciones en las que se produce el ejercicio constituyen un elemento de garantía para el interés general y, de ellas, ha de quedar constancia en el expediente que se configure.

9.1. Iniciación e instrucción del procedimiento

El procedimiento administrativo para el inicio de la actividad de servicios se tiene que iniciar a través de la propia comunicación previa, que deberá realizarse de acuerdo con los modelos que determine la Administración o que tengan un resultado equivalente. El artículo 71 bis. 1 insiste, en este sentido, en la claridad en la formulación de la declaración por parte del particular: "los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable". Téngase presente que, por un lado, la ley configura la aprobación de estos modelos una obligación de la administración competente, lo cual además pasa a ser una necesidad desde el momento en que con ellos se va a tramitar en la mayor parte de los supuestos un expediente electrónico. Por ello, el apartado quinto del artículo 71 bis dispone que "las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica". El documento que suscriba el particular se deberá acompañar de todos los elementos complementarios que haya determinado la norma y que servirán para acreditar que cumple con los requisitos que prevé la norma para el ejercicio de dicha actividad de servicios.

a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.

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

d) Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores".

La presentación errónea o incompleta de la documentación supone que la Administración tendrá la obligación de requerir al particular, al amparo del artículo 71 LPC –o norma equivalente, como ocurre con el artículo 97 del ROAS catalán, para que subsane los vicios que presente en el plazo que determine la norma de procedimiento. Esto tiene transcendencia por dos razones: por un lado, supone la suspensión del plazo para el ejercicio del veto por parte de la Administración y, por el otro, la falta de subsanación de un elemento esencial ha de entenderse como desistimiento del particular del procedimiento y, en consecuencia, de la voluntad de ejercicio de la actividad que se haya solicitado en su momento.

Una vez presentada la comunicación se abre, por parte de la Administración, la posibilidad o deber de inspección, en función de la modalidad de comunicación previa tal como se señaló con anterioridad: en los casos de las declaraciones responsables es obligatoria la apertura de un procedimiento de control mientras que en los casos de meras comunicaciones previas se aportan unos datos que, en función de la política que en cada momento tenga la Administración, conduce o no a un procedimiento de control. Conviene tener presente que dicho procedimiento, en estos supuestos, está presidido por el principio de proporcionalidad en función del momento en que se presentó la declaración responsable, salvo, evidentemente, que se presente un problema de protección de los consumidores que provoque la reaparición de las facultades de inspección por parte de la Administración competente.

También en ese sentido, ante la mala presentación de la comunicación –ya sea por defectos u omisiones– la Administración deberá requerir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 LRJPAC y como procedimiento administrativo que es, la presentación de una declaración responsable para que subsane. En principio, la falta de aporte de la documentación relevante tiene el efecto de desistimiento de la voluntad de desarrollo de la actividad de servicios.

El desarrollo de los procedimientos no suele estar muy formalizado, teniendo en cuenta la propia naturaleza de la potestad administrativa que se está ejercitando. En todo caso, de lo que se trata es de concretar cómo se materializa lo recogido en el apartado tercero del precepto: "las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas". Las consecuen-

cias que tiene el ejercicio de esta potestad por parte de la Administración –el veto a la continuación de la actividad o la imposición de elementos secundarios, tales como condiciones o modos– obliga a que se guarden todas las garantías del procedimiento, incluyendo el trámite del artículo 84. Exige también la recepción de la documentación en cualquier lengua de la Unión Europea de acuerdo con lo previsto en la Directiva de servicios y permite la petición de informes y la apertura de procedimientos de prueba en los casos en los que resulte necesario. Y, en fin, habrá que conservar un expediente administrativo, como si el resultado final fuera un acto administrativo. Desde esta perspectiva, ninguna diferencia existe entre la tramitación de un procedimiento que concluye con una resolución que éstos procedimientos que terminarán (o no) con el silencio de la Administración receptora de la comunicación previa al ejercicio de la actividad económica.

En esta línea que nos encontremos ante un procedimiento poco formalizado, que se pretende que sea rápido, no debe suponer que no haya garantías para terceros interesados –participando mediante las alegaciones correspondientes—⁵⁴ y que, en los casos que se requiera, haya que abrir procedimientos de información pública. No se oculta, sin embargo que, en la práctica puede resultar, tal como ocurre en las ambientales, que "el procedimiento es, a todas luces, silencioso y obtuso. La participación de terceros mediante los trámites aludidos se reputa inexistente".⁵⁵

No obstante, conviene recordar que la Directiva de servicios tiene como uno de sus principales propósitos el de la simplificación administrativa y el de la tramitación electrónica de los procedimientos. Con ello, en el fondo, se está obligando a que los entes públicos reformulen los procedimientos para adaptarlos a ambas realidades.

9.2. Terminación del procedimiento

El procedimiento administrativo concluirá, una vez instruido, a través de formas que están adaptadas a la propia naturaleza de la

^{54.} M.C. Núñez Lozano, Las actividades..., op. cit., p. 180.

^{55.} M. Rodríguez Font, Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación, Barcelona, Atelier, 2003, p. 200.

declaración responsable, por el mero transcurso del plazo, sin que la Administración haya ejercitado el veto al desempeño de la actividad o bien con una resolución administrativa en este sentido, que frustraría –si hay veto administrativo– o modularía –si se establecen condiciones o modos para la continuación del ejercicio de la actividad– la propia comunicación previa.

Si la inspección tiene efectos de conformidad con la declaración presentada, nos encontramos con que la Administración no tiene, en principio, la obligación de comunicar al particular el resultado a que ha llegado. No está en la esencia de las declaraciones previas y, en consecuencia es lo que resulta más consecuente. Con ello, el particular podrá continuar ejerciendo la actividad en las condiciones que están establecidas en la norma de procedimiento.

De este modo, si el resultado de la inspección es de disconformidad con el ejercicio de la actividad, la consecuencia es un veto para continuar el ejercicio de la actividad, ya sea total –que lo impide– o parcial –que introduce condiciones, términos o modos en su ejercicio–. Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la restricción del ejercicio de un derecho, la resolución deberá ser necesariamente motivada, incluyendo los aspectos que impiden el ejercicio de la actividad o que justifican la imposición de condiciones.

Si la Administración ejerciera la potestad de vetar el ejercicio de la actividad por parte del particular, ésta siempre tendrá que ser por razones objetivas, y que estén recogidas en la norma. No cabrán, en consecuencia, las razones de oportunidad para la denegación del ejercicio de la actividad, lo cual no significa que no exista margen para la valoración del órgano administrativo. La consecuencia directa es que el particular ha de dejar de prestar el servicio en el caso de que va haya iniciado la actividad económica. Vinculado a lo anterior, aparece la posibilidad de que la Administración abra un procedimiento sancionador contra el particular, precisamente por ejercer una actividad sin sometimiento a las condiciones que recoge la norma. Y, por último, tal como recoge el artículo 71 bis.4, "asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un pe-

riodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación".

10. Efectos de la comunicación previa

Como se acaba de indicar, la comunicación previa permite el ejercicio de la actividad de servicios en las condiciones que están previstas en la norma que la regule. No obstante, conviene precisar los efectos temporales y territoriales de dicho título habilitante, dado que la nueva regulación ha ampliado sus efectos jurídicos.

Tal como se regula en el artículo 5 de la Ley paraguas, "con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido". Es una consecuencia lógica de un sistema liberalizado que, por tanto, sólo puede ceder ante casos especiales que están previstos en el mismo precepto: i) cuando se renueve automáticamente o sólo esté sujeta al cumplimiento continuo de los requisitos; ii) si se puede justificar la limitación de la duración de la autorización o de los efectos de la comunicación o la declaración responsable por la existencia de una razón imperiosa de interés general. Obviamente no impedirá el ejercicio de las competencias de los poderes públicos y, en particular, no impedirá la revocación en los casos en que esté previsto en la norma.

La parquedad de la regulación abre la puerta, sin embargo, a las posibilidades de diferir en el tiempo los efectos de la comunicación. Si es una posibilidad recogida en las normas previas a la Directiva de servicios, nada obstaría –la ley proporciona efectos inmediatos con carácter general, lo que no impide su excepción– a que las disposiciones en las que se regularan más detalladamente contemplaran esta posibilidad. Ahora bien, en la medida en que limita el ejercicio de la actividad, este plazo previo está sujeto, de igual modo, a un control de proporcionalidad de la medida. Asimismo, se puede retrasar, tal como lo recoge de forma expresa en el nuevo artículo 71 bis.3, que permite que "la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente".

De igual manera, desde un punto de vista de la eficacia territorial de la declaración responsable, la regla es que con ella el prestador

del servicio está habilitado para realizar la actividad en la totalidad del territorio nacional. Regla que cede "cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada". De igual forma, en relación con los establecimientos físicos con los que se presten los servicios podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio.

RESUMEN

La aprobación de la Directiva de servicios y su transposición han provocado un cambio considerable en la forma de intervención administrativa en las actividades de servicios; en el sentido de limitar los mecanismos de intervención, restringir el uso de las autorizaciones tradicionales y sustituirlas por elementos de autorregulación, cuanto a las comunicaciones previas y declaraciones responsables. El estudio se centra en un análisis de los elementos básicos de estos dos títulos habilitantes; regulación que tiene cierto impacto en el sistema constitucional de distribución de competencias.

Palabras clave: Directiva de servicios; autorizaciones; declaraciones responsables; comunicaciones previas.

RESUM

L'aprovació de la directiva de serveis i la seva transposició han provocat un canvi considerable en la forma d'intervenció administrativa a les activitats de serveis; en el sentit que limita els mecanismes d'intervenció, restringeix l'ús de les autoritzacions tradicionals i les substitueix per elements d'autoregulació, pel que fa a les comunicacions prèvies i declaracions responsables. L'estudi se centra en una anàlisi dels elements bàsics d'aquests dos títols habilitadors, una regulació que té un cert impacte en el sistema constitucional de distribució de competències.

Paraules clau: política de serveis; autoritzacions; declaracions responsables; comunicacions prèvies.

ABSTRACT

The approval of the Directive on services and its transposition has provoked a considerable change in the form of administrative intervention in service activities; in the sense of limiting intervention mechanisms, restricting the use of traditional authorisations and replacing them with self-regulation elements, notice registry and compliance statements. The study focuses on the analysis of the basic elements of these required authorisations; a regulation that has a certain impact on the constitutional system for distributing competences.

Key words: Directive on services; authorisations; compliance statements; notice registry.

DE NOU SOBRE LA DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN MATÈRIA D'ENERGIES RENOVABLES: ASPECTES GENERALS I ÀMBITS PROBLEMÀTICS

Gerard Martín i Alonso

Responsable de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'Institut d'Estudis Autonòmics i professor associat de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

SUMARI: 1. El concepte d'energies renovables. – 2. L'àmbit competencial estatal. 2.1. Títols competencials aplicables. 2.2. L'activitat normativa estatal i el seu emparament competencial. – 3. L'àmbit competencial autonòmic. 3.1. Títols competencials aplicables, amb especial referència als Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006. 3.2. L'activitat normativa autonòmica i el seu emparament competencial. – 4. La competència participativa autonòmica en l'àmbit energètic. 4.1. La participació autonòmica en organismes energètics estatals. 4.1.1. Previsions estatutàries. 4.1.2. Modalitats d'articulació de la participació autonòmica. 4.2. Participació autonòmica en procediments estatals vinculats a l'àmbit energètic. – 5. Àmbits problemàtics del repartiment competencial. 5.1. El règim d'autorització de les instal·lacions generadores d'electricitat a partir de fonts d'energies renovables. 5.1.1. La Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric. 5.1.2. El Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel qual es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial. 5.2. La ubicació d'instal·lacions d'aprofitament d'energies renovables a la mar territorial. – *Resum-Resumen-Abstract*.

1. El concepte d'energies renovables

Per poder determinar l'abast de les competències de l'Estat i de les comunitats autònomes en matèria d'energies renovables, és important, com a punt de partença, determinar l'objecte material sobre el qual s'exerciran aquelles, per fixar amb exactitud quines són les funcions que corresponen a ambdues Administracions, d'acord amb la Constitució i els Estatuts d'Autonomia.

Un dels trets essencials que presenta el concepte d'energies renovables és el seu caràcter dinàmic i evolutiu en la mesura que nous avenços tecnològics i noves aplicacions energètiques poden determinar l'ampliació del seu contingut. Quins són els elements o trets característiques de les energies renovables? Seguint a Rafael Peña Capilla, es pot afirmar que les energies renovables es caracteritzen per quatre notes essencials: són respectuoses amb el medi ambient, de procedència autòctona, no generen residus perillosos i tenen caràcter inesgotable.¹ El cert, però, és que, com ha posat en relleu Alfonso Pérez Moreno, no hi ha unanimitat doctrinal sobre quins tipus de fonts energètiques compleixen aquestes característiques.²

Per a Enrique Domingo, la principal característica de les energies renovables és la seva inesgotabilitat: "De una forma sumamente sencilla, se pueden definir la energías renovables como aquellas fuentes primarias de energía que, de forma periódica, se renuevan a través de ciclos naturales, por lo que se pueden considerar inagotables; es decir, se renuevan de forma continua, en contraposición con los combustibles fósiles de los que existen unas determinadas reservas agotables en un espacio de tiempo determinado; el hombre puede aprovechar las fuentes renovables de energía mediante su transformación en energía útil". Enrique Domingo López, *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Madrid, Institut Nacional d'Administració Pública, 2000, p. 29.

2. Alfonso Pérez Moreno destaca: "Para Martín Mateo el concepto de renovables debe

^{1.} En concret, Rafael Peña Capilla assenyala respecte de les energies renovables: "Son tecnologías respetuosas con el medio ambiente, que no contribuyen a la emisión de gases de efecto invernadero, ni agresivos con la capa de ozono o con los bosques u otros espacios naturales. Tampoco generan residuos peligrosos, en forma de restos de combustible, vertidos, o materiales radiactivos nocivos para la salud humana. La fuente de energía es autóctona, es decir, no son necesarios combustibles procedentes del exterior para garantizar el suministro energético en una determinada zona. El recurso energético es inagotable, sin limitaciones esenciales en la fuente de energía que supongan límites a su utilización en el futuro." Rafael Peña Capilla, "El potencial de las energías renovables en España", a Energías y cambio climático, Salamanca, 2008, pp. 114 i 115. Gonzalo Sáenz de Miera coincideix amb aquesta definició, però hi afegeix un aspecte interessant: les energies renovables són motor de desenvolupament econòmic i social. En concret, indica: "Desde el punto de vista ambiental, las energías renovables, a diferencia de los combustibles fósiles, se renuevan de forma natural, por lo que son infinitas, no producen gases de efecto invernadero y son, por tanto, una de las pocas vías disponibles, para hacer frente al aumento de la demanda de energía sin agravar el problema del cambio climático. Desde la perspectiva energética, se trata de energías autóctonas, que no es necesario importar, están disponibles en mayor o menor medida en todos los países y contribuyen, por tanto, a reducir la elevada y creciente dependencia de la mayor parte de los países. Por último, las energías renovables son una importante fuente de empleo y constituyen, en muchos casos y especialmente en regiones poco avanzadas, un motor de desarrollo económico y social". Gonzalo Sáenz de Miera, . La regulación, clave para el desarrollo de las energías renovables", a *Economía indus*trial, 2007, p. 163.

Per donar resposta a quins tipus de fons energètiques s'inclouen en l'àmbit de les energies renovables, recorrerem a un criteri objectiu: la regulació establerta pel dret positiu, i en la mesura que gran part de les polítiques públiques de l'Estat vénen directament determinades des de la Unió Europea, és, més que oportú, necessari, recórrer al dret europeu per delimitar el contingut material del concepte d'energies renovables.

Dues recents Directives europees estableixen el que s'ha d'entendre per energies renovables. La Directiva 2010/31/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 19 de maig de 2010, relativa a l'eficiència energètica dels edificis, i la Directiva 2009/28/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2009, relativa al foment de fonts renovables i per la qual es modifiquen i es deroguen les Directives 2001/77/CE i 2003/30/CE, determinen que s'entendrà per energia procedent de fonts renovables la procedent de fonts renovables no fòssils, és a dir, l'energia eòlica, la solar, l'aerotèrmica, geotèrmica, hidrotèrmica i oceànica, hidràulica, biomassa, gasos d'abocador, gasos de planta de depuració i biogàs (article 2.6 de la Directiva 2010/31/UE i article 2.a de la Directiva 2009/28/CE). Aquesta àmplia definició ja apunta unes de les notes essencials que caracteritzen, en l'ordenament jurídic espanyol, la delimitació de l'àmbit de competències de les administracions en matèria d'energies renovables, consistent en la confluència de diversos títols competencials aplicables en funció de la naturalesa d'algunes de les fonts susceptibles de generar les energies renovables (recursos hídrics, forests, residus...) sobre les quals existeix un règim específic de distribució de competències.

aplicarse sólo a los aprovechamientos directos del sol, el viento y las olas, quedando excluidos la energía geotérmica y la derivada de la biomasa por partir ambas de recurso limitados. Sin polemizar Domingo López, en su tesis doctoral sobre régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica (INAP, Madrid, 2000) considera que, siguiendo el Plan Energético nacional y el criterio de la Unión Europea –en "Energía para el futuro: fuentes de energía renovable", (1996), hay que incluir en el ámbito de las energías renovables la solar, tanto térmica como fotovoltaica, la eólica, la energía geotérmica, la hidráulica y la de la biomasa, incluidos los residuos urbanos e industriales. También recuerda la existencia de la energía producida por las mareas y por las olas del mar. A mi juicio en el grupo de la energía eólica debe distinguirse la eólica terrestre y la eólica en el mar, dada la especial singularidad que ofrecen los parques eólicos marinos". Alfonso Pérez Moreno, "Las energías renovables", a Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 55, 2004, p. 14.

2. L'àmbit competencial estatal

2.1. Títols competencials aplicables

Per fixar l'àmbit competencial que correspon a l'Estat en matèria d'energies renovables,³ cal atendre cinc criteris: l'energètic, la tipologia de les fonts renovables, el tipus d'energia produïda, l'ambiental i l'econòmic.

Des de la perspectiva energètica, cal partir del títol competencial de l'article 149.1.25 de la Constitució (CE) que atribueix a l'Estat competència exclusiva sobre les bases del règim energètic. Aquest precepte constitucional no distingeix sobre l'origen de les energies, per la qual cosa es pot entendre que inclou qualsevol tipus d'energia incloses les renovables. Tot i que la jurisprudència constitucional en matèria d'energies renovables és escassa, l'aplicabilitat del títol competencial de l'article 149.1.25 CE troba suport en la sentència del Tribunal Constitucional (STC) 136/2009, de 15 de juny, en què el Tribunal Constitucional va considerar que una convocatòria d'ajuts estatal de suport a l'energia solar tèrmica –un dels tipus d'energies renovables– convocatòria efectuada en el marc del Pla estatal de foment per a les energies renovables, s'inseria en la matèria règim energètic per ser la més directament afectada. Per tant, en una primera aproximació, es pot afirmar que en virtut de la competència exclusiva que li atribueix

^{3.} Una anàlisi de la distribució de competències en matèria d'energies renovables entre Estat i comunitats autònomes l'ha dut a terme Mariano Bacigalupo, "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables" a Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, núm. 10, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, Abril 2010, pp. 286 a 329. En aquest article s'examina la distribució de competències en matèria d'energies renovables, de conformitat amb la legislació sectorial energètica, i s'analitzen supòsits problemàtics (accés del règim especial a les xarxes de distribució, concursos autonòmics en matèria eòlica, problemes competencials en matèria de subvencions i problemes competencials associats al creixement del sector).

^{4.} Així ho considera també Masao Javier López Sako que assenyala: "Para concluir, insistimos en que no existe especificidad alguna a nivel constitucional en cuanto al tema de las competencias en materia de energías renovables con respecto a la energía en general. La Constitución habla simplemente de régimen energético, lo que incluye obviamente las energías renovables, y no establece ninguna diferenciación para éstas. Las diferencias se producen por la aplicación de las competencias sobre medio ambiente, por las importantes implicaciones de dichas energías en esta otra materia." Masao Javier López Sako, Regulación y autorización de los parques eólicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, p. 166.

l'article 149.1.25 CE, l'Estat pot dictar la normativa bàsica en matèria d'energies renovables.⁵

Ara bé, l'aplicació de la competència de l'article 149.1.25 CE, no exclou que puguin arribar a ser aplicables altres títols competencials en funció d'altres criteris com la tipologia de les fonts d'energies renovables. En efecte, en el cas que la font d'energia renovable tingui un origen hidràulic també podria ser aplicable la competència exclusiva de l'Estat sobre la legislació, ordenació i concessió de recursos i aprofitaments hidràulics si les aigües passen per més d'una comunitat autònoma (article 149.1.22 CE).

Igualment, en el cas de l'energia produïda amb gasos d'abocador, podria entrar en joc la competència exclusiva de l'Estat per establir la normativa bàsica en matèria de protecció del medi ambient (article 149.1.23 CE) en la mesura que el règim jurídic aplicable als abocadors es fonamenta en l'esmentada competència exclusiva.⁶ També, en el cas d'energia generada amb biomassa⁷ podria ser aplicable o bé el mateix títol competencial relatiu a la protecció del medi ambient, en el cas que la biomassa estigués formada per deixalles i residus d'orígens diversos, com ara els residus industrials i municipals; o bé el títol que atribueix a l'Estat la competència exclusiva per fixar la legislació bàsica sobre espais i aprofitaments forestals (article 149.1.23 CE) en el cas que la biomassa tingués el seu origen en productes de la silvicultura.

^{5.} Un recent estudi sobre la distribució de competències en matèria de règim energètic entre Estat i comunitats autònomes, l'ha efectuat Vicente Álvarez García, a "El régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera", a Revista General de Derecho Administrativo, núm. 24, Maig 2010, p. 1 a 44.

^{6.} El Reial Decret 1481/2001, de 27 de desembre, pel qual es regula l'eliminació de residus mitjançant dipòsit en abocador, estableix, en la seva disposició final segona, que l'esmentat Reial Decret té la consideració de legislació bàsica sobre protecció del medi ambient d'acord amb l'article 149.1.23 CE.

^{7.} La biomassa és definida per l'article 2.e de la Directiva 2009/28/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2009, relativa al foment de fonts renovables i per la qual es modifiquen i es deroguen les Directives 2001/77/CE i 2003/30/CE, com la fracció biodegradable dels productes, deixalles i residus d'origen biològic procedents d'activitats agràries (incloses les substàncies d'origen vegetal i d'origen animal) de la silvicultura i de les indústries connexes, incloses la pesca i l'aqüicultura, així com la fracció biodegradable dels residus industrials i municipals.

Un tercer criteri està vinculat al tipus d'energia que es generi a partir de fonts d'energies renovables; en aquest cas, la Constitució conté un títol competencial específic aplicable en cas que es tracti d'energia elèctrica, en concret la competència exclusiva de l'Estat en relació amb l'autorització de les instal·lacions elèctriques si l'aprofitament afecta una altra Comunitat o si l'energia és transportada fora del seu àmbit territorial (article 149.1.22 CE).

Finalment, la tipologia competencial s'ha de completar des dels vessants ambiental i econòmic inherents a les energies renovables, vessants que fonamenten l'aplicació del títol competencial ambiental (article 149.1.23 CE) i de la competència exclusiva estatal sobre les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (article 149.1.13 CE).

Des de la perspectiva ambiental, no es pot oblidar que una de les principals característiques de les energies renovables és que són, en diferent grau, altament respectuoses amb el medi ambient i que, específicament, es consideren un instrument eficaç per combatre el canvi climàtic. Aquestes característiques justifiquen l'aplicabilitat del títol competencial ambiental (article 149.1.23 CE)⁸ que no només es pot fonamentar, com anteriorment s'ha assenyalat, en l'origen de les fonts d'energies renovables, sinó també en els objectius que s'assoleixen amb la seva utilització: reduir la generació de residus, lluitar contra el canvi climàtic⁹ i, en general, desenvolupar polítiques energètiques més respectuoses amb el medi ambient.¹⁰

^{8.} Sobre la relació entre el règim jurídic aplicable a les energies renovables i les previsions constitucionals relatives al medi ambient, tant a nivell de principi rector (article 45 CE), com en l'àmbit de la distribució competencial (article 149.1.23 CE), vegeu Manuel Aragón Reyes, "Constitución, medio ambiente y energías renovables", publicat a l'obra col·lectiva *Tratado de Energías Renovables*. volumen II, Aspectos jurídicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010, p. 27 a 48.

^{9.} Sobre el paper de les energies renovables enfront del canvi climàtic, és interessant l'article de Masao Javier López Sako, "Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático" a Revista Aranzadi de Derecho Ambiental núm. 16, 2009, p. 239 a 252.

^{10.} Manuel Aragón Reyes vincula les energies renovables amb la previsió constitucional d'utilització racional dels recursos naturals (article 45.2 CE), tot assenyalant: "El art. 45.2 CE facilita una clave jurídica de gran importancia respecto de la utilización de los recursos naturales y, en especial, en cuanto a la ponderación equilibrada acerca del uso de las plurales fuentes energéticas, lo que tiene una especial trascendencia respecto de las energías renovables. Esa clave es el mandato a los poderes públicos para velar por la utilización racional (así lo dice el precepto) de todos los recursos naturales con el fin de proteger

Aquesta aplicació de la competència ambiental, es veu reforçada per les polítiques de la Unió Europea que vinculen el desenvolupament de les energies renovables a la protecció del medi ambient, ¹¹ com es fa palès, en primer lloc, en l'article 192.2.c del Tractat de Funcionament de la Unió Europea que inclou les mesures que afectin significativament l'elecció per un Estat entre diferents fonts d'energia i l'estructura general del seu proveïment energètic, entre aquelles que poden contribuir a assolir els objectius de la política de la Unió Europea en l'àmbit del medi ambient, fixats en l'article 191 del Tractat. ¹² En segon lloc, l'article 194.1 del mateix Tractat de Funcionament de la Unió Europea, en fixar els objectius de la política energètica de la Unió, els emmarca en la necessitat de preservar i millorar el medi ambient. ¹³

El dret derivat europeu en matèria d'energies renovables també reflecteix aquest lligam d'aquest tipus d'energies amb la protecció del medi ambient; així, normes europees, anteriors a l'entrada en vigor

y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente". Manuel Aragón Reyes, "Constitución, medio ambiente y energías renovables", publicat a l'obra col·lectiva *Tratado de Energías Renovables*, volumen II, Aspectos jurídicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010, p. 45.

- 11. És oportú recordar que el Tribunal Constitucional ha declarat que si bé el Dret comunitari no és cànon de constitucionalitat de les normes, prestar atenció a la forma en la qual s'ha configurat una institució per aquell Dret pot ser útil, i fins i tot obligat, per aplicar correctament l'esquema intern de distribució competencial (STC 173/2005, de 23 de juny, Fj 9).
- 12. L'article 191 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea estableix:
- "1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:
- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático."
- 13. L'article 194.1 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea estableix el següent: "En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:
- a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía;
- b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión;
- c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y
- d) fomentar la interconexión de las redes energéticas."

del Tractat de Lisboa, com ara la Directiva 2009/28/CE del Parlament Europeu i del Consell de 23 d'abril de 2009 relativa al foment de fonts renovables i per la qual es modifiquen i es deroguen les Directives 2001/77/CE i 2003/30/CE, trobaven el seu fonament en l'article 175.1 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, precepte que habilitava el Consell per decidir les accions que s'haguessin d'emprendre per a la realització dels objectius de l'antic article 174 del Tractat que fixava els objectius de la política de la Unió Europea en l'àmbit del medi ambient.¹⁴

La competència ambiental justifica la regulació d'aquells elements de les energies renovables vinculats directament amb la protecció del medi ambient, com ara l'exigència de dur a terme una utilització racional dels recursos de què provenen les fonts energètiques renovables, la promoció del seu ús amb finalitats de protecció ambiental i no només de proveïment energètic, i, en general, tots els aspectes de les energies renovables que contribuïssin a configurar una política energètica que fos respectuosa amb l'entorn.

La competència ambiental també empara la regulació dels àmbits relatius a la prevenció i correcció de la incidència ambiental de les instal·lacions d'aprofitament de les fonts d'energies renovables, però aquesta regulació no té una especificitat pròpia en el cas de les energies renovables, sinó que respon estrictament a la incidència ambiental de les instal·lacions, com en qualsevol altre tipus d'instal·lacions, activitats i infraestructures que també puguin arribar a tenir efectes sobre el medi ambient. Aquests àmbits de regulació fan referència a la normació i desenvolupament dels procediments d'intervenció administrativa ambiental aplicables en relació amb els projectes d'instal·lacions d'aprofitament d'energies renovables, com ara l'autorització ambiental integrada, 15 el procediment d'avaluació

^{14.} La Directiva 2010/31/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 19 de maig de 2010, relativa a l'eficiència energètica dels edificis, ja es fonamenta en el nou article 194.2 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, que faculta el Parlament Europeu i el Consell per establir, d'acord amb el procediment legislatiu ordinari, les mesures necessàries per assolir els objectius esmentats en l'apartat 1 del mateix article 194, precepte que estableix els objectius de la política energètica de la Unió.

^{15.} La Llei de les Corts Generals 16/2002, d'1 de juliol, de prevenció i control integrats de la contaminació, que té per objecte evitar o, quan això no sigui possible, reduir i controlar la contaminació de l'atmosfera, de l'aigua i del sòl, mitjançant l'establiment d'un sistema de prevenció i control integrats de la contaminació, amb la finalitat d'assolir una elevada

d'impacte ambiental¹⁶ o l'avaluació ambiental estratègica de plans i programes.¹⁷⁻¹⁸

Finalment, des de la perspectiva econòmica de les energies renovables, cal fer esment a la competència exclusiva de l'Estat sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (article 149.1.13 CE). ¹⁹ L'aplicabilitat d'aquest títol competencial troba

protecció del medi ambient en el seu conjunt, inclou en el seu àmbit d'aplicació les installacions de combustió amb una potència tèrmica de combustió superior a 50 MW, entre les quals s'inclouen les instal·lacions de producció d'energia elèctrica en règim ordinari o en règim especial, en las quals es produeixi la combustió de combustibles fòssils, residus o biomassa (annex 1.1.1.a).

- 16. El Reial Decret Legislatiu 1/2008, d'11 de gener, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'avaluació d'impacte ambiental de projectes, que pretén assegurar la integració dels aspectes ambientals en el projecte de què es tracti mitjançant la incorporació de l'avaluació d'impacte ambiental en el procediment d'autorització o aprovació d'aquell per l'òrgan substantiu, inclou en el seu àmbit d'aplicació les instal·lacions per a la utilització de la força del vent per a la producció d'energia (parcs eòlics) que tinguin 50 o més aerogeneradors o que es trobin a menys de 2 kilòmetres d'un altre parc eòlic (Annex 1 Grup 3.i).
- 17. La Llei de les Corts Generals 9/2006, de 28 d'abril, sobre avaluació dels efectes de determinats plans i programes en el medi ambient, estableix que seran objecte d'avaluació ambiental els plans i programes que puguin tenir efectes significatius sobre el medi ambient, que s'elaborin o aprovin per una Administració Pública i que la seva elaboració i aprovació vingui exigida per una disposició legal o reglamentària o per acord del Consell de Ministres o del Consell de Govern d'una comunitat autònoma. S'entendrà que tenen efectes significatius sobre el medi ambient aquells plans i programes que estableixin el marc per a la futura autorització de projectes legalment sotmesos a avaluació d'impacte ambiental en matèria, entre d'altres, d'energia (article 3.2.a).
- 18. Sobre els aspectes ambientals que s'han de tenir en compte en el desenvolupament de les energies renovables, vegeu Carlos de Miguel Perales, "Aspectos del Derecho del medio ambiente en las energías renovables", a l'obra col·lectiva *Tratado de Energías Renovables* volumen II, Aspectos jurídicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 147 a 206.
- 19. Enrique Domingo fa esment d'altres títols competencials estatal que poden arribar a ser aplicables, com ara l'article 149.1.18 CE que atribueix competència exclusiva a l'Estat sobre contractes i concessions administratives, en la mesura que l'explotació dels recursos energètics renovables requerirà l'atorgament de concessions i la perfecció de contractes administratius; l'article 149.1.15 CE relatiu al foment i coordinació general de la investigació científica i tècnica, atès que el desenvolupament de les energies renovables exigeix investigació científica, desenvolupament tecnològic i esforços de demostració de la viabilitat d'aquestes fonts d'energia i l'article 149.1.24 CE, relatiu a les obres públiques d'interès general o la realització de les quals afecti més d'una comunitat autònoma (Enrique Domingo López, *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Madrid, Institut Nacional d'Administració Pública, 2000, pp. 92 i 93).

Certament, aquests títols competencials també poden arribar a ser aplicables en matèria d'energies renovables, però no per la presència d'unes característiques específiques en aquesta matèria, sinó pel fet que, com en qualsevol altre àmbit d'intervenció administra-

el seu fonament en la incidència que el règim d'energies renovables i els costos econòmics que li són inherents tenen sobre el funcionament general de l'economia, cosa que justifica la intervenció de l'Administració de l'Estat per repercutir, amb caràcter general, aquells costos entre els diferents subjectes intervinents en el procés de les energies renovables, des del productor fins el consumidor final, passant pel distribuïdor i subministrador, a través de l'establiment d'un règim tarifari i de la regulació de primes i incentius a la producció.²⁰

De fet, un dels aspectes rellevants del règim retributiu de les instal·lacions de producció d'energia elèctrica provinent de fonts d'energia renovables, previst en la Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric, és la regulació de les primes²¹

tiva, es puguin atorgar concessions i contractes, impulsar investigacions o executar obres públiques.

- 20. Sobre la compatibilitat entre el règim d'ajuts de la Unió Europea i el foment de les energies renovables a través de polítiques públiques que intervenen en la fixació de preus de compra de l'electricitat generada per aquest tipus d'energies per empreses subministradores d'energia elèctrica, cal destacar l'article de José Antonio Razquin Lizarraga, "El fomento de las energías renovables: medio ambiente y Mercado Común", a Revista Jurídica de Navarra, 2001, pp. 167 a 189. També analitza els mecanismes de suport a l'electricitat d'origen renovable en relació amb la seva compatibilitat amb el Dret europeu sobre ajuts d'Estat i sobre la lliure circulació de mercaderies, Manuel Olábarri Santos, "El fomento de las energías renovables en el mercado interior de la electricidad", a Noticias de la Unión Europea, setembre, 2008, pp. 55 a 64. Igualment, cal fer esment de Yanna G. Franco i Pedro M. Herrera Molina, "Los nuevos instrumentos económicos para el fomento de energías renovables desde la perspectiva del Derecho financiero comunitario", a Noticias de la Unión Europea, 2004, pp. 55 a 68.
- 21. L'article 30, apartats 4 i 5, de la Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric, estableix el règim retributiu aplicable a les instal·lacions de producció d'energia elèctrica en règim especial (en el qual s'inclou part de la generada amb fonts d'energies renovables), regulant la percepció de primes. Els apartats 4 i 5 de l'article 30 estableixen el següent:
- "4. El régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en los siguientes casos:
- a) Las instalaciones a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 27.
- b) Las centrales hidroeléctricas de potencia instalada igual o inferior a 10 MW, y el resto de las instalaciones a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 27.
- A los efectos de la presente Ley, no se entenderá como biomasa los residuos sólidos urbanos ni los peligrosos.
- c) Las centrales hidroeléctricas entre 10 y 50 MW, las instalaciones a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 27, así como las instalaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27.
- Para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de

que poden percebre aquest tipus d'instal·lacions,²² que s'utilitzen com un instrument per al seu foment i impuls.²³

Aquesta intervenció pública és tant essencial per a l'impuls de les energies renovables que les Directrius Comunitàries sobre ajuts estatals en favor del medi ambient (DOUE C 82, d'1.04.2008) dediquen un apartat específic als ajuts per a fonts d'energies renovables, destacant que aquests ajuts fan front a l'elevat cost de la producció d'alguns tipus d'energia renovable que impedeix a les empreses aplicar preus competitius en el mercat, cosa que crea un obstacle d'accés al mercat per a l'esmentada energia.²⁴

energía primaria y a la eficiencia energética, la producción de calor útil económicamente justificable y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales."

- "5. El Gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas, podrá determinar el derecho a la percepción de una prima que complemente el régimen retributivo de aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de cogeneración o que utilicen como energía primaria, energías renovables no consumibles y no hidráulicas, biomasa, biocarburantes o residuos agrícolas, ganaderos o de servicios, aun cuando las instalaciones de producción de energía eléctrica tengan una potencia instalada superior a 50 MW.
- Asimismo, el Gobierno podrá determinar el derecho a la percepción de una prima que complemente el régimen retributivo de aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de origen térmico del régimen ordinario cuando, además de utilizar el combustible para el que fueron autorizados, utilicen también biomasa como combustible secundario. Para ello, se tendrán en cuenta los consumos energéticos que se produzcan y los sobrecostes que dicha utilización produzca. El acto resolutorio por el que se fije la cuantía de la prima contendrá también las condiciones de utilización de la biomasa."
- 22. També són d'aplicació a l'energia elèctrica generada amb fonts d'energies renovables la resta de potestats amb contingut econòmic atribuïdes a l'Administració de l'Estat, amb caràcter general, per la Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric, com ara establir la retribució de la garantia de potència, regular l'estructura de preus i, mitjançat peatge, l'ús de les xarxes de transport i distribució, o regular els termes en què s'ha de desenvolupar la gestió econòmica del sistema (article 3.1 de la Llei 54/1997, de 27 de novembre).
- 23. Vegeu, en tal sentit, Luis Cazorla González-Serrano, "El régimen tarifario de las energías renovables", a l'obra col·lectiva *Tratado de Energías Renovables*, volumen II, Aspectos jurídicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 119 a 146.
- 24. Les Directrius Comunitàries sobre ajuts estatals en favor del medi ambient assenyalen: "Estas ayudas hacen frente al fallo de mercado relacionado con las externalidades negativas mediante la creación de incentivos individuales para aumentar el porcentaje de las fuentes de energía renovables en la producción total de energía. El incremento de la utilización de las fuentes renovables de energía es una de las prioridades de la Comunidad en materia de medio ambiente, amén de una prioridad económica y energética. Debería contribuir significativamente a alcanzar los objetivos en materia de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. A escala comunitaria, en la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo Una política energética para Europa, se

Tanmateix, la competència estatal de l'article 149.1.13 CE²⁵ no dóna emparament a l'Estat per regular de forma omnicomprensiva qualsevol àmbit relatiu a les energies renovables, ni tan sols qualsevol aspecte en què concorri un component econòmic, sinó que només justificaria l'aprovació d'aquelles mesures de caràcter econòmic la regulació de les quals fos estrictament necessària perquè presentessin una rellevància real, directa i significativa per a la protecció dels interessos econòmics generals. Aquesta rellevància permetria a l'Estat, d'acord amb la iurisprudència constitucional, fixar els criteris econòmics globals d'ordenació del sector –en aquest cas, de les energies renovables–, però només empararia, excepcionalment, accions singulars quan aquestes tinguessin una especial transcendència per assolir els fins proposats dintre de l'ordenació de cada sector (SSTC 77/2004, de 29 d'abril, Fj 4, 124/2003, de 19 de juny, FJ 3, 95/2002, de 25 d'abril, Fj 7 i 95/2001, de 5 d'abril, FJ 3), tenint en compte que la competència de l'article 149.1.13 CE haurà de ser interpretada de forma estricta quan concorre amb un títol competencial més específic (STC 164/2001, d'11 de juliol, Fi 9).

Finalment, cal assenyalar que les darreres iniciatives legislatives estatals en matèria econòmica vinculen amb especial èmfasi el desenvolupament econòmic amb els aspectes energètics, en general, i amb el recurs a les energies renovables, en particular.²⁶

ha fijado el objetivo de lograr en 2020 una participación de las fuentes de energía renovables del 20 % en el consumo total de energía de la UE. Las ayudas estatales pueden estar justificadas si el coste de producir energía a partir de fuentes renovables es superior al coste de producción a partir de fuentes menos respetuosas del medio ambiente y si no existe ninguna norma comunitaria obligatoria para las empresas individuales relativa al porcentaje de energía que debe proceder de fuentes renovables. El elevado coste de la producción de algunos tipos de energía renovable impide a las empresas aplicar precios competitivos en el mercado, lo que crea un obstáculo de acceso al mercado para dicha energía. No obstante, los avances tecnológicos en el ámbito de las fuentes renovables de energía, y la cada vez mayor internalización gradual de las externalidades ambientales (como resultado, por ejemplo, de la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, la legislación sobre la calidad del aire y el régimen de comercio de derechos de emisión) hacen que, en los últimos años, la diferencia de coste registre una tendencia a disminuir, con lo que se reduce la necesidad de ayudas."

- 25. Sobre la delimitació del contingut material i abast funcional de la competència estatal de l'article 149.1.13 CE, cal destacar l'anàlisi feta per Manuel Carrasco Duran en el seu llibre El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica, València, Institut d'Estudis Autonòmics i Tirant Lo Blanch, 2005.
- 26. Així es reflecteix al projecte de llei d'economia sostenible que es tramita al Congrés dels Diputats (Butlletí Oficial de les Corts Generals-Congrés dels Diputats, de 9 d'abril de 2010. Sèrie A-Projectes de llei. Núm. 60-1) que vincula el concepte de sostenibilitat

2.2. L'activitat normativa estatal i el seu emparament competencial

Si examinem la normativa estatal que regula les energies renovables, es fa palès que l'Administració de l'Estat considera que en aquesta matèria conflueixen un seguit de títols competencials, i no només el relatiu a l'energia. En efecte, cap norma que reguli la matèria esmentada es fonamenta exclusivament en el títol competencial de l'article 149.1.25 CE referent a les bases del règim energètic, sinó que també recorre a altres títols competencials estatals, com són els relatius a la planificació general de l'activitat econòmica (article 149.1.13 CE), a l'autorització de les instal·lacions elèctriques si l'aprofitament afecta una altra Comunitat o si l'energia és transportada fora del seu àmbit territorial (article 149.1.22 CE) i a la protecció del medi ambient (article 149.1.23 CE).

Diverses són les normes que es fonamenten, a banda de fer esment a l'article 149.1.25 CE, en l'article 149.1.13 CE: des d'aquelles que, en principi, podrien entendre's aparentment connectades amb la planificació general de l'activitat econòmica, com ara el Reial Decret 1578/2008, de 26 de setembre, de retribució de l'activitat de producció d'energia elèctrica mitjançant energia solar fotovoltaica per a

de l'economia a diversos aspectes, entre els quals destaquen els de contingut energètic com ara l'estalvi i eficiència energètica, la promoció de les energies netes i l'adopció per les Administracions Públiques de polítiques energètiques i ambientals que compatibilitzin el desenvolupament econòmic amb la minimització del cost social de les emissions i dels residus produïts (article 3). El Capítol I del Títol III (articles 78 a 88 del projecte de llei) regula els aspectes relatius al que anomena com "model energètic sostenible", fixant els objectius nacionals d'estalvi energètic i participació en energies renovables, establint-se un objectiu nacional mínim de participació de les energies renovables en el consum d'energia final brut del 20% en 2020; aquest objectiu haurà d'assolir-se amb una quota d'energia procedent d'energies renovables en tots els tipus de transport en 2020 que sigui com a mínim equivalent al 10% del consum final d'energia del sector transport (article 79.1). El projecte de llei d'economia sostenible també continua amb l'orientació de les darreres accions normatives estatals que estableixen mesures per a l'impuls del creixement econòmic que concedeixen una especial importància a la vinculació de les energies renovables amb aquell creixement. Es pot fer esment, en tal sentit, del Reial Decret-Llei 6/2010, de 9 d'abril, de mesures per a l'impuls de la recuperació econòmica i l'ocupació (articles 1 i 2.2); la Llei 24/2005, de 18 de novembre, de reformes per a l'impuls a la productivitat (articles 3 i 4 i disposició addicional desena) i l'Ordre EHA/3566/2008, de 9 de desembre, per la qual es fa públic l'Acord del Consell de Ministres de 5 de desembre de 2008 pel qual s'aprova el destí del fons especial de l'Estat per a l'estímul de l'economia i l'ocupació dotat pel Real Decret-Llei 9/2008, de 28 de novembre, i la seva distribució per departaments ministerials (annex - Eix energia).

instal·lacions posteriors a la data límit de manteniment de la retribució del Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, per a dita tecnologia, fins aquelles en què aquella connexió és més tangencial o no abraça la totalitat de la regulació, com el Reial Decret 1027/2007, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament d'instal·lacions tèrmiques en edificis –que es fonamenta, de forma cumulativa, en els apartats 13, 23 i 25 de l'article 149.1 CE²⁷– o l'Ordre ITC/1522/2007, de 24 de maig, per la qual s'estableix la regulació de la garantia de l'origen de l'electricitat procedent de fonts d'energia renovables i de cogeneració d'alta eficiència –que es dicta a l'empara del disposat als apartats 13 i 25 de l'article 149.1 CE–.

Altres disposicions estatals es fonamenten, com s'ha indicat, en els títols competencials dels apartats 22 i 25 de l'article 149.1 CE, com són les normes reglamentàries que han regulat diversos aspectes relatius a la producció d'energia elèctrica en règim especial (Reial Decret 2818/1998, de 23 de desembre, sobre producció d'energia elèctrica per instal·lacions fornides per recursos o fonts d'energia renovables, residus i cogeneració; Reial Decret, 436/2004, de 12 de març, pel qual s'estableix la metodologia per a l'actualització i sistematització del règim jurídic i econòmic de l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial; Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel qual es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial).

Un cas específic el constitueix la utilització de la biomassa d'origen forestal com a font d'energia renovable, ja que la seva inserció en la matèria aprofitaments forestals queda específicament recollida en la normativa bàsica estatal reguladora dels aprofitaments forestals, d'acord amb la competència exclusiva estatal de l'article 149.1.23 CE. En tal sentit, la Llei de les Corts Generals 43/2003, de 21 de novembre de monts, inclou dintre del concepte d'aprofitaments forestals, "los maderables y leñosos, incluida la biomasa forestal" (article 6.i de la

^{27.} Excepte els articles 7.2, 17.1, 24, 28, 29.2, 29.3, 30.1, 30.3, 31.2, 31.4, 31.6, 38 y 40, que no seran aplicables en aquelles comunitats autònomes que, en l'exercici de les seves competències de desenvolupament de les bases estatals, hagin aprovat o aprovin normes de transposició de la Directiva 2002/91/CE, de 16 de desembre, d'eficiència energètica dels edificis, en els aspectes relatius a les instal·lacions tèrmiques (disposició final primera del Reial Decret 1027/2007).

El Reial Decret 1826/2009, de 27 de novembre, pel qual es modifica el Reial Decret 1027/2007, de 20 de juliol, es fonamenta en els mateixos títols competencials (article 149.1, apartats 13, 23 i 25 CE).

Llei 43/2003, de 21 de novembre). Aquesta Llei determina, igualment, que els instruments de planificació forestal, estatals i autonòmics, poden incloure previsions relatives a l'aprofitament energètic de la biomassa forestal. Concretament, els plans d'ordenació dels recursos forestals que correspon elaborar a les comunitats autònomes podran incloure, entre d'altres continguts, els relatius a les indústries forestals dedicades a l'aprofitament energètic de la biomassa forestal (article 31.6), mentre que s'estableix que el Govern de l'Estat ha d'elaborar, en col·laboració amb les comunitats autònomes, una estratègia per al desenvolupament de l'ús energètic de la biomassa forestal residual, d'acord amb els objectius indicats en el Pla de foment de les energies renovables a Espanya (disposició addicional quarta de la Llei 43/2003, de 21 de novembre).

Un supòsit singular el constitueix el Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, pel qual s'estableix el procediment administratiu per a la tramitació de les sol·licituds d'autorització d'instal·lacions de generació elèctrica en la mar territorial, que es fonamenta en la competència executiva d'autorització de les instal·lacions elèctriques si l'aprofitament afecta una altra Comunitat o si l'energia és transportada fora del seu àmbit territorial, que atribueix a l'Estat l'article 149.1.22 CE. Aquesta norma serà objecte d'una anàlisi específica en l'apartat 5.2 del present estudi.

Com a conclusió final, es pot afirmar que l'enunciació cumulativa i indiferenciada de títols competencials que formulen la majoria de normes estatals en matèria d'energies renovables, pot comportar, en determinats aspectes, efectes problemàtics des de la perspectiva de la distribució competencial, en la mesura que les funcions que corresponen a l'Administració de l'Estat i a les comunitats autònomes en els diferents àmbits materials en què operen els esmentats títols competencials, poden no tenir el mateix abast. Així, quan la norma estatal també es fonamenta en el títol competencial ambiental, pot plantejar dubtes si les comunitats autònomes poden establir qualsevol mesura addicional de protecció del medi ambient que afecti les energies renovables, o en quina mesura aquesta possibilitat s'ha de modular atenent a l'operativitat dels altres títols competencials aplicables (bases del règim miner energètic, bases de la planificació general de l'activitat econòmica).

Seria necessari, per tant, que l'Estat fes l'esforç de diferenciar l'aplicabilitat d'un o altre títol competencial en funció de la matèria

objecte de regulació, especialment pel que fa a l'article 149.1.13 CE, ja que no tots i cadascun dels aspectes relatius a les energies renovables poden entendre's compresos necessàriament en les bases de la planificació general de l'activitat econòmica, sinó només aquells la rellevància econòmica dels quals sigui directa i significativa.²⁸

3. L'àmbit competencial autonòmic

3.1. Títols competencials aplicables, amb especial referència als Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006

Si analitzem l'àmbit competencial de les comunitats autònomes, els títols competencials que els corresponen en matèria d'energies renovables seran lògicament els que hagin pogut assumir en aquells mateixos àmbits materials en què hem considerat que l'Estat té atribuïdes competències que emparen la seva acció normativa i, en alguns casos, executiva. En conseqüència, el primer dels títols competencials autonòmics que fonamenta l'actuació de les comunitats autònomes en matèria d'energies renovables és el relatiu al desenvolupament legislatiu i execució en matèria de règim energètic, competència que ha estat assumida per totes les comunitats autònomes.²⁹

^{28.} Les darreres propostes normatives estatals també posen de manifest que l'Estat continua considerant que la regulació de les energies renovables no es fonamenta únicament en la seva competència bàsica en matèria de règim energètic, sinó que existeix una confluència de títols competencials que emparen la seva regulació. Així es reflecteix en el projecte de llei d'economia sostenible, que actualment es tramita a les Corts Generals, que inclou un Títol III dedicat a la Sostenibilitat mediambiental, dintre del qual s'insereix el Capítol I que porta per enunciat Model energètic sostenible (articles 78 a 88), en el qual es regulen aspectes relatius a les energies renovables. La Disposició final primera-1 del projecte de llei fonamenta la seva regulació relativa a les energies renovables en tres dels títols competencials estatals anteriorment assenyalats: en primer lloc, l'article 149.1.13 CE, ja que estableix que tota la llei té el caràcter de legislació bàsica dictada a l'empara de d'aquest precepte; però a aquest títol competencial, li afegeix els apartats 23 i 25 de l'article 149.1 CE, en matèria de legislació bàsica sobre protecció del medi ambient i bases del règim miner i energètic, respectivament.

^{29.} Aquesta assumpció competencial de les comunitats autònomes està recollida als articles següents: article 133.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; article 50.5 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana; article 31.15 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears; article 49.2 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia; article 75.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó; article 71.1.10 de l'Estatut d'autonomia de Castellà i Lleó; article 11.2.c de

Alguns dels Estatuts d'Autonomia modificats en les darreres reformes estatutàries, encapcalades per l'Estatut d'autonomia de Catalunya, han desglossat el contingut de les matèries respecte de les guals les comunitats autònomes assumeixen competències, especificant quins són alguns dels subàmbits o de les submatèries que s'inclouen necessàriament -però no únicament- en la matèria respecte de la gual s'assumeixen competències. La matèria d'energia és una d'aquelles en què es duu a terme aquest desglossament; en concret, l'Estatut d'autonomia de Catalunya, en el seu article 133.1, després d'establir que correspon a la Generalitat la competència compartida en matèria d'energia, determina que aquesta competència inclou, en tot cas, diversos aspectes, entre els quals cal destacar el de l'apartat d) que fa referència a "El foment i la gestió de les energies renovables i de l'eficiència energètica". ³⁰ El Tribunal Constitucional, en la sentència 31/2010, de 28 de juny, ha declarat que la regulació de l'article 133.1 EAC és respectuosa amb l'ordre constitucional de distribució de competències,³¹ si bé la relació de submatèries contigudes en el pre-

l'Estatut d'autonomia del País Basc; article 28.3 de l'Estatut d'autonomia de Galícia; article 11.6 de l'Estatut d'autonomia del Principat d'Astúries; article 25.8 de l'Estatut d'autonomia de Cantàbria; article 9.2 de l'Estatut d'autonomia de la Rioja; article 11.4 de l'Estatut d'autonomia de la Regió de Múrcia; article 32.8 de l'Estatut d'autonomia de Castella - La Manxa; article 32.9 de l'Estatut d'autonomia de Canàries; article 57.f de la Llei orgànica de reintegrament i millora del règim foral de Navarra; article 8.9 de l'Estatut d'autonomia d'Extremadura i article 27.8 de l'Estatut d'autonomia de Madrid.

- 30. L'article 133.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya estableix :
- "Correspon a la Generalitat la competència compartida en matèria d'energia. Aquesta competència inclou en tot cas:
- a) La regulació de les activitats de producció, emmagatzematge i transport d'energia, l'atorgament de les autoritzacions de les instal·lacions que transcorrin íntegrament pel territori de Catalunya i l'exercici de les activitats d'inspecció i control de totes les instal·lacions existents a Catalunya.
- b) La regulació de l'activitat de distribució d'energia que s'acompleixi a Catalunya, l'atorgament de les autoritzacions de les instal·lacions corresponents i l'exercici de les activitats d'inspecció i control de totes les instal·lacions existents a Catalunya.
- c) El desplegament de les normes complementàries de qualitat dels serveis de subministrament d'energia.
- d) El foment i la gestió de les energies renovables i de l'eficiència energètica."
- 31. En el fonament jurídic 79 de la STC 31/2010, de 28 de juny, el Tribunal Constitucional declara: "El art. 133.1 EAC atribuye a la Generalitat la "competencia compartida en materia de energía", lo que resulta respetuoso con el orden constitucional de competencias, pues el art. 149.1.25 reserva al Estado la competencia para el establecimiento de las "bases del régimen minero y energético". En cuanto a la deliberada indefinición o confusión conceptual del precepto, que según aducen los recurrentes podría redundar en la seguridad jurídica de los operadores, constituye una tacha que como señala el Abogado del Estado, se asienta en eventuales e hipotéticas interpretaciones de los efec-

cepte ha d'entendre's en sentit simplement descriptiu o indicatiu que tals submatèries formen part del contingut de la realitat material de què es tracti, però sense que les competències de l'Estat, tant si són concurrents com si són compartides amb les de la Comunitat Autònoma, resultin impedides o limitades en el seu exercici per aquella atribució estatutària "en tot cas" de competències específiques a la Generalitat (STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 64).

Altres Estatuts d'Autonomia han seguit aquest model fent referència a les energies renovables, com ara l'Estatut d'autonomia d'Andalusia que atribueix en el seu article 49.1.b, a la Comunitat Autònoma d'Andalusia, la competència compartida sobre el "Foment i gestió de les energies renovables i de l'eficiència energètica". Igualment, l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó (article 71.1.10) també fa referència a les energies renovables en atribuir a aquesta comunitat autònoma la competència per al desenvolupament legislatiu i l'execució de la legislació de l'Estat en matèria de "Régimen minero y energético, incluidas las fuentes renovables de energía". Per tant, en tots aquests supòsits, la competència autonòmica sobre les energies renovables es reforça en la mesura que té un exprés reconeixement estatutari.

Altres Estatuts d'Autonomia contenen referències a algun tipus de font d'energies renovables. És el cas dels Estatuts d'Autonomia del País Basc (article 11.2.c) i de Canàries (article 34.A.Dos), i de la Llei Orgànica de reintegració i millora del règim foral de Navarra (article 57.f), que fan referència específica a una de les fonts de les energies renovables: el recursos geotèrmics, respecte dels quals s'atribueix a les comunitats autònomes del País Basc, Canàries i Navarra la competència de desenvolupament legislatiu i l'execució.

A banda del títol competencial autonòmic en matèria d'energia, existeixen altres competències, assumides estatutàriament, que també podran ser aplicables en matèria d'energies renovables. Així, des de la perspectiva de la tipologia de les fonts d'energies renovables, en el cas de l'energia generada amb recursos hídrics de naturalesa intracomunitària, seria d'aplicació la competència autonòmica exclusiva sobre

tos que pudieran resultar de la aplicación del precepto impugnado y que no resultan necesariamente de su contenido, sin que a este Tribunal corresponda adoptar pronunciamientos preventivos."

aprofitaments hidràulics quan les aigües discorrin íntegrament dintre del territori autonòmic, competència que ha estat assumida per totes les comunitats autònomes.³²

En relació amb la biomassa forestal, les comunitats autònomes tenen atribuïda la competència de desenvolupament legislatiu i execució en matèria d'espais i aprofitaments forestals com es reflecteix en alguns Estatuts d'Autonomia en els quals les comunitats autònomes assumeixen una competència compartida sobre monts, serveis i aprofitaments forestals.³³ Altres Estatuts, però, atribueixen una competència exclusiva a la comunitat autònoma en les matèries esmentades, exclusivitat, però, que es matisa amb una referència a les competències de l'Estat establertes per l'article 149.1 CE o, específicament, per l'article 149.1.23 CE,³⁴ si bé un Estatut d'autonomia atribueix la competència exclusiva a la comunitat autònoma sense cap tipus de *matisació* o *modulació*,³⁵ mentre que en un altre cas l'exclusivitat de la competència es predica de monts de titularitat pública autonòmica o local, mentre que el caràcter compartit de la competència es vincula als

^{32.} Aquesta assumpció competencial de les comunitats autònomes està recollida als articles següents: article 117.1.a de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; article 49.1.16 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana; article 30.8 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears; article 50.1.a de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia; article 72.1.a de l'Estatut d'autonomia d'Aragó; article 75.4 de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó; article 10.11 de l'Estatut d'autonomia del País Basc; article 27.12 de l'Estatut d'autonomia de Galícia; article 10.1.12 de l'Estatut d'autonomia del Principat d'Astúries; article 24.11 de l'Estatut d'autonomia de Cantàbria; article 8.1.17 de l'Estatut d'autonomia de la Rioja; article 10.1.8 de l'Estatut d'autonomia de la Regió de Múrcia; article 31.1.8 de l'Estatut d'autonomia de Castella-La Manxa; article 30.6 de l'Estatut d'autonomia de Canàries; article 44.5 de Llei orgànica de reintegrament i millora del règim foral de Navarra; article 7.1.7 de l'Estatut d'autonomia d'Extremadura i article 26.1.8 de l'Estatut d'autonomia de Madrid.

^{33.} És el cas dels Estatuts d'Autonomia següents: article 116.2.b de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; article 71.1.8 de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó; article 32.7 de l'Estatut d'autonomia de Canàries; article 25.1 de l'Estatut d'autonomia de Cantàbria; article 32.2 de l'Estatut d'autonomia de Castella-La Manxa; article 8.2 de l'Estatut d'autonomia d'Extremadura; article 11.1 de l'Estatut d'autonomia d'Astúries; article 9.11 de l'Estatut d'autonomia de la Rioja; article 11.2 de l'Estatut d'autonomia de Múrcia i article 27.3 de l'Estatut d'autonomia de Madrid.

^{34.} Article 57.1.a de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia; article 30.9 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears; article 49.1.10 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana; article 27.10 de l'Estatut d'autonomia de Galícia; article 10.8 de l'Estatut d'autonomia del País Basc.

^{35.} Article 71.20 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó.

monts de propietat privada.³⁶ És de destacar, de forma específica, l'Estatut d'autonomia d'Andalusia que, a banda d'atribuir una competència a la Comunitat Autònoma en matèria d'aprofitaments forestals, també n'atribueix una d'específica –de caràcter exclusiu, però matisada per la remissió a diversos preceptes constitucionals– per a la regulació i foment de la producció i ús de la biomassa.³⁷

Seguint amb la relació de títols competencials autonòmics aplicables, des de la perspectiva del tipus d'energia produïda, cal posar en relleu que, si bé la Constitució conté un títol competencial referit específicament a un tipus d'energia –l'elèctrica–, que pot ser generada mitjançant fonts d'energies renovables, els Estatuts d'Autonomia no arriben a aquest grau de detall, sinó que es refereixen genèricament a les instal·lacions de distribució, producció i transport d'energia, respecte de les quals els Estatuts d'Autonomia atribueixen a les comunitats autònomes, amb diferents formulacions, una competència de desenvolupament legislatiu i execució, 38 que es condiciona a dos requisits: que el transport d'energia no surti del territori autonòmic i que el seu aprofitament no afecti una altra comunitat autònoma. 39

^{36.} Articles 50.1.e i 50.2 de la Llei orgànica de reintegració i millora del règim foral de Navarra, respectivament.

^{37.} Concretament, l'article 48.3.a de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia estableix: "Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.ª,13.ª, 16.ª, 20.ª y 23.ª de la Constitución, sobre las siguientes materias: a) Regulación y fomento de la producción y uso de la biomasa."

^{38.} De fet, són només tres dels Estatuts darrerament reformats (els de les comunitats autònomes de Catalunya, Andalusia i Aragó) els que configuren expressament aquesta competència com a compartida (desenvolupament legislatiu i execució de la normativa estatal). La resta d'Estatuts d'Autonomia –amb excepció de l'Estatut de Castella i Lleó, que no modula el caràcter exclusiu de la competència autonòmica—, tot i qualificar la competència com a exclusiva, efectuen una remissió a l'establert als números 149.1.22 i 149.25 CE, la qual cosa es pot interpretar com el reconeixement estatutari que l'Estat pot dictar normativa bàsica en la matèria respecte de la qual les comunitats autònomes assumeixen competències.

^{39.} Aquesta assumpció competencial de les comunitats autònomes està recollida als articles següents: article 133.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; article 49.1.16 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana; article 30.35 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears; article 49.1.a de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia; article 75.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó; article 70.1.24 de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó; article 10.11 de l'Estatut d'autonomia del País Basc; article 27.13 de l'Estatut d'autonomia de Galícia; article 10.1.32 de l'Estatut d'autonomia del Principat d'Astúries; article 24.31 de l'Estatut d'autonomia de Cantàbria; article 8.1.18 de l'Estatut d'autonomia de la Rioja; article 10.1.28 de l'Estatut d'autonomia de la Regió de Múrcia; article 31.1.27 de

Des de la perspectiva ambiental, serien aplicables les competències autonòmiques per al desenvolupament i execució de la normativa bàsica de protecció del medi ambient i, per a l'establiment de normes addicionals de protecció, en relació aquells aspectes de les energies renovables vinculats a la preservació del medi ambient.⁴⁰

La competència autonòmica ambiental –especialment la referida a l'establiment de normes addicionals de protecció– legitima la intervenció de les Comunitat Autònomes en diversos aspectes, com ara la fixació d'objectius més ambiciosos que els determinats a la

l'Estatut d'autonomia de Castella-La Manxa; article 30.26 de l'Estatut d'autonomia de Canàries: article 44.6 de la Llei orgànica de reintegrament i millora del règim foral de Navarra; article 7.28 de l'Estatut d'autonomia d'Extremadura i article 26.1.1.11 de l'Estatut d'autonomia de Madrid. D'entre aquestes regulacions estatutàries, cal fer referència a dos preceptes que presenten especificitats: l'article 133.1.a de l'Estatut d'autonomia de Catalunya que atribueix a la Generalitat la competència compartida en matèria d'energia, competència que inclou, en tot cas, la regulació de les activitats de producció, emmagatzematge i transport d'energia, l'atorgament de les autoritzacions de les instal·lacions que transcorrin integrament pel territori de Catalunya i l'exercici de les activitats d'inspecció i control de totes les instal·lacions existents a Catalunya; no es fa referència, per tant, en aquest precepte, de forma explícita, que l'aprofitament no afecti una altra comunitat autònoma. El segon precepte és l'article 75.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó que atribueix a la Comunitat Autònoma d'Aragó, la competència compartida en matèria d'energia, que comprèn, en tot cas, la regulació de les activitats de producció, emmagatzematge, distribució i transport de qualssevol energies, inclosos els recursos i aprofitaments hidroelèctrics, de gas natural i de gasos liquats; l'atorgament de les autoritzacions de les instal·lacions corresponents existents, quan es circumscriquin al territori de la Comunitat i el seu aprofitament no afecti una altra comunitat autònoma. En aquest cas, els dos requisits territorials (no ultrapassar el territori autonòmic i no afectació d'una altra comunitat autònoma) s'apliquen exclusivament a l'autorització de les instal·lacions energètiques.

40. La majoria de comunitats autònomes ha assumit la competència per desenvolupar i executar la normativa bàsica estatal ambiental, i per establir normes addicionals de protecció (article 144.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; article 50.6 de l'Estatut d'autonomia de València: article 30.46 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears: article 57.3 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia; articles 71.22 i 75.3 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó; articles 70.1.35 i 71.1.7 de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó; art. 32.7 de l'Estatut d'autonomia de Castella - La Manxa; article 27.7 de l'Estatut d'autonomia de Madrid; article 11.5 de l'Estatut d'autonomia d'Astúries; article 11.3 de l'Estatut d'autonomia de Múrcia i article 9.1 de l'Estatut d'autonomia de la Rioja). Altres comunitats autònomes només han assumit la competències de desenvolupament legislatiu i execució de la normativa bàsica estatal de protecció del medi ambient, sense fer referència a la possibilitat d'establir normes addicionals de protecció (article 32.12 de l'Estatut d'autonomia de Canàries; article 25.7 de l'Estatut d'autonomia de Cantàbria; article 57.c de la Llei orgànica de reintegrament i millora del règim foral de Navarra i article 11.a de l'Estatut d'autonomia del País Basc), mentre que una comunitat autònoma només ha assumit la potestat de dictar normes addicionals de protecció ambiental (article 27.30 de l'Estatut d'autonomia de Galícia).

normativa estatal per a la implantació de les energies renovables, la priorització d'un tipus d'energies renovables enfront d'altres atenent a la seva incidència ambiental i a l'aplicació del criteri de la utilització racional dels recursos naturals, l'opció per unes determinades àrees de captació de les energies enfront d'altres o la creació de distintius de sostenibilitat ambiental que certifiquin la producció energètica provinent de fonts d'energies renovables o la utilització d'aquell tipus d'energies.⁴¹

L'anàlisi de l'àmbit competencial autonòmic s'ha de completar fent esment a una destacable novetat dels Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006: aquests Estatuts han introduït diverses orientacions o principis que han de perseguir les polítiques dels poders públics autonòmics entre les quals es regulen manaments específics vinculats de forma directa o indirecta a la promoció de les energies renovables. Un exemple és l'Estatut d'autonomia d'Andalusia que en el seu article 37.1.21 estableix com a principi rector de les polítiques públiques dels poders de la Comunitat Autònoma d'Andalusia l'impuls i el desenvolupament de les energies renovables, l'estalvi i l'eficiència energètica; igualment, l'article 204 del mateix Estatut determina que els poders públics d'Andalusia posaran en marxa estratègies adreçades a evitar el canvi climàtic, per a la qual cosa potenciaran les energies renovables i netes, i duran terme polítiques que afavoreixin la utilització sostenible dels recursos energètics. la suficiència energètica i l'estalvi.⁴²

^{41.} Joaquín M. Nebreda Pérez fa esment de la possibilitat que tenen les comunitats autònomes d'establir un nivell de protecció ambiental més alt que el fixat per l'Estat, en l'àmbit de les energies renovables, tot assenyalant: "La existencia de esta normativa básica no empece para que las comunidades autónomas, sin mermar las exigencias de protección mínimas establecidas en las leyes básicas, puedan imponer, con normas de rango legal autonómico, criterios más restrictivos, esto es más favorables a la protección ambiental a riesgo de dificultar y encarecer la implantación de instalaciones de producción eléctrica en Régimen Especial y, también, de redes para evacuar la energía que producción eléctrica en régimen especial. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, p. 759.

^{42.} La resta d'Estatuts no contenen una referència tan específica com la de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia a les energies renovables. L'Estatut d'autonomia de Catalunya només es pot considerar que en fa una referència indirecta o implícita en establir els objectius de les polítiques mediambientals de la Generalitat, quan fa esment, entre d'altres, a la reducció de les diferents formes de contaminació, la utilització racional dels recursos naturals i la prevenció i control de les activitats que alteren el règim atmosfèric i climàtic (article 46.2 EAC).

Aquests manaments i orientacions no atribueixen directament cap competència a la Comunitat Autònoma d'Andalusia, però sí que consoliden el seu àmbit competencial en la mesura que impliquen el reconeixement que existeix una competència autonòmica –en aquest cas, en matèria d'energies renovables– que ha estat assumida per la corresponent Comunitat Autònoma i que pot ser exercida d'acord amb els principis i orientacions que fixi l'Estatut d'autonomia, o, dit d'una altra manera, la fixació d'aquests criteris orientadors de les polítiques autonòmiques pressuposa que ha d'existir una competència autonòmica que empara l'establiment d'aquestes polítiques.

Per últim, cal fer referència a una altra rellevant novetat -en aquest cas de l'Estatut d'autonomia de Catalunya- en relació amb l'aplicació de la competència estatal relativa a la planificació general de l'activitat econòmica (article 149.1.13 CE). Es tracta de l'article 152 de l'Estatut que atribueix a la Generalitat de Catalunya la competència compartida sobre l'ordenació de l'activitat econòmica a Catalunya, i el desenvolupament i la gestió de la planificació general de l'activitat econòmica. En concret, l'apartat 4 de l'article 152 EAC determina que correspon a la Generalitat el desenvolupament i la gestió de la planificació de l'activitat econòmica, que inclou, entre d'altres aspectes, la participació en la planificació estatal per mitjà dels mecanismes que estableix el Títol V de l'Estatut i la gestió dels plans, incloent-hi els fons i els recursos d'origen estatal destinats al foment de l'activitat econòmica, en el termes que s'estableixin per mitjà de conveni. D'aquest precepte estatutari deriva, per tant, essencialment, una doble funció: una de caràcter normatiu, referida al desenvolupament de la planificació general de l'activitat econòmica i una altra de caràcter executiu, centrada en la gestió del seu contingut. En consegüència, l'àmbit material de la competència estatal de l'article 149.1.13 CE també estarà vinculat per l'atribució a la Generalitat d'una competència de desenvolupament de la regulació que aprovi l'Estat a l'empara de l'esmentat títol competencial.43

^{43.} Cal posar en relleu que la STC 31/2010, de 28 de juny, rebutja la impugnació formulada contra l'article 152.4.b EAC, tot declarant (Fj 95): "La impugnación del art. 152 EAC, sobre "Planificación, ordenación y promoción de la actividad económica", se ciñe a la letra b) de su apartado 4 a cuya regulación los recurrentes reprochan el desconocimiento de la competencia estatal del art. 149.1.13 CE en los términos recogidos en el antecedente 87, en el que también constan las alegaciones de las demás partes personadas. La impugnación debe rechazarse, ya que el precepto estatutario impugnado contrae la

3.2. L'activitat normativa autonòmica i el seu emparament competencial

Les comunitats autònomes estan duent a terme una activitat normativa desigual en l'àmbit de les energies renovables.⁴⁴ Només tres d'elles (Castella-La Manxa, Múrcia i Andalusia) han aprovat normes amb rang de llei reguladores, amb caràcter general, de les energies renovables, mentre que les accions normatives sectorials s'han circumscrit essencialment a l'àmbit d'un tipus d'energia renovable, l'energia eòlica.

Si examinem les exposicions de motius de les lleis autonòmiques que regulen les energies renovables, es pot comprovar que reflecteixen, en diferent grau, el tret característic d'aquesta matèria que també és present en la normativa estatal: la confluència de diversos títols competencials autonòmics (producció, distribució i transport d'energia, protecció del medi ambient i energia), però la competència estatutària que apareix com a fonament comú de les tres lleis autonòmiques és la relativa a les instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia quan el transport no surti de l'àmbit territorial autonòmic i el seu aprofitament no afecti un altra comunitat autònoma, mentre que el títol competencial energètic és esmentat com a fonament de dues lleis autonòmiques.

La llei que efectua una descripció més detallada de les competències en què es fonamenta és la Llei 1/2007, de 15 de febrer, de foment de les Energies Renovables i Incentivació de l'Estalvi i Eficiència Energètica a Castella-La Manxa, que es fonamenta en els títols competencials autonòmics en matèria de règim energètic, protecció del medi ambient, i instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, quan el transport no surti de seu territori i el seu aprofitament no afecti una altra Comunitat.⁴⁵

competencia autonómica al "desarrollo y la gestión de la planificación general de la actividad económica", lo que presupone necesariamente la existencia de la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) que, según nuestra reiterada doctrina, incluye la ordenación general de la economía, debiendo remitirnos, en lo que se refiere a la participación autonómica prevista, a lo que diremos en los fundamentos jurídicos 111 y 115.
Por lo expuesto, ha de ser desestimada la impugnación del art. 152.4 b) EAC."

44. Sobre la normativa autonòmica en màteria d'energies renovables, vegeu José Francisco Alenza García i Miren Sarasíbar Iriarte, *Cambio climático y energías renovables*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 1007 a 1011.

45. En concret, la Llei 1/2007, de 15 de febrer, de foment de les Energies Renovables i Incentivació de l'Estalvi i Eficiència Energètica a Castella - La Manxa, indica en la seva exposició de motius: "El marco normativo en materia energética viene determinado

La Llei 10/2006, de 21 de desembre, d'Energies Renovables i Estalvi i Eficiència Energètica de la Regió de Múrcia, fa referència, en la seva exposició de motius, a dos títols competencials autonòmics: la competència sobre instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, quan el transport no surti del seu territori i el seu aprofitament no afecti una altra Comunitat Autònoma, i a la competència per a l'establiment de normes addicionals de protecció en l'àmbit ambiental.⁴⁶

D'altra banda, la Llei 2/2007, de 27 de març, de foment de les energies renovables i de l'estalvi i eficiència energètica d'Andalusia, fa esment a la competència autonòmica sobre les instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, quan aquest no surti d'Andalusia i el seu aprofitament no afecti un altre territori, ⁴⁷ i a les

por la concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos y en este sentido, la Constitución reserva al Estado competencias sobre las bases del régimen minero y energético en su artículo 149.1.25.ª, la legislación básica sobre protección del medio ambiente en su artículo 149.1.23.ª, la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma en su artículo 149.1.22.ª o la autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial en el 149.1.21.ª Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, otorga en su artículo 31.1.27.ª a esta Comunidad Autónoma competencias exclusivas sobre las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma y el artículo 32, en sus apartados 7 y 8, competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas, y en materia de régimen minero y energético, respectivamente."

46. La Llei 10/2006, de 21 de desembre, d'Energies Renovables i Estalvi i Eficiència Energètica de la Regió de Múrcia assenyala en la seva exposició de motius: "Esta Ley se dicta al amparo del artículo 10. Uno. 28 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en cuya virtud corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de «Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los números 22 y 25 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución». Asimismo, los aspectos ambientales atienden a las atribuciones autonómicas en materia de «normas adicionales de protección», a las que remite el artículo 149.1.23 de la Constitución Española, con respeto a la competencia sobre «legislación básica en materia de protección del medio ambiente» correspondiente al Estado."

47. La Llei 2/2007, de 27 de març, de foment de les energies renovables i de l'estalvi i eficiència energètica d'Andalusia, fa esment a la regulació estatutària anterior a la reforma de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia, tot indicant el següent en la seva exposició de motius: "El Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981,

competències sobre règim miner i energètic, i sobre protecció del medi ambient.

En els àmbits sectorials específics de les energies renovables, l'activitat normativa autonòmica més intensa s'ha desplegat en sector de l'energia eòlica. Els títols competencials que fonamenten les normes de les comunitats autònomes sobre aquesta matèria, d'acord amb el que indiquen les respectives exposicions de motius, són els que recauen sobre les instal·lacions de producció, distribució i transport secundari d'energia elèctrica, quan no surtin del territori autonòmic i el seu aprofitament no afecti una altra Comunitat Autònoma, i sobre la matèria de règim energètic. En tal sentit, l'única norma autonòmica amb rang de llei –la Llei 8/2009, de 22 de desembre, per la qual es regula l'aprofitament eòlic a Galícia i es creen el cànon eòlic i el Fons de Compensació Ambiental– fa esment a aquests dos títols competencials, si bé els aspectes tributaris de la llei es fonamenten en altres títols competencials.⁴⁸

de 30 de diciembre, en su artículo 13.14 otorga a nuestra Comunidad competencias exclusivas sobre las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando éste no salga de Andalucía y su aprovechamiento no afecte a otro territorio." "En el marco de la legislación estatal, y en el ámbito de las competencias de desarrollo legislativo que conrresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la presente Ley se basa también en las competencias sobre régimen minero y energético, y sobre protección del medio ambiente consagradas por el artículo 15.5 y 7 del Estatuto de Autonomía para Andalucía".

48. La Llei 8/2009, de 22 de desembre, per la qual es regula l'aprofitament eòlic a Galícia i es creen el cànon eòlic i el Fons de Compensació Ambiental, diu en la seva exposició de motius: "El marco competencial en que se encuadra la presente ley viene constituido por el Estatuto de autonomía de Galicia, que en su artículo 27.13, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1. 22 y 25 de la Constitución, otorga a nuestra Comunidad la competencia exclusiva sobre las instalaciones de producción y las instalaciones de distribución y transporte secundario de energía eléctrica, cuando éstas no salgan del territorio de Galicia y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o comunidad autónoma. El artículo 28.3 de la misma norma reconoce a Galicia la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen minero y energético. La competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para el establecimiento del canon eólico tiene su cobertura en los artículos 133.2, 148.1.9.ª, 149.1.23 y 157.1.b) de la Constitución, en los artículos 10.1, 27.3 y concordantes del Estatuto de autonomía, en el artículo 17.b) de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas, y en la autonomía financiera que el artículo 156.1 de la norma fundamental reconoce a las mismas en el marco de su ámbito competencial, en este supuesto, dentro del contexto medioambiental; esto es, en un doble título, de una parte, en la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para aprobar normas adicionales sobre protección del medio ambiente y el paisaje, y, de otra, en su intrínseca potestad tributaria."

La resta de normativa autonòmica reguladora de l'energia eòlica té caràcter reglamentari i presenta uns fonaments competencials diversos: algunes normes es fonamenten en els dos títols competencials indicats: els relatius a la instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, i a la matèria de règim energètic;⁴⁹ d'altres es fonamenten exclusivament en el primer⁵⁰ o en el segon⁵¹ dels títols competencials indicats. Finalment, altres normes autonòmiques fan referència, de manera més complerta, no només aquells dos títols competencials, sinó també al títol competencial ambiental, al relatiu a l'ordenació del territori⁵² i, fins i tot, el referent a la matèria d'indústria.⁵³

^{49.} Decret 20/2010, de 20 d'abril de 2010, pel qual es regula l'aprofitament de l'energia eòlica en la Comunitat Autònoma de Castella - La Manxa.

^{50.} Decret 138/2010, de 5 d'agost, pel qual s'estableix el procediment i les condicions tecnicoadministratives per a l'obtenció de les autoritzacions de projectes de repotenciació de parcs eòlics existents a la Comunitat Autònoma de Galícia; Decret 160/2010, de 16 de juliol, pel qual es regula el procediment per a l'autorització de les instal·lacions de producció d'energia elèctrica a partir de l'energia eòlica, mitjançant parcs eòlics, a la Comunitat Autònoma d'Extremadura; Decret 43/2008, de 15 de maig, sobre procediments per a l'autorització de parcs eòlics pel Principat d'Astúries.

^{51.} Decret 189/1997, de 26 de setembre, pel qual es regula el procediment per a l'autorització de les instal·lacions de producció d'electricitat a partir de l'energia eòlica (Castella i Lleó); Decret 48/1998, de 24 juliol, pel qual es regula el procediment per a l'autorització de les instal·lacions de producció d'energia elèctrica a partir de l'energia eòlica, en l'àmbit de la Comunitat Autònoma de la Rioja; Decret 115/2002, de 28 de maig, pel qual es regula el procediment per a l'autorització de les instal·lacions de producció d'energia elèctrica a partir de l'energia eòlica, a través de Parcs Eòlics, en l'àmbit de la Comunitat Autònoma del País Basc.

^{52.} El Decret 147/2009, de 22 de setembre, pel qual es regulen els procediments administratius aplicables per a la implantació de parcs eòlics i instal·lacions fotovoltaiques a Catalunya, indica en la seva exposició de motius:

[&]quot;D'acord amb l'Estatut d'Autonomia, la Generalitat de Catalunya té atribuïdes competències compartides en matèria d'energia, que inclou l'autorització de les instal·lacions de producció ubicades a Catalunya, així com el foment i la gestió de les energies renovables (article 133), competències compartides en matèria de medi ambient i espais naturals (article 144) i competències exclusives en matèria d'ordenació del territori, paisatge i urbanisme (article 149)."

^{53.} El Decret 19/2009, de 12 de març, pel qual es regula la instal·lació de Parcs Eòlics a la Comunitat Autònoma de Cantàbria, assenyala en la seva exposició de motius:

[&]quot;Por otra parte, el Estatuto de Autonomía para Cantabria, aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, atribuye a esta Comunidad Autónoma en su art. 24, apartados 30 y 31, la competencia exclusiva en materia de industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear, así como en relación con las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de la

Tot i que les exposicions de motius no tinguin caràcter normatiu, no deixa de sorprendre que normes legals i reglamentàries autonòmiques reguladores d'unes mateixes matèries –les energies renovables i, dintre d'aquestes, l'energia eòlica–, continguin referències dispars als títols competencials que emparen l'acció normativa autonòmica i, sobre tot, el fet que només dues d'elles facin referència al títol competencial ambiental, àmbit en què la potestat per dictar normes addicionals de protecció dóna un plus competencial a les comunitats autònomes que permetria aportar un fonament més sòlid a les seves regulacions i eixamplar les possibilitats de la seva acció normativa.

4. La competència participativa autonòmica en l'àmbit energètic

4.1. La participació autonòmica en organismes energètics estatals

4.1.1. Previsions estatutàries

En un Estat compost és important aconseguir la implicació de les comunitats territorials políticament descentralitzades en l'assoliment dels interessos globals, la consecució dels quals està atribuïda a l'Administració central. Un dels mecanismes per fer possible aquesta implicació és promoure, a través de tècniques diverses, la participació dels ens descentralitzats en la presa de decisions d'aquella Administració central a través de les quals es protegeixen els interessos globals de l'Estat. Amb aquesta finalitat, les darreres reformes dels Estatuts d'Autonomia han posat especial èmfasi en promoure la implicació de les comunitats autònomes en l'assoliment dels interessos globals de l'Estat, ja sigui a través de la seva participació en procediments estatals, ja sigui a través de la designació de representants en organismes es-

Comunidad y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma. Por su parte, el art. 25, en sus apartados 7 y 8, también del Estatuto de Autonomía, dispone que en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria el desarrollo legislativo y la ejecución en materias de protección del medio ambiente y de los ecosistemas y de régimen minero y energético. Por otro lado, según el art. 24.3 del mencionado Estatuto, la Comunidad Autónoma de Cantabria tiene competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda."

tatals. Aquesta participació autonòmica, que ha estat qualificada com el fonament d'un nou tipus de competència autonòmica, la *competència de participació*, ⁵⁴ permet, des d'una altra perspectiva, que l'Estat, en exercir les seves competències, pugui tenir en compte els interessos de les comunitats autònomes.

L'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, i altres Estatuts d'Autonomia que han seguit aquest model, regulen aquesta doble modalitat participativa – organismes i procediments estatals– de manera detallada.⁵⁵ Interessa destacar les previsions de participació autonòmica en aquells organismes i procediments amb incidència en l'àmbit de les energies renovables.

Respecte de la participació en organismes estatals, l'article 182.3 EAC⁵⁶ estableix que la Generalitat designa o participa en els processos per a designar els membres de diversos organismes, entre els quals esmenta la Comissió Nacional d'Energia, i dels organismes que eventualment els substitueixin i dels que es creïn en aquests àmbits, en els termes que estableix la legislació aplicable.⁵⁷

De la resta d'Estatuts d'Autonomia reformats en la present legislatura, cal destacar l'article 87.1.3 de l'Estatut d'autonomia d'An-

^{54.} Així ho sosté Carles Viver Pi-Sunyer, "Les competències de la Generalitat a l'Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d'interpretació i comparació amb els altres Estatuts reformats", a *La distribució de competències al nou Estatut*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2007, p. 48.

^{55.} Sobre les relacions de col·laboració en general, i en concret els instruments de participació, que es preveuen en el nou Estatut d'autonomia de Catalunya, cal destacar l'article de Mercè Corretja Torrens i Maria del Mar Pérez Velasco sobre "Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía. Catalunya", Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 19, setembre de 2009, pp. 67 a 113.

^{56.} L'article 182.3 EAC estableix: "La Generalitat designa o participa en els processos per a designar els membres del Tribunal de Comptes, el Consell Econòmic i Social, l'Agència Tributària, la Comissió Nacional d'Energia, l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, el Consell de Ràdio i Televisió, dels organismes que eventualment els substitueixin i dels que es creïn en aquests àmbits, en els termes que estableix la legislació aplicable."

^{57.} Aquesta previsió del nou Estatut d'autonomia de Catalunya no és una completa novetat, ja que l'Estatut d'autonomia de 1979 ja preveia la designació de representants de la Generalitat en organismes estatals; en concret, el seu article 53 establia: "La Generalitat, d'acord amb allò que estableixin les lleis de l'Estat, designarà els seus propis representants en els organismes econòmics, les institucions financeres i les empreses públiques de l'Estat la competència dels quals s'estengui al territori català i que per llur natura no siguin objecte de traspàs."

dalusia que, en termes similars a l'Estatut d'autonomia de Catalunya, preveu la participació de la Comunitat Autònoma d'Andalusia en els processos de designació dels membres de la Comissió Nacional d'Energia.⁵⁸

La resta d'Estatuts d'Autonomia inclouen unes previsions de participació en òrgans estatals que no assoleixen el grau de concreció dels estatuts català i andalús. Així, l'article 75.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó, recull com a competència compartida de la Comunitat Autònoma d'Aragó la d'energia que, entre d'altres aspectes, comprèn "la participació en els organismes estatals reguladors del sector energètic", referència aquesta que es pot interpretar que inclou la Comissió Nacional d'Energia.

Per últim, els Estatuts d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, de les Illes Balears i de Castella i Lleó no contenen previsions estatutàries com les anteriorment indicades.

Els Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006 també contenen altres previsions –de caràcter més genèric– de participació en òrgans estatals de l'àmbit energètic. En tal sentit, l'article 182.2 EAC estableix que la Generalitat designa o participa en els processos per designar els membres dels organismes econòmics i energètics, de les institucions financeres i de les empreses públiques de l'Estat la competència dels quals s'estengui al territori de Catalunya i que no siguin objecte de traspàs, en els termes que estableix la legislació aplicable.⁵⁹

^{58.} L'article 87.1.3 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia estableix el següent:

[&]quot;1. La participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los procesos de designación de los miembros de los órganos e instituciones del Estado de carácter económico y social que se señalan a continuación se llevará a cabo en los términos que establezcan la Constitución y la legislación estatal aplicable:

(...)

^{3.}º El Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo de Radio y Televisión, los organismos que eventualmente les sustituyan y los que se creen en estos ámbitos."

El redactat d'aquest precepte de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia és gairebé idèntic al de l'article 182.3 EAC amb la diferència que l'Estatut d'autonomia d'Andalusia no recull la possibilitat de designar membres que sí recull l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

^{59.} Correspon a la Comissió Mixta d'Afers Econòmics i Fiscals Estat - Generalitat determinar la relació de les entitats a què fa referència l'article 182 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, en el termini de sis mesos des de l'entrada en vigor de l'Estatut (disposició final quarta EAC).

L'Estatut d'autonomia d'Andalusia conté una redacció semblant a la de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, establint la participació de la Comunitat Autònoma d'Andalusia en els processos de designació dels membres dels organismes energètics.⁶⁰

La resta d'Estatuts d'Autonomia contenen referències més genèriques a la participació de la comunitat autònoma en la gestió del sector públic estatal. Els Estatuts d'Autonomia de la Comunitat Valenciana i de les Illes Balears estableixen que les comunitats autònomes respectives participaran en la gestió del sector públic econòmic estatal, en els casos i activitats en què sigui procedent (articles 52.3 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana i disposició addicional tercera, apartat 2, de l'Estatut de les Illes Balears). Amb la mateixa orientació, l'Estatut d'autonomia d'Aragó inclou entre de les competències exclusives la participació, en el seu cas, en la gestió del sector públic estatal (article 71.32).⁶¹ L'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó estableix que la Comunitat Autònoma participarà en la designació dels membres de les institucions, organismes i empreses públiques de l'Estat, en els termes establerts en la legislació estatal (art. 58.2.d)

4.1.2. Modalitats d'articulació de la participació autonòmica

L'anàlisi de les possibles modalitats d'articulació de la participació autonòmica requereix, inexcusablement, fer referència a la recent sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, que resol un recurs d'inconstitucionalitat formulat per 99 diputats del Grup Parlamentari Popular al Congrés contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya. En aquesta sentència, el Tribunal Constitucional declara, res-

^{60.} L'article 87.1.2 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia estableix el següent:

[&]quot;1. La participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en los procesos de designación de los miembros de los órganos e instituciones del Estado de carácter económico y social que se señalan a continuación se llevará a cabo en los términos que establezcan la Constitución y la legislación estatal aplicable: (...)

^{2°.} Organismos económicos y energéticos, las instituciones financieras y las empresas públicas del Estado cuya competencia se extienda al territorio de Andalucía y que no sean objeto de traspaso."

^{61.} D'altra banda, l'article 89.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó estableix que la Comunitat Autònoma d'Aragó participarà en els processos de designació dels membres de les institucions, organismes i empreses públiques de l'Estat amb l'abast i en els termes establerts per la legislació estatal.

pecte de les previsions de participació autonòmica en organismes estatals regulades en l'article 182 EAC, que correspon a l'Estat fer o no efectiva en cada cas amb completa llibertat la participació esmentada, la qual, a més, no podrà fer-se efectiva en òrgans estatals de caràcter decisori, 62 sinó només en òrgans de consulta i assessorament. 63

Aquest pronunciament del Tribunal Constitucional, per tant, limita de forma evident la possibilitat que la participació de les comunitats autònomes en organismes estatals de caràcter energètic pogués comportar una rellevant capacitat d'influència política en la presa de decisions d'aquests organismes energètics. En primer lloc, perquè es "concedeix" llibertat absoluta a l'Estat per fer efectiva o no la participació prevista estatutàriament, i en segon lloc, perquè, en cas de fer-se efectiva la participació, aquesta no podrà materialitzar-se en òrgans decisoris, sinó només en òrgans de consulta o assessorament.

En qualsevol cas, analitzant la normativa anterior a les darreres reformes estatutàries es pot comprovar que aquella ja estableix la participació de les comunitats autònomes en dos òrgans de caràcter

^{62.} En aquesta sentència 31/2010, de 28 de juny, el Tribunal Constitucional declara (Fj 114): "Es evidente que la legislación aplicable a la que remite cada uno de los apartados del precepto no puede ser otra que la estatal, pues estatales son los órganos y organismos a los que se refiere, y que en virtud de esa remisión corresponde al Estado hacer o no efectiva en cada caso con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, debiendo remitirnos aquí a lo ya expresado en el fundamento jurídico 111, en el que hemos dicho que tal participación no procede respecto de órganos del Estado de carácter decisorio. Siendo esto así no merece reproche alguno de inconstitucionalidad la participación que habilita a la Generalitat el art. 182 EAC en relación con órganos y organismos estatales que, convendrá reiterarlo, por sus funciones y la posible incidencia de éstas en las competencias de las Comunidades Autónomas presentan especial interés para ellas. Además, la generalidad del precepto, que posibilita, en su caso, una amplia variedad y diversidad de modalidades de desarrollo, no permite prejuzgar su disconformidad con la Constitución."

^{63.} STC 31/2010, de 28 de juny, (Fj 111): "En ambos casos debemos ya adelantar que las referidas participaciones orgánica y funcional necesariamente han de dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado, lo que excluye que la participación se sustancie en la integración de órganos decisorios por cuanto tiene de perturbador para la recta y cabal delimitación de los ámbitos competenciales propios y, en último término, para la efectiva distribución territorial del poder entre sujetos democráticamente responsables, pudiendo manifestarse, en cambio, en órganos de consulta y asesoramiento y a través de los procedimientos correspondientes (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FFJJ 11 a 13)."

consultiu en matèria d'energia: el Consell Consultiu d'Electricitat i el Consell Consultiu d'Hidrocarburs dels quals formen part un representant de cada comunitat autònoma (articles 38.1.c i 40.1.b del Reial Decret 1339/1999, de 31 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Comissió Nacional d'Energia). Les comunitats autònomes també formen part, amb sis representants, de les dues Comissions Permanents dels dos Consells Consultius esmentats (articles 39.2.b i 41.2.b del Reial Decret 1339/1999, de 31 de juliol).

Aguesta participació autonòmica en òrgans consultius energètics prevista en la normativa vigent, podria ampliar-se a altres òrgans existents del mateix caràcter o a d'altres que poquessin crearse en un futur. En tal sentit, es podria afirmar que, per implementar la participació autonòmica, serien possibles dos models: el primer, preveure la participació en organismes energètics estatals respecte, únicament, d'aquelles comunitats autònomes els Estatuts d'Autonomia de les quals ho preveiessin expressament. El segon model implicaria estendre les previsions d'aquests Estatuts d'Autonomia a la resta de comunitats autònomes, encara que no ho tinguessin previst en el seus Estatuts. Aquest darrer model reforçaria, d'una banda, el pes i la influència política de la intervenció i representació autonòmica en el si dels organismes estatals, més que no pas si aquesta representació es limités a les comunitats autònomes que ho haquessin establert en els seus Estatuts. Des d'un altre punt de vista, però, l'extensió de les reformes participatives a totes les comunitats autònomes diluiria les previsions dels Estatuts d'Autonomia més ambiciosos, ja que suposaria que el dret de participació en organismes estatals que regulen quedaria integrat amb el de la resta de comunitats autònomes que no ho preveuen en els seus Estatuts d'Autonomia, amb la qual cosa el representant autonòmic en l'organisme estatal podria acabar corresponent a una comunitat autònoma que no hagués manifestat aquesta voluntat participativa en el seu Estatut.

No obstant això, també és possible optar per un model intermedi en el qual la participació autonòmica, tot i que es fes extensible a totes les comunitats autònomes, es modulés amb criteris de correcció que *primessin* aquelles comunitats autònomes a les quals afectés en major mesura l'activitat de l'organisme estatal que desenvolupés funcions d'assessorament relacionades amb les energies renovables.

326

Es tracta d'un criteri que ja s'ha utilitzat en normes vigents de l'ordenament jurídic, precisament en l'àmbit energètic; concretament, en la representació autonòmica en les Comissions Permanents dels Consells Consultius d'Electricitat i d'Hidrocarburs, ja que els sis representants de les comunitats autònomes en la primera de les Comissions Permanents correspondran a les dues comunitats autònomes o ciutats amb més gran nivell de producció elèctrica, a les dues comunitats autònomes o ciutats amb més gran nivell de consum elèctric per habitant,⁶⁴ mentre que les altres dues seran determinades, per a períodes de dos anys, d'entre aquelles que no estan representades a partir dels criteris anteriors segons l'ordre que es derivi del seu més gran nivell de producció i consum elèctric (article 39, apartats 4 i 5 del Reial Decret 1339/1999, de 31 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Comissió Nacional d'Energia).

Seguint els mateixos criteris, en la Comissió Permanent del Consell Consultiu d'Hidrocarburs formaran part sis representants de les comunitats autònomes; d'aquests, dos correspondran a les dues comunitats autònomes o ciutats amb més gran nivell del consum de gas natural, uns altres dos a les dues comunitats autònomes o ciutats amb més gran nivell de consum de productes petrolífers, 65 mentre que les altres dues seran determinades, per a períodes de dos anys, d'entre aquelles que no estan representades segons l'ordre invers que es derivi d'aplicar els criteris anteriors (article 41, apartats 4 i 5 del Reial Decret 1339/1999, de 31 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Comissió Nacional d'Energia).

Per tant, la participació autonòmica en organismes estatals que duquessin a terme funcions d'assessorament relacionades amb les

^{64.} En cas que una comunitat autònoma o ciutat pugui ser designada membre de la Comissió Permanent per correspondre-li simultàniament tant en la llista de producció com en la de consum, s'entendrà designada pel criteri de més gran producció passant a formar part de la Comissió Permanent la següent comunitat autònoma o ciutat que correspongui pel criteri de consum (article 39.10 del Reial Decret 1339/1999, de 31 de juliol).

^{65.} En cas que una comunitat autònoma o ciutat pugui ser designada membre de la Comissió Permanent per correspondre-li simultàniament en les dues llistes, s'entendrà designada pel criteri de consum de gas natural passant a formar part de la Comissió Permanent la següent comunitat autònoma o ciutat que correspongui pel criteri de consum de productes petrolífers (article 41.10 del Reial Decret 1339/1999, de 31 de juliol).

energies renovables es podria modular en funció de criteris objectius, com ara l'energia produïda o consumida en cada comunitat autònoma a partir de fonts energètiques renovables.

4.2. Participació autonòmica en procediments estatals vinculats a l'àmbit energètic

Els Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006 també preveuen, com a instrument de col·laboració entre les Administracions de l'Estat i de les comunitats autònomes, la participació d'aquestes en determinats procediments estatals que afecten l'àmbit energètic, en el supòsit que l'exercici de la competència estatal pugui afectar el seu àmbit territorial. Un primer procediment està recollit a l'article 133.2 EAC que estableix que la Generalitat participa, per mitjà de l'emissió d'un informe previ, en el procediment d'atorgament de l'autorització de les instal·lacions de producció i transport d'energia que ultrapassen el territori de Catalunya o si l'energia és objecte d'aprofitament fora d'aquest territori; es tracta, per tant, de la intervenció autonòmica en un procediment en què la competència estatal deriva del caràcter supraterritorial de l'objecte sobre el qual recau. Els Estatuts d'Autonomia d'Andalusia i d'Aragó contenen unes regulacions similars a la de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.⁶⁶

L'informe regulat a l'article 133.2 EAC, tot i no tenir caràcter vinculant ja que s'insereix en un àmbit de competència exclusiva de l'Estat, pot arribar a tenir un notable pes polític, en la mesura que expressaria quina és la voluntat de les institucions autonòmiques representatives del territori en què es pretén dur a terme una actuació estatal. El Tribunal Constitucional, en la sentència 31/2010, de 28 de juny, ha considerat respectuosa amb l'ordre constitucional de distribució de competències la regulació de l'article 133.2 EAC, tot

^{66.} L'article 49.3 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia estableix:

[&]quot;3. La Comunidad Autónoma emitirá informe en los procedimientos de autorización de instalaciones de producción y transporte de energía y de redes de abastecimiento que superen el territorio de Andalucía o cuando la energía sea objeto de aprovechamiento fuera de este territorio."

L'article 75.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó atribueix a la Comunitat Autònoma d'Aragó la participació "en los procedimientos de autorización de instalaciones de producción y transporte de energía que afecten al territorio de Aragón o cuando la energía sea objeto de aprovechamiento fuera de este territorio."

raonant que es tracta d'un instrument de cooperació entre Administracions Públiques per al millor exercici de les seves respectives competències.⁶⁷

En qualsevol cas, aquesta previsió de participació autonòmica, instrumentada a través de l'emissió d'un informe, no ha estat incorporada a la legislació ordinària, si bé res no obstaria perquè es pogués implementar directament sense necessitat que la normativa sectorial la incorporés específicament.

Altres preceptes estatutaris també preveuen la participació autonòmica en l'exercici de competències estatals susceptibles d'incidir en l'àmbit de les energies renovables. Així es reflecteix altre cop a l'Estatut d'autonomia de Catalunya que preveu la participació de la Generalitat de Catalunya en instruments de planificació estatal que poden tenir una incidència en el camp de les energies renovables. En tal sentit, l'article 133.3 EAC determina que la Generalitat participa en la regulació i la planificació d'àmbit estatal del sector de l'energia que afecti el territori de Catalunya⁶⁸. El Tribunal Constitucional, en la sentència 31/2010, de 28 de juny, ha reconegut la constitucionalitat d'aquest instrument participatiu, remarcant que, en qualsevol cas, correspon a l'Estat concretar l'abast i modalitat d'aquesta participació.⁶⁹

^{67.} El Tribunal Constitucional, en la sentència 31/2010, de 28 de juny, declara (Fj 79): "El apartado 2 del art. 133 EAC ordena que la Generalitat emita un "informe previo" en el procedimiento de otorgamiento de autorización por el Estado de instalaciones energéticas que, radicadas en su territorio, se extiendan, o permitan el aprovechamiento, más allá del territorio de Cataluña; informe que, según los Diputados recurrentes, condiciona indebidamente el ejercicio de las competencias del Estado. Ciertamente el art. 149.1.22 CE atribuye al Estado "la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial". Sin embargo, el precepto estatutario impugnado no cuestiona ni limita la mencionada competencia estatal, ya que el citado "informe previo" de la Generalitat, siendo preceptivo, no es vinculante, por lo que no es sino un instrumento de cooperación entre ambas Administraciones para el mejor ejercicio de sus respectivas competencias."

^{68.} L'article 49.4 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia estableix que la Junta d'Andalusia participa en la regulació i planificació d'àmbit estatal del sector de l'energia que afecti el territori d'Andalusia a través dels òrgans i procediments multilaterals a què es refereix l'apartat 1 de l'article 221 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia.

L'article 75.4 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó atribueix a la Comunitat Autònoma d'Aragó la participació "en la planificación estatal que afecte al territorio de la Comunidad Autónoma."

^{69.} En la sentència 31/2010, de 28 de juny, el Tribunal Constitucional declara (Fj 79): "El art. 133.3 EAC dispone la "participación" de la Generalitat en la regulación y planifica-

Per últim, en el cas que l'Administració de l'Estat dugui a terme polítiques de recerca en matèria d'energies renovables, d'acord amb la competència que té atribuïda per l'article 149.1.15 CE, també l'Estatut d'autonomia de Catalunya preveu un instrument de participació en el seu article 158.3 que determina que els criteris de col·laboració entre l'Estat i la Generalitat en matèria de política de recerca, desenvolupament i innovació s'han de fixar en el marc del que estableix el títol V.⁷⁰⁻⁷¹

5. Àmbits problemàtics del repartiment competencial

5.1. El règim d'autorització de les instal·lacions generadores d'electricitat a partir de fonts d'energies renovables

5.1.1. La Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric

La Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric, determina quines són les competències de l'Administració

ción de ámbito estatal "del sector de la energía que afecte al territorio de Cataluña", de modo que, en opinión de los recurrentes, se condicionaría indebidamente el ejercicio de la competencia estatal. Sin embargo, hemos de repetir una vez más que nada se opone a que el Estatuto de Autonomía, norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, establezca su participación en los términos de generalidad con que se formula. En todo caso, corresponde al Estado, titular de la competencia, concretar el alcance y modo de esa participación autonómica que habrá de tener el significado y límites que establecemos en los fundamentos jurídicos 111 y 115."

70. El Tribunal Constitucional, en la sentència 31/2010, de 28 de juny, ha declarat la constitucionalitat de l'article 158.3 EAC, tot declarant (FJ 99): "El art. 149.1.15 CE atribuye al Estado la competencia de "fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica". La inclusión en la competencia estatal de la coordinación general en este ámbito pone de relieve que el art. 149.1.15 CE presupone la existencia de competencias autonómicas sobre la materia (STC 90/1992, de 11 de junio, FJ 2 B y C), por lo que, en cuanto al primer inciso del precepto, ningún reparo suscita la invocación genérica a la colaboración entre el Estado y la Generalitat, que está implícita en nuestra organización territorial del Estado, colaboración cuyo significado y alcance examinaremos con más detalle al tratar del título V del Estatuto."

71. L'Estatut d'autonomia d'Andalusia també estableix (art. 54.3) que: "Los criterios de colaboración entre el Estado y la Junta de Andalucía en materia de política de investigación, desarrollo e innovación se fijarán en el marco de lo establecido en el Título IX".

General de l'Estat i de les comunitats autònomes en el sector elèctric, reconeixent específicament a aquestes, en l'àmbit dels seus respectius Estatuts, la competència per al foment de les energies renovables de règim especial i de l'eficiència energètica en el territori de la seva comunitat (article 3.3.h de la Llei 54/1997, de 27 de novembre).

L'aspecte que requereix una anàlisi més detallada és el relatiu a quina és l'administració competent per autoritzar les instal·lacions de producció elèctrica que utilitzen fonts d'energies renovables. Sembla indiscutible, en una primera aproximació, que en la mesura que a aquestes instal·lacions els sigui d'aplicació el títol competencial de l'article 149.1.22 CE, el determinant per atribuir la competència a l'Estat serà la concurrència d'un dels dos requisits a què fa referència l'esmentat precepte constitucional: que l'aprofitament afecti una altra comunitat autònoma o que l'energia sigui transportada fora del seu àmbit territorial.

L'article 3.2.a de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, en la redacció donada per la Llei 17/2007, de 4 de juliol, atribueix a l'Administració de l'Estat l'autorització, entre d'altres, de les instal·lacions d'energia elèctrica de potència elèctrica instal·lada superior a 50 MW elèctrics. Per tant, l'atribució competencial a favor de l'Estat de l'article 3.2.a de la Llei 54/1997 – que no distingeix entre electricitat generada a partir de fonts d'energies renovables o no renovables no es vincula directament al fet que l'aprofitament de l'energia elèctrica afecti una altra comunitat autònoma o que l'energia sigui transportada fora del seu àmbit territorial, tal com estableix l'article 149.1.22 CE, sinó que aparentment interpreta que l'afectació d'una altra comunitat autònoma o el transport de l'energia fora del seu àmbit territorial es produeix necessàriament quan la potència instal·lada sigui superior a 50 MW. Aguesta previsió de l'article 3.2.a de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, té el seu origen en l'article 111.3 del Reial Decret 1955/2000, d'1 de desembre, pel qual es regulen les activitats de transport, distribució, comercialització, subministrament i procediments d'autorització d'instal·lacions d'energia elèctrica, que va establir que s'entendria que l'aprofitament de les instal·lacions de producció afectava més d'una comunitat autònoma quan, atenent a la potència instal·lada de les unitats de producció, estiquessin obligades a realitzar ofertes econòmiques a l'operador del mercat, d'acord amb l'article 23 de la Llei 24/1997. Aquest article 23, en el seu apartat 1, va determinar que aquelles unitats de producció d'energia elèctrica, la potència instal·lada de les quals fos superior a 50 MW, estarien obligades a realitzar ofertes econòmiques a l'operador del mercat, 72 excepte en els supòsits previstos en l'article 25 de la mateixa Llei.

Pel que fa a les instal·lacions de producció d'energia elèctrica generada a partir de fonts d'energies renovables, la seva autorització depèn, igualment, del criteri de la potència elèctrica instal·lada. En efecte, la Llei 54/1997, de 27 de novembre, en regular l'anomenat règim especial de producció elèctrica, hi inclou les instal·lacions la potència instal·lada de les quals no superi els 50 MW, quan s'utilitzi com energia primària alguna de les energies renovables no consumibles, biomassa o qualsevol tipus de biocarburant, sempre i quan el seu titular no realitzi activitats de producció en règim ordinari (article 27.1.b).⁷³ Correspon a l'Administració autonòmica la competència per atorgar les autoritzacions de construcció, explotació, modificació substancial, transmissió, tancament de les instal·lacions d'energia elèctrica en règim especial (article 28.3 de la Llei 54/1997).⁷⁴

Per tant, les instal·lacions de producció d'electricitat produïda a partir de fonts d'energies renovables seran autoritzades per l'Administració de l'Estat quan la potència elèctrica instal·lada sigui superior a 50 MW, i per les comunitats autònomes en el cas que la potència de les instal·lacions sigui igual o no superi els 50 MW (instal·lacions que s'inclouen en el règim especial de producció elèctrica).

Aquest factor de la potència elèctrica instal·lada planteja dubtes sobre la seva adequació a l'article 149.1.22 CE, dubtes que, d'entrada, es fonamenten en la confrontació de la literalitat del criteri de distribució competencial establert per l'article 149.1.22 CE amb

^{72.} Aquest factor per a Joaquín M. Nebreda implica que l'aprofitament afecta altres comunitats autònomes, en la mesura que "las unidades de producción están obligadas a ofertar en el mercado organizado, de ámbito estatal y, por tanto, su aprovechamiento afecta a las demás comunidades autónomas". Joaquín M. Nebreda Pérez, Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, p. 154.

^{73.} Per tant, les instal·lacions de producció d'energia elèctrica a partir de fonts renovables que superin els 50 MW no s'inclourien en el règim especial, sinó en el règim ordinari.

^{74.} L'article 3.3.c de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, estableix que correspon a les comunitats autònomes autoritzar les instal·lacions elèctriques no contemplades en el punt a) de l'apartat 2 de l'article 3, entenent-s'hi incloses, entre d'altres, les autoritzacions de les instal·lacions a què fa referència l'article 28.3.

la literalitat del criteri de la potència elèctrica instal·lada,75 confrontació que palesa que es tracta de criteris no coincidents. És cert que. com anteriorment s'ha assenvalat, a partir dels 50 MW les unitats de producció han de realitzar ofertes econòmiques a l'operador del mercat, però aquest règim d'ofertes, a banda de tractar-se d'una obligació establerta pel legislador estatal que incideix directament i de forma unilateral en els criteris de distribució competencial de l'article 149.1.22 CE, tampoc no acredita que, sempre i en tot cas, les instal·lacions de producció elèctrica de més de 50 MW tinguin necessàriament un aprofitament que afecti més d'una comunitat autònoma o que l'energia sigui transportada fora del seu àmbit territorial. Així ho ha destacat Masao Javier López Sako que ha assenyalat que el criteri de tractar-se d'una instal·lació de més de 50 MW no pot constituir un criteri definitiu que excloqui la possibilitat que aquest tipus d'instal·lacions tinquin un aprofitament que no afecti una altra comunitat autònoma o que l'energia no sigui transportada fora del seu àmbit territorial.76

Aquests dubtes competencials que planteja el criteri de la superació dels 50 MW de potència elèctrica instal·lada es reforcen si es té en compte l'acord de 28 de març de 2008, a què va arribar la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l'Estat-Comunitat Autònoma de Canàries (BOE núm. 91, de 15.04.2008), en què l'Administració General de l'Estat, es compromet a interpretar l'article 3.2.a de la Llei 54/1997 en el sentit que correspon a la Comunitat Autònoma de Canàries la competència per autoritzar les instal·lacions

^{75.} El redactat original de l'article 3.2.a de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, no feia referència a la potència elèctrica instal·lada, sinó que establia que corresponia a l'Administració General de l'Estat, respecte de les instal·lacions de la seva competència, autoritzar les instal·lacions elèctriques quan el seu aprofitament afectés més d'una comunitat autònoma o el transport i distribució sortís de l'àmbit territorial d'una comunitat autònoma.

^{76.} Masao Javier López Sako assenyala: "Ahora, según esta precisión legal, una instalación de más de 50 MW será siempre de competencia del Estado, aunque esté conectada mediante una línea directa a un consumidor cualificado que esté dentro de la misma Comunidad Autónoma. Para el Tribunal Constitucional esta disposición legal podrá suponer un criterio más de interpretación de los preceptos constitucionales (...) pero nunca un criterio definitivo que excluya la posibilidad de que una Comunidad Autónoma pueda demostrar en un caso concreto que una instalación que se ubique en su territorio, a pesar de superar los 50 MW, no afecta ni la energía que produce se transporta a otra Comunidad." Masao Javier López Sako, Regulación y autorización de los parques eólicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 479 i 480.

elèctriques de generació que s'ubiquin al seu territori, amb independència de la seva potència instal·lada. Per tant, l'Administració General de l'Estat admet que pot haver-hi instal·lacions amb potència elèctrica instal·lada superior a 50 MW en les quals no es complirien algun dels dos criteris de distribució competencial de l'article 149.1.22 CE; si això és així, el criteri de l'article 3.2.a de la Llei 54/1997, que s'aplicaria a les instal·lacions d'electricitat generada amb fonts d'energia renovable de potència elèctrica instal·lada superior a 50 MW, no s'ajustaria a l'article 149.1.22 CE.

De la mateixa manera, tampoc no es pot descartar que puguin existir instal·lacions de producció d'electricitat a partir d'energies renovables, amb potència instal·lada inferior a 50 MW i que, per tant, correspon autoritzar a les comunitats autònomes, que compleixin alguns del dos requisits que són inherents al títol competencial exclusiu de l'Estat establert a l'article 149.1.22 CE (aprofitament que afecti una altra comunitat autònoma o transport de l'energia fora de l'àmbit territorial de la Comunitat).

Respecte de la utilització del factor de la potència elèctrica instal·lada com a criteri de distribució competencial, és oportú recordar que la STC 74/1992, de 14 de maig, va declarar que corresponia a la Comunitat Autònoma d'Aragó, i no a l'Administració de l'Estat, l'autorització i aprovació del projecte d'ampliació d'una central hidroelèctrica, enfront de l'argument de l'Estat que reclamava la competència d'autorització fonamentant-se en el criteri de la potència de la central, ja que, d'acord amb informes del Ministeri d'Indústria i Energia, es considerava que existia una afectació extracomunitària per sobre del límit dels 5 MW. El Tribunal Constitucional va declarar que no es podia acceptar que el simple criteri d'un òrgan de l'Administració de l'Estat, no explicitat en cap norma amb rang legal i, que en consegüència, no havia pogut ser debatut en les Corts Generals ni ser objecte d'impugnació per part de les comunitats autònomes, s'erigís, integrant allò disposat per l'article 149.1.22 CE, en criteri de delimitació competencial entre aquestes i l'Estat. Aquest pronunciament del Tribunal Constitucional, d'una banda, té l'encert de preservar l'àmbit competencial autonòmic, però, de l'altra, és criticable que, més enllà de dirimir la controvèrsia competencial, admeti indirectament que l'Estat pot integrar amb criteris no previstos constitucionalment el contingut del títol competencial de l'article 149.1.22 CE indicant, a més, el procediment per fer-ho efectiu.

334

5.1.2. El Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel qual es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial

Mereix també una anàlisi especial el Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel qual es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial. Aquest Reial Decret afegeix més criteris de distribució competencial als previstos a la Llei 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric, cosa que pot plantejar dubtes sobre la seva compatibilitat amb la regulació legal. En efecte, aquest Reial Decret determina que l'autorització de les instal·lacions acollides al règim de producció especial –que, cal recordar, inclouen aquelles que utilitzin energies renovables— correspon a les comunitats autònomes (article 4.1), excepte en dos casos que corresponen a l'Estat (article 4.2):

- a) Quan la comunitat autònoma on estigui ubicada la instal·lació no compti amb competències en la matèria o quan les instal·lacions estigui ubicades en més d'una comunitat autònoma.
- b) Quan les instal·lacions tinguin una potència instal·lada que superi els 50 MW o es trobin ubicades a la mar, prèvia consulta en cada cas amb les comunitats autònomes afectades per la instal·lació.

Aquests quatre supòsits regulats pel Reial Decret 661/2007 en què correspondrà a l'Administració de l'Estat atorgar l'autorització de la instal·lació, són certament peculiars per les raons següents: en primer lloc, perquè l'any 2007 –data d'aprovació i de publicació del Reial Decret– totes les comunitats autònomes comptaven amb competències d'execució en matèria de règim energètic, per la qual cosa la referència al fet que la comunitat autònoma en què estigui ubicada la instal·lació no compti amb competències en la matèria, és com a mínim ociosa.

En segon lloc, s'utilitza un criteri de distribució competencial fonamentat en la supraterritorialitat⁷⁷ –ubicació de les instal·lacions en més d'una comunitat autònoma– no previst a l'article 149.1.22 CE.⁷⁸

^{77.} Aquest criteri ja estava regulat a l'article 4.2.a del Reial Decret 2818/1998, de 23 de desembre, sobre producció d'energia elèctrica per instal·lacions proveïdes per recursos o fonts d'energia renovables, residus o cogeneració.

^{78.} Aquest criteri de distribució competencial només seria correcte en el cas que aquest caràcter *supraterritorial* de les instal·lacions impliqués el compliment dels criteris de distribució competencial establerts per l'article 149.1.22 CE.

Aquest caràcter supraterritorial de la ubicació de les instal·lacions no té virtualitat suficient per atribuir la competència autoritzatòria a l'Administració de l'Estat. En primer lloc, perquè, respecte d'algunes comunitats autònomes, els seus Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006, han determinat que quan l'objecte de les seves competències té un abast territorial superior al del territori autonòmic, la comunitat autònoma exercirà les seves competències sobre la part d'aquest objecte situada en el seu territori, sens perjudici dels instruments de col·laboració que s'estableixin amb altres ens territorials o, subsidiàriament, de la coordinació per l'Estat de les comunitats autònomes afectades (articles 115.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, ⁷⁹ 43.2 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia i 70.3 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó), determinacions aquestes aprovades pel legislador orgànic estatutari que haurien de ser respectades per l'Administració de l'Estat quan exerceix la seva potestat reglamentària.

En segon lloc, perquè el Tribunal Constitucional ha declarat reiteradament que la supraterritorialitat no implica que la titularitat de la competència hagi de correspondre necessàriament a l'Estat ja que aquella no representa, per si sola, un criteri atributiu

^{79.} El Tribunal Constitucional ha declarat en la sentència 31/2010, de 28 de juny, la constitucionalitat de la regulació de l'article 115.2 EAC, tot argumentant (Fj 63): "En efecto, el art. 115.2 EAC se refiere de manera inequívoca al "objeto de sus competencias", lo que supone, obviamente, la exclusión de los casos que son "objeto" de competencia del Estado, en particular aquellas competencias que, como las invocadas por los recurrentes, le han sido atribuidas por la Constitución al Estado en razón del alcance supraautonómico del objeto sobre el que las mismas se proyectan. No puede hablarse, por tanto, de un supuesto de fragmentación del objeto de una competencia atribuida al Estado por el art. 149.1 CE, sencillamente porque el art. 115.2 EAC se ciñe al objeto de las competencias autonómicas, y éstas, por definición, sólo pueden ser las que el Estatuto atribuya a la Generalitat en el marco de la Constitución y, por tanto, con el límite representado por el propio art. 149.1 CE. El precepto recurrido, en definitiva, no se desenvuelve en el terreno de la atribución de competencias, sino en el de los límites territoriales del ejercicio de las competencias atribuidas a la Generalitat por su Estatuto de Autonomía.

Y lo hace, además, con perfecto acomodo a los principios de nuestra doctrina más consolidada, pues es pacífico que el alcance supraterritorial del objeto de una competencia autonómica no supone, por sí solo, la desposesión de su titularidad en beneficio del Estado, pues esa consecuencia sólo cabe en el supuesto de que la actividad pública ejercida sobre aquel objeto "no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o de coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, que forzosamente debe ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas" (STC 243/1994, de 21 de julio, FJ 6)."

de competències (SSTC 173/2005, de 23 de juny, Fj 9-b i 195/1996, de 28 de novembre, Fj 14). D'acord amb això, aquesta circumstància només pot suposar legítimament un trasllat de la competència quan l'activitat pública concernida no sigui susceptible de fraccionament i, fins i tot en aquest cas, quan l'esmentada actuació no pugui dur-se a terme mitjançant mecanismes de cooperació o coordinació per requerir un grau d'homogeneïtat que només pugui assegurar-se mitjançant la seva atribució a un únic titular, que forçosament ha de ser l'Estat, o quan sigui necessari recórrer a un ens amb capacitat per integrar interessos contraposats de diverses comunitats autònomes (SSTC 306/2000, de 12 de desembre, Fj 8, 223/2000, de 21 de setembre, FJ 11, 190/2000, de 13 de juliol, FJ 10, 102/1995, de 26 de juny, FJ 8, 329/1993, de 12 de novembre, FJ 4 i 243/1993, de 21 de juliol, FJ 6).

En el cas d'instal·lacions acollides al règim de producció especial que estiguessin ubicades en més d'una comunitat autònoma –com podria ser un parc eòlic–, no es fa evident que, sempre i en tot cas, com a regla general, concorrin aquelles circumstàncies excepcionals que justificarien l'atribució de la competència a l'Administració de l'Estat, i més quan és perfectament possible que les comunitats autònomes afectades recorrin, si s'escau, a fórmules de col·laboració per gestionar eficaçment aquests supòsits.⁸⁰ La norma estatal converteix, però, el que hauria de ser l'excepció en una norma general, sense preveure la possibilitat que les comunitats autònomes cooperin entre elles i resolguin de mutu acord l'objecte compartit de la seva intervenció administrativa.

En tercer lloc, el Reial Decret 661/2007 atribueix la competència d'autorització a l'Administració de l'Estat quan la potència instal·lada

^{80.} En sentit contrari al que es defensa, la sentència del Tribunal Suprem de 20 d'abril de 2006, que analitza quina és l'Administració competent per autoritzar un projecte de parc eòlic que s'estenia entre dues comunitats autònomes, va considerar que el criteri utilitzat per atribuir la competència autoritzatòria a l'Administració de l'Estat, relatiu a la ubicació de les instal·lacions en més d'una comunitat autònoma previst en l'article 4.2.a del Reial Decret 2818/1998, de 23 de desembre, sobre producció d'energia elèctrica per instal·lacions proveïdes per recursos o fonts d'energia renovables, residus o cogeneració, no era contrari a les previsions de l'article 149.1.22 CE, i que la intervenció executiva estatal en el cas objecte del procés estava justificada pel caràcter suprautonòmic de la situació i per la impossibilitat de fraccionar l'activitat autoritzant. Aquesta sentència compta amb un vot particular del Magistrat José Manuel Bandrés Sánchez-Crusat que defensa –creiem que de forma encertada– la competència autonòmica per autoritzar el projecte presentat.

sigui superior a 50 MW, però cal tenir en compte que aquest tipus d'instal·lacions, tot i que es nodrissin d'energies renovables, no estarien acollides al règim especial, sinó al règim ordinari (article 27.1.b de la Llei 54/1997), per la qual cosa no té sentit exceptuar un supòsit que, per les seves característiques i d'acord amb la normativa aplicable, no s'inclou en la regla general.

En quart lloc, el Reial Decret 661/2007 utilitza el domini públic maritimoterrestre –ubicació de les instal·lacions al mar– com a factor per atribuir la competència a l'Estat. Aquest criteri, que presenta una notable complexitat des del punt de vista competencial, serà analitzat en l'apartat 5.2.

Tenint en compte tots aquests aspectes problemàtics des de la perspectiva competencial, que s'han posat doctrinalment en relleu, 81 causa com a mínim perplexitat que el dictamen del Consell d'Estat de 26 d'abril de 2007 sobre el projecte de disposició del que esdevindria el Reial Decret 661/2007 no analitzi aquests criteris de repartiment competencial entre Estat i comunitats autònomes, quan precisament, en un estat políticament descentralitzat com l'espanyol, un dels aspectes essencials de la tasca d'assessorament del Govern que duu terme el Consell d'Estat hauria de ser, precisament, l'estudi del contingut de les propostes normatives estatals des de la perspectiva del règim de distribució de competències entre Estat i comunitats autònomes.82

^{81.} Masao Javier López Sako assenyala: "Esta determinación reglamentaria no se ajusta al precepto legal que establece que en todo caso se entenderán incluidas (como competencia de las Comunidades Autónomas) las autorizaciones de las instalaciones acogidas al régimen especial. En efecto, si en todo caso han de considerar-se de competencia autonómica las autorizaciones de instalaciones en régimen especial difícilmente se entienden ni son admisibles jurídicamente las excepciones establecidas por el Real Decreto." Masao Javier López Sako, Regulación y autorización de los parques eólicos, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 480 i 481.

^{82.} D'altra banda, tot i que la qualitat de les normes no sigui l'objecte del present estudi, no deixa de cridar l'atenció que el Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, hagi estat objecte d'una correcció d'errades (BOE núm. 177, de 25 de juliol de 2007) que corregeix un total de 29 errades. I per si amb això no n'hi hagués prou, posteriorment es fa una correcció d'errades de l'anterior correcció d'errades (BOE núm. 178, de 26 de juliol de 2007).

5.2. La ubicació d'instal·lacions d'aprofitament d'energies renovables a la mar territorial

Per poder completar la delimitació de l'àmbit competencial que correspon a l'Estat i a les comunitats autònomes en matèria d'energies renovables, cal analitzar altres factors susceptibles d'incidir en les potestats que corresponen a ambdues Administracions. Com encertadament assenyala Alfonso Pérez Moreno, la normativa reguladora de les energies renovables ha de tenir en compte quatres aspectes: "el origen de la energía, la ubicación de las instalaciones de captación, la tecnología necesaria y la energía finalmente obtenida." Un d'aquests aspectes —la ubicació de les instal·lacions de captació— pot tenir, en determinats tipus de fonts d'energies renovables, una incidència rellevant en el repartiment competencial.

En efecte, pel que fa a la ubicació de les instal·lacions de captació de les fonts d'energies renovables, no es pot ignorar que algunes d'elles poden situar-se a la mar territorial, com ara els parcs eòlics marins, ⁸⁴ les instal·lacions d'explotació de l'energia de les onades o de les marees, ⁸⁵ o en general, qualsevol tipus d'instal·lació de captació de fonts d'energies renovables que, per les seves característiques, po-

^{83.} Alfonso Pérez Moreno, "Las energías renovables", a Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 55, 2004, p. 34.

^{84.} Rafael Peña Capilla ha destacat la creixent importància dels parcs eòlics marins, tot assenyalant:

[&]quot;En los últimos años, los parques eólicos han encontrado un nuevo hábitat en el mar, en las llamadas instalaciones offshore. Allí, la disponibilidad del viento es significativamente mayor que en tierra, con la ventaja adicional de que el recurso eólico suele ser más constante, con menos variaciones estacionales. Además, en los países más avanzados, la eólica terrestre empieza a notar cierta saturación en cuanto a la disponibilidad de los mejores asentamientos, mientras que el inmenso potencial marino está casi sin explotar." Rafael Peña Capilla, "El potencial de las energías renovables en España", a Energías y cambio climático, Salamanca, 2008, p. 117.

^{85.} La Directiva 2009/28/CE del Parlament Europeu i del Consell de 23 d'abril de 2009, relativa al foment de l'ús d'energia procedent de fonts renovables i per la qual es modifiquen i es deroguen les Directives 2001/77/CE i 2003/30/CE, assenyala en el seu 11è Considerant:

[&]quot;Es necesario establecer reglas claras y transparentes para el cálculo de la cuota de energía procedente de fuentes renovables y para definir dichas fuentes. En este contexto, debe incluirse la energía presente en los océanos y otras masas de agua en forma de oleaje, corrientes marinas y mareas, así como la energía de los gradientes de temperatura y de los gradientes de salinidad de los océanos."

gués ubicar-se a la mar territorial.⁸⁶ La qüestió que ha ser objecte d'anàlisi és la incidència que té aquesta ubicació en el repartiment de competències entre Estat i comunitats autònomes.

L'experiència demostra que l'exercici de les competències autonòmiques ha trobat o bé un límit o bé un element de modulació en el cas que l'objecte d'aquelles competències pugui estar situat a la mar territorial, fora del territori terrestre de la comunitat autònoma, en la mesura que l'Estat ha entès que a la mar territorial li correspon exercir determinades competències, no ja perquè les tingui atribuïdes d'acord amb l'article 149.1 CE, sinó per raó de l'espai geogràfic en què s'exerceixen, amb independència que es tracti d'àmbits materials en què les comunitats autònomes han assumit competències d'acord amb els seus Estatuts d'Autonomia.⁸⁷

Un exemple del que s'acaba d'exposar el trobem en el Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, pel qual s'estableix el procediment administratiu per a la tramitació de les sol·licituds d'autorització d'instal·lacions de generació elèctrica a la mar territorial, que té per objecte la regulació dels procediments i la determinació de les condicions i criteris que han de regir per a l'obtenció de les autoritzacions i concessions administratives per a la construcció de les instal·lacions de generació d'electricitat que es trobin ubicades a la mar territorial.⁸⁸ Segons la seva disposició final primera, el Reial Decret es dicta a l'empara de l'article 149.1.22 CE, que atribueix a l'Estat competència

^{86.} Dintre de les instal·lacions de fonts d'energies renovables ubicades a la mar territorial, es podria distingir entre aquelles que utilitzen recursos marins, estrictu sensu, com ara les instal·lacions d'energia mareomotriu, i aquelles altres que, malgrat estar ubicades a la mar territorial, no utilitzen recursos estrictament marins, com ara els parcs eòlics marins.

^{87.} La complexitat que implica el determinar a quina Administració correspon exercir competències sobre el mar territorial es reflecteix a l'informe elaborat el juliol de 2006 pel Consell d'Estat que porta per títol Informe sobre las competencias de las distintas administraciones territoriales y órganos de la Administración General del Estado en materia de protección de hábitats y especies marinas y de declaración y gestión de áreas marinas protegidas. Com el seu nom indica, l'informe, de 410 pàgines, es centra exclusivament en determinar a quina Administració correspon l'exercici de determinades funcions ambientals en aigües marines.

^{88.} Tot i el títol del Reial Decret i que el seu article 1, que regula el seu objecte i àmbit d'aplicació, fan referència a instal·lacions que es trobin ubicades físicament a la mar territorial, la disposició addicional cinquena del Reial Decret estén l'aplicació d'aquest a les instal·lacions de generació eòlica que pretenguin ubicar-se en la zona contigua o en la zona econòmica exclusiva del domini públic maritimoterrestre.

exclusiva per a l'autorització de les instal·lacions elèctriques si l'aprofitament afecta una altra comunitat o si l'energia és transportada fora del seu àmbit territorial. Ara bé, aquest títol competencial no dóna un emparament competencial clar a la regulació del Reial Decret; en primer lloc, perquè no necessàriament l'aprofitament de l'energia elèctrica generada a la mar territorial té perquè afectar en tots el supòsits més d'una comunitat autònoma; en segon lloc, perquè l'energia elèctrica produïda no és transportada fora de l'àmbit territorial autonòmic, sinó –en la lògica del Reial Decret– generada fora d'aquest àmbit territorial.

És cert que la Llei de les Corts Generals 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric estableix (article 3.2.a), com s'ha assenyalat anteriorment, que correspon a l'Administració de l'Estat l'autorització de les instal·lacions elèctriques de generació de potència elèctrica instal·lada superior a 50 MW –atribució competencial que ja ha estat objecte de l'oportú comentari—, i que, en tal sentit, l'article 2 del Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, determina que les instal·lacions de generació eòliques marines tindran una potència instal·lada mínima superior a 50 MW. Això podria fer pensar, en una primera anàlisi, que l'assignació competencial que efectua el Reial Decret a favor de l'Administració de l'Estat és coherent amb el que estableix la Llei del Sector Elèctric que utilitza com a factor de distribució de competències el de la potència elèctrica instal·lada.

No es pot ignorar, però, que el Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, també atribueix la mateixa competència autoritzatòria a l'Administració de l'Estat en el cas d'instal·lacions que tinquin una potència inferior a 50 MW. En efecte, el Reial Decret habilita el Ministre d'Indústria, Turisme i Comerç tant per modificar, fins un 20% a l'alça o a la baixa, el límit de 50 MW (disposició final segona-1), com per permetre les autoritzacions administratives d'instal·lacions de generació eòliques marines de potència inferior o igual a 10 MW, quan tinguin per finalitat la investigació, desenvolupament, innovació i demostració de tecnologia aplicada a la generació eòlica marina (disposició final segona-2); igualment, el Reial Decret no estableix cap limitació mínima de potència per a les instal·lacions de generació d'electricitat d'origen renovable, de tecnologia diferent a l'eòlica (article 32). Per tant, en aquests tres supòsits no podria entendre's que és d'aplicació la previsió de l'article 3.2.a de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, del Sector Elèctric, sinó que la competència estatal s'hauria de fonamentar en un altre factor que, llegint l'exposició de motius del Reial Decret sembla que és la ubicació de les instal·lacions a la mar territorial,⁸⁹ conclusió que és veu confirmada per la regulació de l'article 4.2.b del Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel qual es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial, que determina que l'autorització de les instal·lacions acollides al règim de producció especial correspon a l'Estat quan les instal·lacions estiguin ubicades al mar (article 4.2.b).

Si hom examina el dictamen del Consell d'Estat sobre el projecte de disposició que posteriorment esdevindria el Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, pot constatar la seva singularitat que es manifesta en el fet que considera que, a banda del títol competencial de l'article 149.1.22 CE, també empara la regulació del projecte de decret la competència exclusiva de l'Estat en matèria de relacions internacionals de l'article 149.1.3 CE, en la mesura que el compliment de diverses obligacions contingudes en la Convenció de les Nacions Unides sobre el Dret del Mar de 10 de desembre de 1982, com el de garantir el dret dels Estats de pas innocent a través del mar territorial, el deure de no posar dificultats a aquest pas i el de donar a conèixer tots els perills que amenacin la navegació en el seu mar territorial, requereixen que l'Estat autoritzi les instal·lacions d'energia elèctrica a la mar territorial.⁹⁰

^{89.} L'exposició de motius del Reial Decret assenyala: "En el territorio nacional existen multitud de instalaciones de generación de energía eléctrica en tierra, siendo la normativa que les sirve en cada caso de aplicación esencialmente autonómica. La novedad que aquí se nos presenta viene dada por el emplazamiento de las instalaciones de generación el mar, por la ausencia de experiencias en dicho medio y por ser la competencia para su tramitación exclusivamente estatal".

^{90.} El dictamen assenyala textualment: "Por otro lado, el artículo 149.1.3ª de la Constitución otorga al Estado competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales. Hay que tener en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, en la que España es parte, declara que todos los Estados gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial (artículo 17) e impone al Estado ribereño el deber de no poner dificultades a dicho paso inocente y el de dar a conocer todos los peligros que amenacen a la navegación en su mar territorial (artículo 24). Además, el Estado ribereño puede dictar leyes y reglamentos sobre, entre otras materias, la seguridad de la navegación y la protección de las ayudas a la navegación y de otros servicios e instalaciones que se encuentren en su mar territorial (artículo 21). Todo ello conduce naturalmente a la conclusión de que la competencia para autorizar instalaciones en el mar territorial pertenece al Estado, que es el responsable de la aplicación material de las normas citadas, que figuran entre las más antiguas y respetadas del Derecho del mar."

Creiem que aquest raonament del Consell d'Estat és discutible i que la competència en matèria de relacions internacionals no pot emparar la regulació del Reial Decret 1028/2997, de 20 de juliol, atès que l'autorització d'instal·lacions d'energies renovables és una güestió que no afecta els aspectes nuclears de la matèria relacions internacionals tal com l'ha conceptuada el Tribunal Constitucional: celebració de tractats (ius contrahendi), representació exterior de l'Estat (ius legationis), creació d'obligacions internacionals i responsabilitat internacional de l'Estat (SSTC 31/2010, de 28 de juny, FJ 125 i 165/1994, de 26 de maig, Fj 5). D'altra banda, l'existència d'un tractat internacional i l'obligació d'implementar-lo o de no infringir el seu contingut, no determina necessàriament que la competència per a la seva execució s'hagi d'atribuir a l'Estat, ja que correspon a les comunitats autònomes l'execució de tractats internacionals en matèria de la seva competència, tal com estableixen diversos Estatuts d'Autonomia⁹¹ i ha declarat el Tribunal Constitucional (STC 227/1998, de 29 de novembre, Fj 21-b).

El dictamen del Consell d'Estat fa referència també a la titularitat dominical per part de l'Estat de la mar territorial (article 132.2 CE), 92 afirmació certa però que tampoc no és automàticament atributiva de cap competència per a l'Estat, ja que és reiterada la jurisprudència del Tribunal Constitucional que declara que la titularitat del domini públic no és un criteri d'atribució competencial (SSTC 61/1997, de 20 de març, Fj 28 - d, 36/1994, de 10 de febrer, Fj 3, 149/1991, de 4 de juliol, Fj 4 – A i 103/1989, de 3 de juny, Fj 6, entre d'altres) i, en conseqüència, la titularitat demanial d'un bé no el sostrau de les competències que sobre ell corresponen als ens que no n'ostenten la titularitat (SSTC 247/2007, de 12 de desembre, Fj 21 i 9/2001, de 18 de gener, Fj 16), ja que la propietat pública d'un bé és separable de l'exercici d'aquelles competències públiques que el tenen com suport material o físic. És per això que les lleis estatals no poden atorgar a l'Administració de l'Estat atribucions sobre les activitats que es desen-

^{91.} Es pot fer esment dels següents preceptes dels Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006: article 196.4 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, article 240.4 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia, article 97.3 de l'Estatut d'autonomia d'Aragó, article 102.4 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, article 68.2 de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó i article 62.1.e de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana.

^{92.} El dictamen del Consell d'Estat assenyala: "Debe recordarse, por último, que el artículo 132.2 de la Constitución atribuye al Estado la titularidad dominical del propio mar territorial, que se califica, junto a los recursos naturales de la zona económica y a la plataforma continental, de bien de dominio público estatal."

volupen en el demani natural sense respectar els àmbits materials que els Estatuts d'Autonomia reserven a les seves respectives Administracions (STC 149/1991, de 4 de juliol, Fj 4-A). Més concretament, el Tribunal Constitucional ha declarat que l'article 132.2 CE no és una norma de distribució de competències (STC 227/1988, de 27 de novembre, Fj 14) i que la titularitat que estableix no pot considerar-se que es tradueixi en cap títol competencial concret (STC 204/2002, de 31 d'octubre, Fj 7).

Diferent és una darrera afirmació que es conté en el dictamen del Consell d'Estat: que la mar territorial no forma part del territori de les comunitats autònomes. 93 Si bé excediria de l'abast del present estudi entrar a discutir aquesta afirmació –que és certament discutible, sí que es pot sostenir que, tot i que s'acceptés a efectes dialèctics que el mar territorial no forma part del territori autonòmic, això no determinaria automàticament que totes les competències que sobre ell es puguin exercir haguessin de correspondre necessàriament a l'Estat. Així ho ha reconegut el propi Tribunal Constitucional en la STC 38/2002, de 14 de febrer -a la qual es remet la STC 31/2010, de 28 de juny, Fi 92– en què declara que les comunitats autònomes poden exercir competències a la mar territorial quan ho estableixi expressament el seu Estatut d'Autonomia, com ara en el supòsit d'atribucions estatutàries referides al salvament marítim o als abocaments contaminants en aigües territorials o guan així es derivi de la naturalesa de la competència, com ara en les assumpcions competencials en matèria de marisqueiq.94

^{93.} El dictamen del Consell d'Estat indica de manera lacònica: "Debe recordarse, por último, (...) que el mar territorial no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas."

^{94.} L'"Informe sobre las competencias de las distintas administraciones territoriales y órganos de la Administración General del Estado en materia de protección de hábitats y especies marinas y de declaración y gestión de áreas marinas protegidas", elaborat pel Consell d'Estat el juliol de 2006 posa en relleu que el Tribunal Constitucional ha admès la competència exclusiva autonòmica, en determinats àmbits materials, a la mar territorial, tot assenyalant: "No debe tampoco dejar de mencionarse que existe otra línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que ha consagrado la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en el mar territorial e incluso en la zona económica exclusiva cuando en los Estatutos de Autonomía existen otros títulos competenciales específicos, tales como, por ejemplo, los de acuicultura (más bien debería ser maricultura) y de marisqueo, sin que en estos casos ni siquiera la competencia estatal de pesca marítima en aguas exteriores haya sido considerada título válido para oponerse al ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus competencias en aguas exteriores (véase, por todas, la STC 9/2001, de

Fins i tot, el Tribunal Constitucional admet l'exercici de competències autonòmiques a la mar territorial en el supòsit d'atribucions competencials que no impliquen necessàriament una vinculació amb la mar, com és el cas de la protecció dels espais naturals en què admet la possibilitat d'actuació a la mar territorial quan excepcionalment ho exigeixin les característiques de l'espai protegit, singularment quan així ho requereixi la continuïtat i unitat de l'espai físic natural terrestre de la comunitat autònoma (STC 38/2002, de 14 de febrer, Fj 7).95

Significativa és també la STC 40/1998, de 19 de febrer (Fj 56), en què el Tribunal Constitucional declara que en matèria de protecció del medi ambient marí l'Estat només s'ha reservat la competència de legislació bàsica (article 149.1.23 CE), si bé la mateixa sentència assenvala que per determinar el feix de facultats que corresponen a l'Estat sobre el medi marí cal tenir en compte la titularitat que segons l'article 132.2 CE correspon a l'Estat sobre les platges, el mar territorial i els recursos naturals de la zona econòmica i la plataforma continental. D'aquesta sentència se'n poden extreure dos conceptes força importants: en primer lloc, que si l'Estat només pot dictar la normativa bàsica de protecció del medi marí, les comunitats autònomes podran desenvolupar aquesta normativa bàsica, dictar normes addicionals de protecció i executar tot el bloc normatiu, si així ho tenen assumit en el seus Estatuts d'Autonomia. 6 En segon lloc, de la sentència sembla derivar-se que per elements integrants del medi marí s'han d'entendre els relacionats a l'article 132.2 CE.

¹⁸ de enero, en recurso de inconstitucionalidad promovido por el Estado contra la Ley 6/1993, de 11 de mayo, de Pesca de Galicia)."

^{95.} A partir d'aquesta jurisprudència, la Llei de les Corts Generals 42/2007, de 13 de desembre, del Patrimoni Natural i de la Biodiversitat, ha establert que: "Corresponde a las Comunidades autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los espacios naturales protegidos en su ámbito territorial y en las aguas marinas cuando, para estas últimas, en cada caso exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente" (article 36.1).

^{96.} La Generalitat de Catalunya ha assumit específicament una competència compartida sobre la protecció del medi ambient marí. En concret, l'Estatut d'autonomia de Catalunya indica que corresponen a la Generalitat la competència compartida en matèria de medi ambient i la competència per a l'establiment de normes addicionals de protecció. Aquesta competència compartida inclou en tot cas la regulació dels recursos naturals, de la flora i la fauna, de la biodiversitat, del medi ambient marí i aquàtic si no té per finalitat la preservació dels recursos pesquers marítims (article 144.1.c EAC).

Seguint aguesta jurisprudència constitucional que admet que les comunitats autònomes poden exercir competències a la mar territorial, alguns dels Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006 recullen de forma explícita aquesta possibilitat d'exercici competencial en aigües marines. L'exemple més clar el constitueix l'article 32.17 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears que atribueix a la Comunitat Autònoma la funció executiva en matèria de gestió del domini públic marítimo-terrestre, entenent-se per aquest el comprès tant per l'àmbit terrestre com per les aigües interiors i la mar territorial (article 32.17 de l'Estatut d'autonomia dels Illes Balears). Altres Estatuts d'Autonomia atribueixen a la comunitat autònoma la competència exclusiva en matèria d'ordenació del litoral que inclou la gestió dels títols d'ocupació i ús del domini públic maritimoterrestre, especialment l'atorgament d'autoritzacions i concessions i, en tot cas, les concessions d'obres fixes a la mar (articles 149.3.b de l'Estatut d'autonomia de Catalunya⁹⁷ i 56.6 de l'Estatut d'autonomia d'Andalusia).98

Per tant, els elements jurisprudencials i normatius indicats palesen que el fet que l'objecte de l'exercici d'una competència es pugui situar a la mar territorial no determina necessàriament quina és l'Administració competent per exercir-la ni, més concretament, tampoc no implica que, de forma automàtica, una competència autonòmica hagi de passar a ser atribuïda o, si més no, exercida per l'Estat.

^{97.} El Tribunal Constitucional, en la sentència 31/2010, de 28 de juny, ha reconegut la constitucionalitat de la regulació de l'article 149.3.b EAC, en allò referent a l'atribució de competència sobre la concessió d'obres fixes a la mar, tot raonant (Fj 92): "Por tanto no es posible descartar la existencia de obras fijas situadas en el mar que se proyecten sobre las aguas de la zona marítimo-terrestre (territorio autonómico) o sobre el mar territorial (que no tiene tal condición) y que tengan como referencia, en ambos casos, competencias de las Comunidades Autónomas en los términos estrictos antes señalados, siendo entonces legítima la previsión del precepto estatutario impugnado que atribuye la competencia ejecutiva a la Generalitat, pero sometiéndola, como reza el encabezamiento del precepto, al "régimen general del dominio público", cuyo establecimiento corresponde al Estado, y a "las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición", excepciones estas últimas que también deben ser fijadas por el Estado ex art. 149.1.23 CE."

^{98.} La Generalitat Valenciana ha assumit, per la seva banda, l'execució de la legislació de l'Estat en relació amb les funcions que sobre la zona marítimo-terrestre, costes i platges li atribueix la legislació de l'Estat (article 51.1.9 de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana).

En el cas de les instal·lacions de generació d'energia elèctrica mitjancant energies renovables que puquin instal·lar-se a la mar territorial es pot sostenir que aquest factor -la ubicació a la mar territorial – no trasllada a l'Estat la competència que correspon a les comunitats autònomes en l'àmbit terrestre.99 En primer lloc, perquè, com hem vist, diverses comunitats autònomes han assumit, de forma expressa, competències en matèria d'energies renovables i, com en cas de les competències que porten implícit el seu exercici a la mar territorial (marisqueig, salvament marítim, etc.), també les energies renovables porten implícita la seva possible connexió amb la mar territorial si, precisament, algunes de les fonts d'energia renovable hi tenen el seu origen. En segon lloc, perquè aquesta ubicació a la mar territorial no pot fer oblidar que l'objecte de l'activitat administrativa té una connexió directa i immediata amb el territori terrestre de la comunitat autònoma en la mesura que l'electricitat produïda haurà de ser evacuada a través de territori autonòmic. En tercer lloc, pel que fa específicament als parcs eòlics marins, 100 cal afegir el factor que la font d'energia renovable utilitzada –el vent– no s'integra en el domini públic marítimo-terrestre, a diferència d'altres instal·lacions ubicades al mar territorial que utilitzin fonts integrades en aquest demani (onades, corrents marines, marees o gualsevol altra font d'energia renovable).

El Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, pel qual s'estableix el procediment administratiu per a la tramitació de les sol·licituds d'autorització d'instal·lacions de generació elèctrica a la mar territorial –el qual, malgrat el seu nom, no només regula normes de procediment administratiu, sinó també les condicions i criteris que han de regir l'obtenció de les autoritzacions i concessions administratives necessàries per a la construcció de les instal·lacions de generació d'electricitat ubicades a la mar territorial—¹⁰¹ atribueix totes les facultats de desen-

^{99.} Sosté l'opinió contrària Joaquín M. Nebreda Pérez, amb l'argument que el domini públic marítimo-terrestre és de competència estatal. En concret, assenyala: "Desde el punto de vista competencial los parques eólicos de más de 50 MW son competencia estatal y, también, todos los ubicados en la mar, por ser, el dominio público marítimo-terrestre, competencia estatal." Joaquín M. Nebreda Pérez, Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 61 i 62.

^{100.} Per a una anàlisi de la regulació dels parcs eòlics marins, vegeu Ana Buitrago Montoro i Borja Garay Ibarreche, "Energía eólica marina", a l'obra col·lectiva *Tratado de Energías Renovables*, volumen II, Aspectos jurídicos, Pamplona, Aranzadi, 2010, pp. 299 a 338.

^{101.} En tal sentit, té una rellevància extraordinària la regulació de la disposició addicional tercera del Reial Decret que estableix que el Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç, el

volupament i execució amb relació a aquestes instal·lacions a òrgans de l'Administració de l'Estat, mentre que la participació autonòmica és pràcticament testimonial, ¹⁰² ja que es redueix a la seva representació en el Comitè de valoració de les sol·licituds de reserva de zona per a instal·lacions de parcs eòlics marins, que estarà format per 11 representants de l'Estat i 1 representant designat per la conselleria amb competències en matèria d'energia de cadascuna de les comunitats autònomes i ciutats autònomes que limitin amb l'àrea eòlica marina (article 15). ¹⁰³

D'altra banda, la disposició addicional quarta del Reial Decret estableix una obvietat en determinar que la participació de les comunitats autònomes en els procediments previstos en el Reial Decret s'ajustarà a les previsions específiques que estableixin les seves respectives normes estatutàries. És una obvietat perquè ni aquest Reial Decret ni qualsevol altra norma podria ignorar o contradir les assumpcions competencials d'una comunitat autònoma contingudes en el seu Estatut d'autonomia, sinó que el que ha de fer, precisament, és incorporar en la seva regulació la participació autonòmica que derivi de les normes estatutàries i no deixar-ho a la lliure interpretació dels aplicadors de la norma.

Ministeri de Medi ambient i el Ministeri d'Agricultura, Pesca i Alimentació, realitzaran conjuntament un estudi estratègic ambiental del litoral espanyol amb el objecte de determinar les zones del domini públic marítimo-terrestre que, als sols efectes ambientals, reuneixen condicions favorables per a la instal·lació de parcs eòlics marins; l'estudi establirà una classificació, almenys, en zones aptes i zones d'exclusió per a aquests usos. Aquest estudi estratègic ja ha estat aprovat; concretament, se n'ha donat publicitat mitjançant la Resolució de 30 d'abril de 2009, de la Subsecretaria del Ministeri de la Presidència, per la qual es disposa la publicació de la Resolució conjunta de la Secretaria General d'Energia i de la Secretaria General del Mar, per la qual s'aprova l'estudi estratègic ambiental del litoral espanyol per a la instal·lació de parcs eòlics marins.

102. En el mateix sentit, Daniel Vázquez García indica: "Se trata, por tanto, de un procedimiento autorizatorio de competencia exclusivamente estatal, en el que las comunidades autónomas tienen un papel residual, limitado únicamente a formar parte de los comités de valoración de los proyectos en competencia". Daniel Vázquez García, "Un nuevo impulso a las energías renovables en España: los parques eólicos marinos u offshore", Diario La Ley, núm. 7197, 16.06.2009, p. 4.

103. No sembla que sigui massa respectuós amb la potestat atorgadora de les comunitats autònomes que l'Administració de l'Estat determini quina és la conselleria autonòmica que ha de designar el representant que correspon a la comunitat autònoma.

348

En qualsevol cas, aquesta minúscula participació autonòmica en un procediment que, en principi, és de competència autonòmica –almenys parcialment pel que fa a les instal·lacions de potència inferior a 50 MW– i que només exerceix l'Estat per raó de la ubicació de determinades instal·lacions a la mar territorial, reflecteix l'existència d'una sensibilitat autonòmica reduïda per part de l'Administració de l'Estat i l'escàs interès d'aquesta en aconseguir la implicació de les comunitats autònomes en l'elaboració de polítiques estatals i en l'adopció de decisions que les afecten directament, tant des de la perspectiva energètica com ambiental.¹⁰⁵

^{104.} El Reial Decret ha estat objecte de conflicte positiu de competència per part de la Junta de Galícia (BOE núm. 313, de 31.12.2007) i pel Govern de Canàries (BOE núm. 27, de 31.01.2008).

^{105.} Crida l'atenció que les previsions de participació autonòmica previstes en el Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, no coincideixin amb les d'un altre decret publicat uns dos mesos abans, el Reial Decret 661/2007, de 25 de maig, pel qual es regula l'activitat de producció d'energia elèctrica en règim especial, que determina que l'autorització de les instal·lacions acollides al règim de producció especial correspon a l'Estat quan les instal·lacions estiguin ubicades a el mar, prèvia consulta amb les comunitats autònomes afectades per la instal·lació (article 4.2.b). Aquest tràmit d'audiència no està previst al Reial Decret 1028/2007, de 20 de juliol, que com a norma posterior i més específica es podria entendre que deixa sense efecte la previsió del Reial Decret 661/2007.

RESUM

L'estudi analitza la distribució de competències en matèria d'energies renovables entre l'Estat i les comunitats autònomes, prestant especial atenció a les novetats que incorporen els Estatuts d'Autonomia reformats a partir de l'any 2006, encapçalats pel nou Estatut d'Autonomia de Catalunya, tenint en compte la sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, sobre el mateix. L'estudi de la distribució competencial pren en consideració les diverses notes que caracteritzen les energies renovables i, en conseqüència, analitza els títols competencials que poden arribar a ser aplicables en aquesta matèria: règim energètic, instal·lacions elèctriques, recursos i aprofitaments hidràulics, aprofitaments forestals, protecció del medi ambient i planificació general de l'activitat econòmica. Es fa una especial referència a les previsions estatutàries de participació autonòmica en organismes i procediments estatals de l'àmbit energètic. L'estudi també analitza diversos àmbits problemàtics del repartiment competencial com són el règim d'autorització d'instal·lacions elèctriques que utilitzen fonts d'energies renovables i la incidència, des de la perspectiva competencial, de la ubicació a la mar territorial de les instal·lacions d'aprofitament d'energies renovables.

Paraules clau: energies renovables; Estatut d'autonomia de Catalunya; repartiment competencial; competència participativa autonòmica; àmbits problemàtics del repartiment competencial; mar territorial.

RESUMEN

Este estudio analiza la distribución de competencias en materia de energías renovables entre el Estado y las comunidades autónomas. Se presta una especial atención a las novedades que incorporan los Estatutos de Autonomía reformados a partir del año 2006, encabezados por el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán. El estudio de la distribución competencial toma en consideración las diversas notas que caracterizan las energías renovables y, en consecuencia, analiza los títulos competenciales que pueden llegar a ser aplicables en esta materia: régimen energético, instalaciones eléctricas, recursos y aprovechamientos hidráulicos, aprovechamientos forestales, protección del medio ambiente y planificación general de la actividad económica. También se hace referencia a las previsiones estatutarias de participación autonómica en organismos y procedimientos estatales del ámbito energético. Asimismo, el estudio analiza diversos ámbitos problemáticos del reparto competencial, como son el régimen de autorización de instalaciones eléctricas que utilizan fuentes de energías renovables y la incidencia, desde la perspectiva competencial, de la ubicación

en el mar territorial de las instalaciones de aprovechamiento de energías renovables.

Palabras clave: energías renovables; Estatuto de Autonomía de Cataluña; reparto competencial; competencia participativa autonómica; ámbitos problemáticos del reparto competencial; mar territorial.

ABSTRACT

The study analyses the distribution of competences in terms of renewable energies between the State and the Autonomous Communities, paying particular attention to new incidents incorporated into the reformed Autonomous Statutes since 2008, starting with the new Autonomous Statute of Catalonia, considering the sentence of the Constitutional Court 31/2010, of 28 June, and duly entered in this. The study of competence distribution considers the different aspects that characterise renewable energies and as a result, it analyses the competence titles that may be applicable in this subject: energy system, electrical installations, hydraulic benefits and resources, forest benefits, environment protection and general planning of the economic activity. It makes special reference to statutory forecasts of autonomous participation in state procedures and bodies in the field of energy. The study also analyses various problematic areas regarding competence distribution such as the electrical power authorisation system that use renewable energies and the incidence, from a competence perspective, of the location of installations benefiting from renewable energies by the territorial sea.

Key words: renewable energies; Autonomous Statute of Catalonia; competence distribution; problematic areas regarding competence distribution; territorial sea

LLENGUA I IMMIGRACIÓ A L'ESTAT AUTONÒMIC I A CATALUNYA: UNA APROXIMACIÓ JURÍDICA

Eva Pons Parera

Professora titular de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

SUMARI: 1. Introducció. – 2. La relació entre llengua i immigració: elements contextuals. 2.1. Els fonaments filosòfics o ètics. 2.2. El marc europeu: el Consell d'Europa i la Unió Europea. 2.3. Tendències en el dret comparat. – 3. Llengua i immigració a l'Estat autonòmic. 3.1. El caràcter implícit de la qüestió lingüística en el règim d'estrangeria fins el 2009. 3.2. El requisit lingüístic en la pràctica administrativa i la jurisprudència relativa a l'accés a la nacionalitat. 3.3. La llengua en la reforma de la legislació d'estrangeria per la Llei orgànica 2/2009. 3.3.1. Les llengües com a factors d'integració. 3.3.2. Les competències de les comunitats autònomes. – 4. Llengua i immigració a Catalunya. 4.1. Les accions i plans lingüístics i d'immigració de la Generalitat i els ens locals. 4.2. La llengua en la Llei d'acollida de les persones immigrades i les retornades a Catalunya. 4.2.1. Abast i característiques generals del text legal. 4.2.2. Les llengües en els processos d'acollida dels immigrants. – 5. Reflexions finals (i addenda). – Resum-Resumen-Abstract.

1. Introducció

La qüestió lingüística havia estat, durant força temps, un aspecte menystingut per la reflexió teòrica sobre l'acomodament o la gestió de la diversitat cultural i el pluralisme social. No és fins a la fi del segle xx que s'estén entre els teòrics una major consciència sobre el rol de la llengua com a factor bàsic en els qual se

Article rebut el 13/07/2010; acceptat el 27/07/2010.

Aquest article té el seu origen en la conferència "Política lingüística i immigració", presentada en el Seminari: *La política d'immigració a l'Estat autonòmic*, organitzat pel Forum of Federations i l'Institut d'Estudis Autonòmics, que va tenir lloc a Barcelona el 26 de març de 2010.

sustenta la integració política i cultural en les societats modernes.² Una de les raons explicatives del nou lloc assolit per la llengua en el debat sobre els principis que han d'inspirar les polítiques públiques en contextos de diversitat cultural és, com assenyalen Kymlicka i Patten, la integració de la immigració. Molts països occidentals reben avui un alt nombre de persones immigrades, i les característiques de l'actual immigració comporten una sèrie de reptes nous per als estats, ³ els quals reaccionen amb l'adopció de polítiques que incentiven o obliguen els immigrants a aprendre la llengua o llengües oficials de la societat d'acollida.

Tot i la rellevància de les implicacions teòriques i pràctiques del binomi llengua-immigració, en el nostre entorn és encara freqüent l'omissió d'aquesta dimensió lingüística en l'anàlisi del fenomen migratori, especialment en els estudis de caràcter jurídic. Les raons d'aquest capteniment poden ser diverses, però es tracta d'una llacuna que pot induir una falsa percepció: la de considerar que les opcions político-jurídiques –encara que no siguin explícitament lingüístiques – en matèria d'immigració i accés a la nacionalitat són lingüísticament neutres. Aquesta mena de miratge té majors conseqüències quan es projecta sobre una comunitat política on conviuen dues llengües oficials en contacte, i encara més quan solament una d'aquestes té alhora l'estatus de llengua estatal. En aquest supòsit, la qüestió migratòria se superposa a un altre dels reptes lingüístics actuals també apuntats per Kymlicka i Patten: el reconeixement i la preservació de les llengües regionals o pròpies

^{2.} Vegeu Peter Kraus, A Union of Diversity. Language, Identity and Polity-Building, New York, Cambridge University Press, 2008, per a l'elaboració teòrica de la relació entre identitat cultural i integració política, especialment pp. 37-43.

^{3.} Will Kymlicka i Alan Patten, "Introduction. Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches", a Will Kymlicka i Alan Patten (eds.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, 2003, pp. 8-9, expliquen la tendència actual dels estats a exigir o promoure el coneixement de la llengua oficial pels immigrants a partir d'una sèrie de factors nous que qüestionen el patró tradicional d'assimilació lingüística per la tercera generació d'immigrants: el "transnacionalisme" de la immigració, per la tendència dels immigrants a mantenir una forta connexió amb els respectius països d'origen; la ideologia i polítiques del "multiculturalisme"; o la importància demogràfica de certs grups d'immigrants, que poden constituir-se en comunitats compactes i homogènies, amb el perill que això impedeixi l'adquisició de la llengua del país d'acollida, amb conseqüències negatives per a la seva integració social.

de comunitats nacionals minoritàries.⁴ Tot i que ambdós reptes lingüístics no han d'entrar necessàriament en conflicte, perquè això sigui així caldrà que les comunitats receptores gaudeixin de certs mitjans o facultats per gestionar lingüísticament la immigració.⁵

Així doncs, la interacció entre política d'immigració i política lingüística és avui indefugible, tot i que sovint l'aspecte lingüístic sigui tàcit en la gestió del fenomen migratori. L'aproximació jurídica a la relació entre llengua i immigració ha d'abordar, principalment, dues grans qüestions: d'una banda, la possibilitat d'establir per part de les societats d'acollida requisits lingüístics o altres tipus de mesures adreçades a promoure o assegurar que els immigrants coneguin la llengua o llengües de la societat d'acollida; i, d'altra banda, el reconeixement de les llengües dels immigrants per part d'aquestes mateixes societats. Ambdues qüestions poden veure's com el reflex d'una disjuntiva més general de les polítiques migratòries, les quals es mouen entre dues pretensions aparentment contradictòries: el principi d'equiparació de drets i deures dels nacionals i els immigrants; i el reconeixement de drets diferenciats per als darrers.

La darrera qüestió, relativa al reconeixement de drets lingüístics diferenciats als immigrants, és relativament nova com a objecte de

^{4.} Will Kymlicka i Alan Patten, "Introduction. Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches", cit., pp. 4-7, els quals observen que la norma actual en la majoria d'estats occidentals és garantir acomodacions per a aquestes llengües oficials, que obtenen un reconeixement progressiu de drets, sovint emparats per un estatus d'oficialitat, en igualtat amb la llengua estatal o bé només en la regió on es concentren els seus parlants.

^{5.} Will Kymlicka, "Immigration Integration and Minority Nationalism", a Michel Keating i John McGarry (eds.), *Minority Nationalism and the Changing International Order*, Oxford, Oxford Universiy Press, 2006, pp. 61-72. Aquesta convivència s'il·lustra per l'autor amb els casos d'aquelles comunitats nacionals (com Catalunya i el Quebec) que acullen positivament els immigrants, tot permetent-los mantenir elements de la seva identitat cultural, alhora que es promou que aprenguin la llengua minoritària, en el marc del que qualifica de "nacionalisme cívic" o "post-ètnic", igualment present en certes polítiques migratòries estatals.

^{6.} Una formulació de l'estreta vinculació entre política d'immigració i política lingüística, que en destaca la connexió amb altres elements socioeconómics d'integració es troba en el *Pla de Ciutadania i Immigració 2005-2008*, del Govern de la Generalitat, on s'afirma que: "Tota política d'igualtat i d'acomodació de la ciutadania resident a Catalunya és una política lingüística" (p. 40).

^{7.} Marco Aparicio Wilhelmi, "Diversitat cultural, convivència i drets. Una anàlisi en el marc de la Constitució Espanyola", *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010, p. 129.

reflexió doctrinal. El marc internacional o legal intern acostuma a ser poc precís al respecte i, tot i que hi ha certs estàndards internacionals,8 un instrument tan important com la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries ignora expressament les llengües dels immigrants.9 Per consegüent, la reflexió se situa avui primordialment en el terreny de la filosofia política, a partir de la distinció establerta per Kymlicka –tan citada com controvertida pels autors posteriors- entre els interessos i les reivindicacions de reconeixement de les comunitats nacionals, per un costat, que es tradueixen en demandes d'autogovern per preservar identitat cultural, ètnica o lingüística diferenciada; i, per un altre costat, les demandes de reconeixement d'altres grups d'immigrants, que aspiren bàsicament a la integració en una societat més àmplia, sense que això impliqui renunciar a certes característiques culturals, socials i lingüístiques. 10 Sens perjudici de les referències posteriors en el text al necessari reconeixement de certs drets lingüístics instrumentals als immigrants, no aprofundirem aguí sobre el fonament

^{8.} En el marc de l'Organització per a la Seguretat i la Cooperació a Europa (OSCE), en l'Acta final de Hèlsinki de 1975, relativa als moviments de treballadors migrants a Europa, els estats signants es comprometien a "ratificar el dret dels treballadors migrants a rebre, sempre que sigui possible, informació periòdica en la seva llengua materna que cobreixi tant el país d'acolliment com el d'origen; i a "garantir l'accés dels fills dels treballadors migrants establerts al país d'acolliment a l'ensenyament que habitualment s'imparteix en el país en les mateixes condicions que els infants del país d'acolliment i, a més, permetre que rebin formació suplementària en la seva llengua materna."

^{9.} L'article 1.a.II de la Carta (tractat internacional elaborat en el si pel Consell d'Europa i en vigor com a dret intern espanyol des de l'any 2001) exclou del seu àmbit d'aplicació "les llengües dels immigrants". Vegeu Bruno De Witte, "L'évolution des droits linguistiques (1983-2008)", Revista de Llengua i Dret, núm. 51, 2009, pp. 59-60.

^{10.} Will Kymlicka, Multicultural Citizenship, New York, Oxford University Press, 1995, on fonamenta aquesta distinció principalment en el fet que només les minories nacionals disposen d'una "cultura societària". A partir de la consideració dels drets culturals com a principal font de legitimació de l'autogovern, Rainer Baubock, "Cultural Citizenship, Minority Rights and Self-government", a T.A. Aleinikoff i D. Klusmeyer (eds.), Citizenship Today: Global Perspectives and Practices, Washington, Cornegie, 2002, pp. 319-345, assenyala també com a condicions de l'autogovern –que justifiquen la distinció entre minories nacionals i immigració-l'existència necessària d'un territori -a l'abast també dels immigrants-, d'un projecte històric de caràcter transgeneracional, i la caracterització de l'autogovern com a dret col·lectiu d'una societat distinta (citat per Ricard Zapapata-Barrero, Immigració i govern en nacions minoritàries: Flandes, el Quebec i Catalunya en perspectiva, Barcelona, Fundació Trias Fargas, 2006, pp. 20-22). Per un estudi crític de la distinció tradicional entre l'estatus jurídic de les "velles" i "noves" minories, vegeu Roberta Medda-Windischer, Old and New Minorities: Reconciling Diversity and Cohesion. A Human Right Model for Minority Integration, Baden-Baden, Nomos, 2009.

i les possibles expressions d'un dret dels immigrants a preservar i utilitzar la seva pròpia llengua.

En aquest article ens centrarem en la primera qüestió, relativa a la legitimitat i els tipus de mesures i requeriments que en relació amb la pròpia llengua les societats d'acollida poden adreçar als immigrants. En l'actualitat, des de diferents nivells de govern —europeu, estatal i autonòmic— s'estan dissenyant i implementant una variada gamma d'intervencions jurídico-lingüístiques que tenen com a finalitat promoure l'aprenentatge pels immigrants de les llengües de les societats d'acollida. L'objecte principal del present estudi són les accions recents en aquest àmbit a l'Estat autonòmic i a Catalunya. Tanmateix, atesa la relativa novetat del tema en el nostre entorn, 11 considerem necessari aportar amb caràcter previ alguns elements generals de contextualització de la qüestió lingüística relativa a les persones immigrades.

2. La relació entre llengua i immigració: elements contextuals

Entre els elements contextuals que poden contribuir a emmarcar les qüestions jurídiques implicades en el binomi llengua-immigració, n'analitzarem de tres tipus: els primers, a partir de les teories filosòfiques que justifiquen i fixen certs límits als requeriments lingüístics imposats als immigrants; els segons, derivats de la intervenció de les instàncies supranacionals en les matèries lingüística i migratòria; i, en darrer lloc, les tendències del dret comparat pel que fa a certs països europeus i occidentals receptors d'immigració.

^{11.} A l'Estat espanyol l'auge de l'arribada d'estrangers no es produeix fins al final de la década dels noranta del segle xx i l'inici del segle xxi i es caracteritza per l'acceleració i dimensió que assoleix el fenomen migratori, en menys d'una década, sense que hi hagi massa temps per abordar les diverses i profundes implicacions socials del fenomen, incloses les de tipus lingüístic. Com a estudi pioner, publicat en un panorama caracteritzat per l'absència d'un reflex en l'ordenament jurídic de les implicacions lingüístiques del fet migratori, cal citar: Antoni Milian i Massana, Globalización y requisitos lingüísticos: una perspectiva jurídica, Barcelona, Atelier, 2008. Del mateix autor, vegeu també "Supraestatalitat, immigració i requisits lingüístics: límits jurídics supraestatals a l'establiment de requists lingüístics i estudi dels requisits relatius al català que a Catalunya es poden exigir a la població estrangera", a Antoni Milian (coord.) Mundialització, Iliure circulació i immigració, i l'exigència d'una llengua com a requisit. El cas del català, llengua oficial en part del territori d'un Estat, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2008, pp. 13-108.

2.1. Els fonaments filosòfics o ètics

Els teòrics de la diversitat cultural admeten avui la impossibilitat dels estats de mantenir una posició de neutralitat en el pla lingüístic (sovint contraposant-lo amb el pla religiós, en el qual l'Estat pot no adoptar cap religió com a oficial). La Atès que l'Estat necessita funcionar en alguna llengua, la desorganització lingüística pura no és, simplement, una opció a considerar. L'Estat ha de comptar amb una, o en tot cas, amb un nombre reduït de llengües per prestar els serveis socials o educatius i per al funcionament de les seves institucions político-administratives i judicials. Aquestes opcions lingüístiques en el pla funcional ja comporten uns avantatges, cercats o no, per a la comunitat o comunitats la llengua o llengües de les quals són triades per l'Estat per operar. Però, a més, la declaració d'oficialitat lingüística assoleix un dimensió política i simbòlica com acte de sobirania política que es projecta sobre el conjunt de persones –en siguin nacionals o no– que es troben en el seu territori. La discondinació de la contra de persones ven siguin nacionals o no– que es troben en el seu territori.

A partir de les premisses anteriors, cal plantejar la qüestió següent: què succeeix quan arriben i s'estableixen en un territori determinat immigrants al·lòfons (que no parlen cap llengua oficial) o que només en parlen una, en el cas que en el territori existeixin dues llengües oficials? De manera simplificada, dues respostes són possibles, des de perspectives diferents: la primera, des de la voluntat de garantir la perpetuació de la seva llengua, comporta reconèixer a la població immigrant el dret a l'aprenentatge de la pròpia llengua, i fins i tot el dret a utilitzar-la en determinats àmbits oficials i a rebre'n l'ensenyament; la segona, des de la necessitat d'afavorir la seva integració en la societat de recepció, situa l'accent en la necessitat de l'aprenentatge de la llengua local, per afavorir la comunicació o la cohesió social, i evitar quetos i discriminacions. Tot i no ser perspecti-

^{12.} Inicialment, Will Kymlicka, Ciutadania Multicultural, cit., p. 111; i, en el mateix sentit, Joseph Carens, Culture, Citenzhip and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 77-78 i Rainer Bauböck, "Cultural Citizenship, Minority Rights and Self-government", cit., p. 321.

^{13.} Cf. Rut Rubio-Marín, "Language rights: Exploring the Competing Rationales", a Will Kymlicka i Alan Patten (eds.), Language rights and Political Theory, cit. p. 55.

^{14.} Vegeu Lluís Jou, *L'oficialitat lingüística, un concepte jurídic*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2009, pp. 26-27, on destaca aquesta dimensió política, al costat de la territorial, col·lectiva i objectiva del concepte d'oficialitat.

ves incompatibles, sinó potencialment complementàries, en contextos de forta pressió migratòria la primera opció pot oposar-se a l'assoliment de la segona, i de manera més clara quan en el si de la societat d'acollida existeix més d'una llengua oficial, la qual cosa farà que siguin opcions més difícilment conciliables.¹⁵

En la mesura que, com s'ha dit, la finalitat d'integració social tendeix a prevaldre en les actuals societats democràtiques, una qüestió subsegüent seria: com justificar les mesures adreçades a facilitar o àdhuc imposar l'aprenentatge de la/es llengua/es del país d'acollida per part dels immigrants? La filosofia o ètica política aporta dos grans arguments: 16 el primer, fonamentat en els drets lingüístics, justifica l'existència d'un dret i deure cívic dels immigrants de conèixer les llengües oficials del territori per tal d'assegurar-ne l'accés als beneficis socials i alhora garantir el correcte funcionament de la societat democràtica (argument de cohesió social). D'aquest dret-deure, 17 que s'ha de conjuminar amb el reconeixement als immigrants de certs drets lingüístics instrumentals per evitar situacions de discriminació o indefensió, 18 en deriven obligacions per als poders públics de facilitar l'aprenentatge lingüístic de la llengua local, no només a través de l'educació obligatòria, sinó també en la d'adults.

^{15.} Vegeu aquest plantejament a Antoni Milian i Massana, Globalización y requisitos lingüísticos: una perspectiva jurídica, cit., pp. 85-86.

^{16.} Una síntesi més àmplia del tractament de la diversitat lingüística des de la teoria política a Elvira Riera Gil, *Ètica política i diversitat lingüística. Per una política lingüística responsable*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2008, pp. 51-60.

^{17.} Rut Rubio-Marín, "Language Rights: Exploring the Competing Rationales", cit., pp. 70-71, qui constata que els ordenaments jurídics estableixen aquest deure directament o indirectament (a través de l'educació obligatòria); i en el cas de les persones adultes de vegades és una condició per a l'entrada dels immigrants i una condició generalment acceptada per aconseguir la ciutadania, fet que fa intuir a l'autora que "before they can join as full members, it is legitimate to ask immigrants for proof that they will be able to function as members of the state community".

^{18.} Ibídem, pp. 71-76, on enfront l'objecció que qüestiona el reconeixement de drets lingüístics instrumentals als immigrants, amb l'argument que pot desincentivar l'aprenentatge de la llengua oficial, l'autora assenyala que la qüestió clau rau en identificar certs criteris de ponderació d'aquestes demandes: entre d'altres, la importància del dret en el qual es fonamenten (així, el dret a ser educat en una llengua comprensible o a gaudir d'intèrpret en un judici), les condicions lingüístiques mínimes requerides per a l'exercici del dret, la finalitat a la qual serveix el dret instrumental o el cost econòmic inherent al seu gaudi.

Un segon argument justificador es basa en la finalitat de salvaquarda i protecció de la diversitat lingüística, especialment en el cas de llengües locals pròpies de les minories nacionals, que poden considerar-se més amenaçades en la seva existència que no pas les llengües dels immigrants.¹⁹ La preservació del patrimoni lingüístic permet dur a terme accions o polítiques públiques de promoció i garantia de l'ús d'aquestes llengües minoritàries, destinades a evitar-ne l'assimilació per part de la llengua estatal. Un cas típic són aquelles comunitats receptores d'immigració on una de les llengües oficials en contacte és només emprada en una part del territori de l'estat, mentre la segona és hegemònica a nivell estatal. És precisament el fet que els immigrants tendiran a preferir integrar-se en la llengua dominant, més que no pas en la local, la raó que pot justificar, sota certes circumstàncies, l'establiment de polítiques que fomentin o requereixin el seu aprenentatge per part dels immigrants,²⁰ a no ser que hom no contempli com un desavantatge el declivi de la llengua local com a fruit de les opcions lingüístiques dels immigrants.²¹

Finalment, tant si s'argumenta amb base als drets i deures lingüístics, l'assegurament de la cohesió social o la protecció del patrimoni lingüístic i cultural en relació amb la protecció de la identitat de les minories nacionals, l'establiment d'incentius o obligacions lingüístiques als immigrants no solament no ha de perseguir finalitats discriminatòries –prohibides expressament per l'ordenament intern i internacional–, sinó que ha de respectar criteris de raonabilitat i pro-

^{19.} Segons François Grin, "Diversity as Paradigm, Analytical Device, and Policy Goal", a Will Kymlica i Alan Patten (eds.), *Linguistic Rights and Political Theory*, cit., pp. 185-187, aquesta necessitat de protecció de les llengües autòctones minoritàries justificaria restriccions d'ús de les llengües no amenaçades dels immigrants, si la seva presència empitjora la posició de les llengües locals més petites. La Carta europea de les llengües regionals o minoritàries se cita com un exemple d'aquest enfocament que privilegia la protecció efectiva de la diversitat lingüística, davant del discurs tradicional dels drets lingüístics.

^{20.} Sobre els condicionaments normatius específics de les polítiques lingüístiques aplicables en aquests casos, vegeu Will Kymlicka, "Immigration Integration and Minority Nationalism", cit., pp. 61-83.

^{21.} Puntualitza aquesta coherència necessària entre la política lingüística general i l'adreçada als immigrants José Woehrling, "Linguistic Requierements for Immigrants, Specifically with Regard to Languages that Enjoy Official Statuts in Part of the Territory", a Antoni Milian (coord.) Mundialització, Iliure circulació i immigració, i l'exigència d'una llengua com a requisit. El cas del català, llengua oficial en part del territori d'un Estat, cit., pp. 162-164, "even if those policies entail linguistic obligations for members of the language communiy as well as for new arrivals such immigrants."

porcionalitat pel que fa al nivell de coneixement exigit, el moment en què s'aplica, la forma d'acreditar-lo, les categories de persones obligades o les obligacions recíproques dels poders públics.²² D'aquesta manera, el principi d'igualtat i no discriminació, com a element al voltant del qual ha de pivotar la configuració del règim específic dels estrangers,²³ hauria de guiar també la presa de decisions i la implementació de les mesures lingüístiques adreçades a l'aprenentatge de la llengua de la societat d'acollida per part dels immigrants.

2.2. El marc europeu: el Consell d'Europa i de la Unió Europea

En l'actualitat la política lingüística i la política migratòria continuen essent considerades majoritàriament un afer domèstic dels estats, la qual cosa no és obstacle perquè les instàncies internacionals²⁴ i europees hi intervinguin de manera creixent, tot condicionant amb les seves decisions les actuacions dels estats i ens subestatals relatives al binomi llengua-immigració.

En primer lloc, del reconeixement dels drets humans en el si del Consell d'Europa (bàsicament, en el Conveni europeu dels drets humans de 1950 i els seus protocols) i la incorporació dels drets fonamentals a l'ordenament de la Unió Europea (Carta europea dels drets fonamentals, a la qual el Tractat de Lisboa, en vigor des de l'1 de desembre de 2009, atorga caràcter jurídic vinculant) en deriven límits per a les polítiques lingüístiques estatals o subestatals. A més de la prohibició general de discriminació per raó de llengua (art. 14 CEDH i Protocol 12; art. 21 CDFUE); existeixen alguns drets amb un contingut lingüístic explícit (com ara el dret a un intèrpret com a part del dret

^{22.} Ibídem, pp. 168-172, tot i admetre l'autor que "such a test [of proportionality] is very difficult to apply since there is no way of objectively measuring the 'weight' of each of two terms of comparison: the public interests pursued by a measure of the one hand, and the rights or freedoms that such a measure restricts on the other."

^{23.} Sobre aquest punt, reenviem a Eduard Roig Molés, "Los derechos de los extranjeros. Titularidad y limitación" a Miguel Revenga (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración. Una visión desde Italia y España*, València, Tirant lo Blanch, 2004, qui identifica les diverses finalitats de control, d'integració o altres que intervenen en l'aplicació en aquest àmbit del test de proporcionalitat.

^{24.} Ens referirem, en aquest epígraf, a les instàncies internacionals o supranacionals d'àmbit regional europeu, en la tasca de les quals s'incopora i sovint s'aprofundeix la doctrina emanada de l'Organització de Nacions Unides.

a un judici just o dels drets dels detinguts, arts. 5.2 i 6.3.a i e CEDH), mentre que en molts d'altres drets és implícit aquest vessant lingüístic: la llibertat d'expressió, el dret a la vida privada, el dret a l'educació o el dret al nom. I, en el cas concret que el grup d'immigrants pugui conceptualitzar-se com a minoria nacional, caldrà garantir el dret d'utilitzar la llengua en la vida pública (art. 10 del Conveni-marc per a la protecció de les minories nacionals), que no abasta però un dret a l'oficialitat de la llengua.²⁵ Amb tot, en la seva condició d'estàndards mínims, els drets humans no acostumen a suposar uns condicionaments massa estrictes o determinants del sentit i abast concret de les polítiques lingüístiques dels diferents estats o ens subestatals.²⁶

En segon lloc, les llibertats de circulació en les quals es fonamenta el procés d'integració europea poden també limitar, en la seva dimensió lingüística, les opcions dels estats i ens subestatals a l'hora d'establir marcs jurídics de protecció de la/es llengua/es pròpia/es. Si bé els subjectes titulars de les esmentades llibertats són els ciutadans europeus i d'altres estats amb acords amb la UE, la qual cosa determina l'existència d'una noció pròpia d'immigrant en l'ordenament europeu, l'aspecte que ens interessa destacar aquí és el tractament que rep la llengua com a criteri legítim de restricció de la lliure circulació en el marc de la Unió Europea. Sens perjudici de les previsions expresses en el dret derivat,²⁷ ha estat a través de la jurisprudència del Tribunal de Justícia que s'ha precisat la incidència lingüística de les llibertats comunitàries pel que fa a: la compatibilitat amb la llibertat de circulació de persones i béns dels requisits lingüístics que obli-

^{25.} Vegeu una ampliació a Eva Pons Parera, "Los derechos lingüísticos en el marco internacional o comunitario europeo", a José M. Pérez (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 69-82.

^{26.} Igualment, Will Kymlicka i Alan Patten, "Introduction. Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches", cit., pp. 34-37, per als quals "it is doubtful that international law will ever be able to do more than specify the most minimal standards." Així, per exemple, en el preàmbul de la Carta europea dels drets fonamentals s'indica que la Unió contribueix als valors que fonamenten aquests drets "dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local".

^{27.} El Reglament 1612/68 del Consell, de 15 d'octubre de 1968, relatiu a la lliure circulació dels treballadors dins la Comunitat, admet de forma expressa que les disposicions legals, reglamentàries o administratives o les pràctiques administratives d'un Estat membre puguin demanar "los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir" (art. 3.1, darrer paràgraf).

guen a acreditar el coneixement d'una llengua oficial del país d'acollida en l'accés a l'ocupació laboral, sempre que es respecti la proporcionalitat; la possibilitat d'excepcions al principi precedent en el marc d'una categoria professional directament configurada pel dret comunitari; la contradicció amb les llibertats comunitàries d'una regulació que imposa acreditar el coneixement lingüístic a través d'uns concrets certificats emesos pel propi estat, amb l'exclusió d'altres títols o certificats relatius a la mateixa llengua expedits per les autoritats d'altres estats; i, més recentment, l'admissió que l'objectiu d'un Estat de protegir una o diverses de les seves llengües oficials constitueix una raó imperiosa d'interès general que justifica la restricció de la lliure prestació de serveis, la llibertat d'establiment i la lliure circulació de capitals i treballadors. Il

Finalment, una tercera via a través de la qual les instàncies europees condicionen avui l'aproximació dels estats al binomi llengua-immigració és l'aprofundiment de la tendència a l'europeïtzació de les polítiques migratòries. En la mesura que l'acció de la Unió Europea en aquest àmbit abasta progressivament un major nombre d'aspectes del règim migratori, 32 s'incrementa les possibilitats que a través de la regulació d'aquests aspectes s'incideixi en els aspectes lingüístics de la gestió del fenòmens migratoris. Així, en el marc de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'Estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada, s'estableix que "els Estats membres podran requerir als nacionals de tercers països

^{28.} STJCE de 28 de novembre de 1989, afer C-397/87, cas Anita Groener c. Irlanda. En el cas el Tribunal té en compte la situació particular d'Irlanda, en el qual el gaèlic no és una llengua parlada per tot el poble irlandès, motiu pel qual "el Gobierno [...] desarrolla desde hace muchos años una política tendente, no sólo a mantener, sino también a extender el empleo de esta lengua como medio de expresión de la identidad y cultura nacionales".

^{29.} SSTJCE de 12 de setembre de 2006, afer C-506/04, Wilson, i afer C-193/05, Comissió c. Luxemburg, que analitzen la Directiva 98/5/CE orientada a facilitar l'exercici permanent de la professió d'advocat en un Estat distint d'aquell en el qual s'ha obtingut el títol.

^{30.} STJCE de 6 de juny del 2000, afer C- 281/98, Angonese.

^{31.} STJCE de 5 de març de 2009, afer C—222/07, UTECA c. Espanya. El Tribunal hi destaca el vincle entre llengua i cultura, a partir del qual considera que "no puede afirmarse que el objetivo perseguido por un Estado miembro, de promover una o varias de sus lenguas, deba ir acompañado necesariamente de otros criterios culturales para que pueda justificar la restricción de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado".

^{32.} Andreu Olesti Rayo, "La Unió Europea i la creació d'un progressiva d'un règim comunitari d'estrangeria", Revista Catalana de Dret Públic, núm. 40, 2010, pp. 21-52.

que compleixin les mesures d'integració de conformitat amb la legislació nacional" (art. 5.2), previsió que ha estat desplegada per la majoria d'estats membres, amb la previsió de requeriments lingüístics. També la Directiva 2003/86/CE, de 22 de desembre de 2003, sobre el dret al reagrupament familiar, estableix l'obligatorietat que els nens majors de 12 anys hagin de superar una prova d'integració abans de reunir-se amb la família.³³ D'altra banda, les institucions de la UE han aprovat documents sobre bones pràctiques i recomanacions en matèria d'acollida i integració dels immigrants, amb referències a la qüestió lingüística.³⁴ Per tant, tampoc des d'aquesta perspectiva el marc europeu examinat s'oposa a les intervencions lingüístiques promocionals o constrictives relatives als immigrants. Fins i tot, en alguns estats tendencialment monolingües, l'evolució de la integració europea ha contribuït decisivament a fer aflorar una política lingüística implícita i a plantejar obertament les qüestions referents a la immigració.

Una darrera qüestió que cal tractar és la situació d'aquelles llengües que no són recollides com a oficials pel règim lingüístic de les institucions de la Unió Europea, però que gaudeixen d'un estatus oficial a l'interior d'un Estat membre.³⁵ Com és sabut, a banda de

^{33.} Aquesta previsió, aparentment qüestionable des de la perspectiva del dret fonamental a la vida privada o altres que justifiquen el reconeixement d'aquest dret propi dels immigrants fou, nogensmenys, ratificada pel TSJCE de 27 de juny de 2006, afer C-504/03, en el recurs d'anul·lació interposat pel Parlament Europeu contra la Directiva, on s'afirma que imposar una prova d'integració no és il·legal, i que la possibilitat dels Estats membres d'examinar si un menor compleix un criteri d'integració els permet un marge d'apreciació limitat que no difereix del que reconeix el Tribunal Europeu de Drets Humans en el marc de l'article 8 del CEDH.

^{34.} Vegeu el Manual sobre integració per a responsables de l'elaboració de polítiques i professionals (elaborat per la Comissió Europea l'any 2004, de resultes de l'acord adoptat en el Consell Europeu de Tessalònica del juny del 2003, on es va acordar dur a terme programes de cooperació, d'intercanvi d'experiències i d'informació sobre la integració en l'àmbit de la UE), on s'assenyala: "els programes d'acollida [de les administracions dels estats membres de la UE] solen tenir tres components principals: classes de llengua, orientació cívica i formació sobre el mercat laboral". També cal esmentar el quart dels Principis bàsics comuns per a la política d'integració d'immigrants a la Unió Europea, aprovats pel Consell de Ministres de Justícia i Afers d'Interior de 19 de novembre de 2004 i assumits pel Consell Europeu de 16 i 17 de novembre del mateix any on s'afirma: "Un coneixement bàsic de la llengua, la història i les institucions de la societat d'acollida és indispensable per a la integració; habilitar els immigrants per adquirir aquest coneixement és essencial pera una integracio reexida."

^{35.} El Tractat de la Unió Europea, a partir de la reforma pel Tractat Lisboa, inclou en l'article 55 la previsió següent: "El presente Tratado podrá asimismo traducirse a cualquier otra lengua que determinen los Estados miembros entre aquellas que, de conformidad

l'exclusió o restricció d'aquestes llengües dels usos institucionals oficials de la Unió, el dret derivat introdueix en ocasions limitacions de l'ús d'aquestes llengües en àmbits regulats per la Unió, i atès el seu efecte directe, en condiciona negativament l'estatus d'oficialitat intern.³⁶ Es tracta d'una consegüència no imposada pel règim lingüístic de la Unió -que delimita el sentit de l'oficialitat en el si de l'ordenament europeu-, i que ha tendit a solucionar-se, per exemple, pel que fa als programes europeus d'aprenentatge de llengües, que adopten ara una aproximació més inclusiva de les diferents llengües dels estats. Per tant, el règim lingüístic de la UE no pot oposar-se a les accions lingüístiques relatives a la immigració en relació amb aquestes altres llengües oficials dins els estats, atesa l'eficàcia del principi de respecte de la diversitat lingüística, com a objectiu bàsic de la UE (art. 3.3 del Tractat de la UE) que determina l'extensió a aquestes llengües dels arguments que justifiquen la protecció de les llengües oficials dels Estats, juntament amb els criteris específics de protecció com a llengües regionals o minoritàries que, en el si del Consell d'Europa, conté la Carta Europea de les llengües regionals o minoritàries, com a instrument de tutela de la diversitat lingüística europea.

2.3. Tendències en el dret comparat

Com destaca Woehrling, a partir d'un estudi comparat, tant en els estats monolingües, com en estats bi- o multilingües, a Europa i arreu del món, l'establiment de polítiques oficials adreçades a promoure o obligar a adquirir el coneixement de la llengua del país als immigrants està en auge. Així, pel que fa a Europa, les tendències recents inclouen, d'una banda, l'establiment de requisits de coneixement de la llengua del país d'acollida (sovint avaluades a través d'un examen obligatori); i, d'altra banda, les polítiques d'immigració selec-

con sus ordenamientos constitucionales, tengan estatuto de lengua oficial en la totalidad o parte de su territorio. El Estado miembro de que se trate facilitará una copia certificada de estas traducciones, que se depositará en los archivos del Consejo" (vegeu també l'article 358 del Tractat de funcionament de la UE, que determina l'aplicabilitat d'aquesta previsió).

364

^{36.} Aquesta qüestió s'ha analitzat amb profunditat per Antoni Milian i Massana, darrerament a "L'evolució del règim lingüístic en el dret de la Unió Europea: de l'ampliació del 2004 al Tractat de Lisboa", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, 2009, espec. pp. 122-129.

tiva amb base a la llengua, element que en ocasions s'empra per desincentivar l'arribada d'immigrants poc qualificats.³⁷

D'acord amb les conclusions d'un estudi recent del Consell d'Europa,³⁸ les polítiques públiques dels estats europeus adrecades a assegurar l'adquisició del coneixement de la llengua o llengües del país per part les persones immigrades acostumen a incloure els instruments i mesures següents: a) Pel que fa al contingut de l'obligació lingüística imposada al immigrants, pot consistir en acreditar les competències lingüístiques mitjançant un examen, seguir cursos de formació lingüística, o bé ambdós. El cost de l'examen o la formació lingüística pot ser assumit per l'Estat o per l'immigrant, depenent del país (en el darrer cas amb possibles consequències discriminatòries en funció de l'estatus socioeconòmic de les persones immigrades); i també el nivell exigit varia entre els diferents països, així com les consegüències de la no superació de l'examen lingüístic, que en certs casos comporta el refús de la sol·licitud de residència o la nacionalitat. b) Pel que fa a les mesures previstes per tal d'assegurar l'assistència regular als cursos de formació i el seu aprofitament per part dels immigrants, aquestes poden incloure obligacions, incentius i sancions. c) Pel que fa al disseny de la formació lingüística, inclou la determinació del nivell i el temps d'estudi exigibles, i sovint s'acompanya de components formatius no lingüístics de coneixement general del país (formació cívica). d) Per últim, l'acreditació o avaluació de les competències lingüístiques –un dels aspectes més polèmics– no sempre implica la superació d'un examen, però quan aquest existeix és essencial garantir-ne la seva validesa, fiabilitat, com també la seva conformitat amb una sèrie d'estàndards ètics.39

^{37.} José Woehrling, "Linguistic Requierements for Immigrants, Specifically with Regard to Languages that Enjoy Official Statuts in Part of the Territory", cit. pp. 134-135.

^{38.} Vegeu els documents elaborats en el si del seminari realitzat a Sèvres, els dies 26-27 de setembre de 2005, *The Linguistic Integration of Adults Migrants* (www.coe.int/t/dg4/linguistic/Source/Migrants_Sevres2005_linguistic_integration_EN.pdf). Així mateix, les polítiques d'alguns estats europeus en relació amb els requisits lingüístics imposats als immigrants es recullen en el document *Migration and Integration: a challenge and a opportunity for Europe, Report of the Committe of Migration, Refugees and Population of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 7 de febrer 2005, Doc, 10453 (http://assembly.coe.int).*

^{39.} La Association of Language Testers in Europe (ALTE, www.alte.org) ha establert un conjunt d'estàndards ètics i qualitatius aplicables per a l'avaluació de les competències lingüístiques.

Pel que fa a les solucions adoptades pels països on existeixen dues llengües oficials en contacte (o en competició), amb un estatus equiparat en el pla estatal. l'estudi citat de Woehrling palesa la diversitat de solucions presents, que cal connectar amb les característiques pròpies del model polític i territorial de cada Estat: així, a Suïssa la legislació federal relativa als estrangers estableix la necessitat que aquests es familiaritzin amb la societat suïssa i "en particular, que aprenguin una de les llengües nacionals", el bon coneixement de les quals permet abreular el període d'accés a la residència permanent:40 mentre que en l'accés a la nacionalitat són els cantons i els municipis els que estableixen els requisits lingüístics addicionals de coneixement de la/es llengua/es oficials dels cantons pels residents estrangers i emeten els informes que donen pas, prèvia obtenció del permís federal corresponent, a la naturalització com a ciutadà suís. 41 En el cas de Bèlgica, tot i la manca de previsions lingüístiques en la legislació federal sobre immigració i nacionalitat. 42 les autoritats territorials – Regions i Comunitats- exerceixen les competències d'acollida i integració dels immigrants i d'altres que s'hi relacionen, la qual cosa ha permès a la Comunitat Flamenca dur a terme una política activa d'integració lingüística dels immigrants adults.⁴³ Al Canadà, i pel que fa a la pro-

^{40.} Llei federal sobre els estrangers, de 16 de desembre de 2005 (art. 4, par. 4). La condició de resident permanent es pot obtenir després de 10 anys de residència, durant els qual cal obtenir autoritzacions periódiques, o bé després de 5 anys si el sol·licitant "està ben integrat a Suïssa, en particular quan té un bon coneixement d'una de les llengües oficials." (José Woehrling, "Linguistic Requierements for Immigrants, Specifically with Regard to Languages that Enjoy Official Statuts in Part of the Territory", cit., pp. 149-150)

^{41.} Cal tenir en compte que el marge d'intervenció cantonal i municipal és aquí molt important, atès que correspon als cantons i municipis la decisió d'establir requisits lingüístics per a la naturalització dels sol·licitants de la nacionalitat, l'incompliment dels quals pots determinar que sigui refusada (*Ibídem*, pp. 150-152).

^{42.} Una anterior previsió del Codi de la nacionalitat belga que establia, com a requisit modest, que el sol·licitant tingués un coneixement mínim "d'una de les tres llengües nacionals de Bèlgica" fou abolida l'any 2000 (Moniteur Belge d'1 de març del 2000).

^{43.} L'any 2003 les autoritats flamenques adoptaren un Decret d'integració cívica (Moniteur Belge de 8 de maig de 2003), reformat l'any 2006, que estableix una trajectòria d'integració cívica que han de seguir obligatòriament els immigrants adults (i voluntàriament els procedents de l'Àrea Econòmica Europea i els seus familiars), que inclou com a element principal l'aprenentatge del neerlandés. D'altra banda, el Tribunal Constitucional belga ha avalat des de la perspectiva del principi d'igualtat i del dret europeu l'obligació dels estrangers –amb independència de la seva nacionalitat– d'acreditar la voluntat d'aprendre el neerlandès per tal de poder accedir al lloguer d'habitatge social dins la regió neerlandòfona (amb excepcions en els municipis amb "facilitats lingüístiques", dins la Sentència 101/2008, de 10 de juliol. Tot i que, en aquest aspecte s'assembla als sistems estatals prè-

víncia francòfona del Quebec, la política lingüística relativa a la immigració s'articula a través de la valoració indistinta del francès i l'anglès en l'accés a la nacionalitat i els convenis que permeten la gestió compartida dels fluxos migratoris, amb la valoració preferent del coneixement de la llengua francesa en els contingents regulats per les autoritats provincials, les quals també duen a terme nombroses polítiques públiques per assegurar la integració en francès dels immigrants.⁴⁴

3. Llengua i immigració a l'Estat autonòmic

La política migratòria d'Espanya conté també inevitablement una política lingüística, si bé fins fa poc l'element lingüístic hi era implícit. Com analitzarem seguidament, pel que fa als immigrants residents en el territori estatal, la legislació espanyola d'estrangeria ometia la qüestió lingüística fins a la darrera reforma legal; i, pel que fa a l'accés a la nacionalitat, el requisit lingüístic de coneixement del castellà s'ha introduït per via administrativa i judicial, sense una expressa previsió legal. La recent Llei Orgànica 2/2009, d'11 de desembre, de reforma de la legislació d'estrangeria, ha obert la porta a la consideració explícita del rol de la llengua en els processos d'integració dels immigrants i d'accés a la nacionalitat, i en fer-ho es contemplen per primer cop les llengües amb un estatus oficial en una part del territori de l'Estat.

3.1. El caràcter implícit de la questió linguística en el règim d'estrangeria fins el 2009

Les raons que, segons el nostre parer, expliquen l'absència d'una regulació explícita de la qüestió lingüística en el dret d'estrangeria són de tres tipus: en primer lloc, la mateixa configuració del règim

viament descrits, s'ha criticat la severitat de les sancions per no compliment, que inclouen sancions de caràcter penal i administratiu, així com penalitzacions associades de cessament o disminució en el gaudi de beneficis socials (atur, renda mínima d'inserció o accés a l'habitatge social). Vegeu José Woehrling, *ibídem*, pp. 147-149; i, més en general, sobre la política d'immigració de Flandes, Ricard Zapata-Barrero, *Immigració i govern en nacions minoritàries: Flandes, el Quebec i Catalunya*, cit., pp. 31-36 i 43-50.

44. Vegeu José Woehrling, *ibídem*, pp. 153-158; i Michel Pagé i Patricia Lamarre, "L'intégration linguistique des immigrants au Québec", *Étude IRPP*, núm. 3, febrer 2010.

367

d'estrangeria, on l'accent s'ha situat en les condicions d'entrada i expulsió dels estrangers, molt menys que en les condicions de permanència i integració social: segonament, el fet que l'Estat espanyol hagi disposat d'altres instruments eficaços, a partir de les seves competències en matèria de llengua, immigració i accés a la nacionalitat, per assegurar el coneixement de la llengua pels nouvinguts;45 i, en tercer lloc, l'element sociològic, vinculat amb l'origen llatinoamericà, de parla majoritàriament castellana, d'un percentatge alt de la immigració rebuda a partir de la fi dels anys noranta.⁴⁶ Als arguments anteriors, que explicarien que l'Estat hagi pogut controlar i gestionar la immigració des de la perspectiva de la llengua estatal, caldria afegir-hi la tendencia a considerar que la protecció de les llengües oficials pròpies és tasca exclusiva de les comunitats autonomes, més exposades a les consegüències potencialment negatives derivades de l'arribada d'un gran nombre de persones estrangeres, d'orígens diversos, en un breu espai temporal.47

En aquest sentit, el model lingüístic constitucional –que procedeix del model republicà de 1931, aliè a les exigències lingüístiques que planteja un món globalitzat– parteix d'una asimetria o desigualtat d'estatus constitucional del castellà i de la resta de llengües espanyoles, 48 que es tradueix en l'absència de límits territorials únicament del primer i en la concepció –almenys fins la reforma estatutària catalana de 2006⁴⁹– del coneixement i l'ús de les altres llengües oficials només com

^{45.} En aquest sentit, convindria descartar com explicació un major afany liberal o no-intervencionista de l'Estat espanyol enfront dels països europeus que han regulat aquesta qüestió, desmentit pel recull de 500 disposicions estatals que regulen l'ús necessari del castellà en sectors molt heterogenis: http://www.plataforma-llengua.cat/media/assets/1583/500_lleis_que_imposen_el_castell__des_2009_DEF.pdf

^{46.} Vegeu les dades poblacionals proporcionades per l'*Instituto Nacional de Estadística* a: http://www.ine.es/inebmenu/mnu_migrac.htm

^{47.} Tot i que l'àmbit geogràfic de l'acollida afecta el conjunt del territori espanyol, ho fa en unes proporcions desiguals, i de fet, el gruix de estrangers residents a l'Estat es concentra en les tres comunitats autònomes on és oficial la llengua catalana (Catalunya, Illes Balears i Comunitat Valenciana).

^{48.} L'article 3.1 de la Constitució declara que "el castellà és la llengua espanyola oficial de l'Estat" i proclama que "tots els espanyols tenen el deure de conèixer-la i el dret d'usar-la" mentre que la resta de llengües espanyoles "seran també oficials en les respectives comunitats autònomes d'acord amb els seus estatuts" (art. 3.2 CE).

^{49.} Com s'esmenta en l'addenda a les reflexions finals d'aquest article, la publicació recent de la Sentència de 28 de juny del 2010, que resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Partit Popular contra la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, aprovada

un dret, i no com un deure. A la major força política i simbòlica que projecta l'oficialitat del castellà sobre els nouvinguts, s'hi afegeix en el pla funcional la regulació establerta per l'Estat en nombrosos sectors en els quals s'assegura que les persones estrangeres que no siguin de parla castellana hauran de conèixer-lo.⁵⁰

Per altra banda, l'article 149.1.2 CE atribueix a l'Estat competències exclusives sobre la "Nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil", precepte que s'ha interpretat pel legislador estatal en un sentit molt expansiu, que ha permès a l'Estat reservar-se de manera integra la regulació i la gestió de l'accés a la nacionalitat espanyola, les condicions d'entrada, permanència i expulsió dels estrangers i la fixació de l'estatus jurídic o conjunt de drets i deures dels estrangers.⁵¹ En la mesura que l'Estat central defineix i controla el conjunt de processos que condicionen l'accés a les diferents situacions legals que poden gaudir els estrangers a Espanya i a la condició d'espanyol, aspectes dels quals s'han exclòs les comunitats autònomes, hauria de ser ell qui preveiés les güestions lingüístiques directament vinculades a aquests processos. Però això només ha estat així, com esmentarem a continuació, pel que fa a l'accés a la nacionalitat, aspecte que condiciona retroactivament l'aprenentatge d'aquesta llenqua pels immigrants en les etapes de prèvia residència legal.

Efectivament, ni la primera Llei orgànica 7/1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya, ni la posterior a Llei orgànica 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (reformada per les LO 8/2000, de 22 de desembre,

369

per la LO 6/2006, de 19 de juliol, ha interpretat restrictivament alguns dels preceptes juridicolingüístics, entre els quals l'article 6.2 EAC, que estableix el deure de conèixer el català, que la Sentència impedeix equiparar amb el deure proclamat per l'article 3.1 CE respecte del castellà, de manera que resta desautoritzada pel Tribunal Constitucional la voluntat del legislador estatutari d'equiparació jurídica de l'oficialitat d'ambdues llengües a Catalunya.

^{50.} Vegeu el recull de disposicions estatals citat en la nota 44.

^{51.} Segons Pablo Santolaya Machetti, "Estranjería y nuevos Estatutos de autonomía", cit., pp. 160-161, aquesta interpretació omnicomprensiva i esbiaixada de l'article 149.1.2 CE s'explica per tres factors interrelacionats: primer, l'accent quasi exclusiu de la legislació estatal en les condicions d'entrada i expulsió dels estrangers; segon, la concepció dels actes en aquestes matèries com actes de sobirania; i, tercer, la comprensió del precepte com una habilitació a l'Estat per a regular, en la seva totalitat, la situació dels estrangers a Espanya, com si tota aquesta consistís en drets fonamentals o bé afectés el règim d'estrangeria i immigració.

LO 11/2003, de 29 de setembre, i LO 14/2003, de 20 de novembre) no van incloure cap menció al coneixement de la/es llengua/es en regular les situacions legals d'estada i residència, i els conjunt de tràmits i autoritzacions –en la gestió administrativa dels quals caldrà emprar sempre el castellà- per tal que els estrangers regularitzin la seva situació al territori estatal.⁵² Només en el Reglament d'estrangeria que desenvolupa la segona (Reial Decret 2393/2004, de 30 de desembre). i en relació amb un supòsit d'autoritzacions temporals de residència per circumstàncies excepcionals, per raons d'arrelament, s'estableix que els ajuntaments han de fer constar en l'informe previ, entre d'altres element, "el grau de coneixement de les llengües que s'utilitzin".53 Cal notar l'ambiguitat de la fórmula, que no identifica les llengues ni tan sols fa referència al seu possible estatus oficial, i que en la pràctica dels ajuntaments ha tendit a concretar-se en l'acreditació d'un coneixement actiu del castellà i, a Catalunya, quan existeix, també d'un coneixement com a mínim passiu del català.

3.2. El requisit lingüístic en la pràctica administrativa i la jurisprudència relativa a l'accés a la nacionalitat

En la literalitat de les disposicions reguladores de l'accés a la nacionalitat espanyola (art. 18 a 23 del Codi civil) es reprodueix el silenci sobre els requisits lingüístics que han d'acomplir les persones sol·licitants. La regulació fixada de l'article 22.4 del Codi Civil en el supòsit d'adquisició de la nacionalitat pels estrangers residents a l'Estat estableix només, al costat d'altres requisits generals, ⁵⁴ la necessitat

^{52.} Pel contrast amb els països del nostre entorn, la doctrina havia cridat l'atenció sobre l'absència de previsions lingüístiques en el procediment que determina l'accés a la residència permanent (que a partir de la reforma de la LO 2/2009, d'11 de desembre, se substitueix en l'article 30 bis per la residència de llarga durada) a Espanya de les persones immigrades, cf. Antoni Milian i Massana, Globalización y requisitos lingüísticos: una perspectiva jurídica, cit., pp. 103 i ss.

^{53.} Article 46.2.c del Reial Decret 2393/2004, de 30 de desembre. D'acord amb l'article 45, en el supòsit d'arrelament laboral es requereix una permanència continuada a España de 2 anys; i en el supòsit general d'arrelament una permanència continuada a Espanya de 3 anys, contracte de treball, i "o bé acreditin vincles familiars amb altres estrangers residents, o bé presentin un informe que acrediti la seva inserció social emès per l'ajuntament on tinguin el domicili habitual", informe que és habitualment requerit pels sol·licitants i que acostuma a tenir un pes determinant en la decisió de les autoritats estatals.

^{54.} D'acord amb l'article 22 del Codi civil, altres requisits legals generals són: residència legal, continuada i immediatament anterior a la petició durant el temps exigit –que oscil-

que el sol·licitants han de justificar "un grau suficient d'integració a la societat espanyola". En una regla relativa a la tramitació dels expedients de nacionalitat pel Ministeri de Justícia, inclosa en l'article 220 Reglament del Registre Civil (Decret de 14 de novembre de 1958), s'estableix que en la sol·licitud de concessió de la nacionalitat per residència "s'ha d'indicar especialment: [...] 5° [...] si parla castellà o una altra llengua espanyola; qualsevol circumstància d'adaptació a la cultura i a l'estil de vida espanyols, com ara estudis, activitats benèfiques o socials i les altres que estimi convenients". ⁵⁵ Per tant, el Codi civil no exigeix expressament requisits lingüístics, però en parlar de la integració social obre una escletxa que reglamentàriament ha permès introduir la valoració dels coneixements lingüístics, sense precisar quines llengües es poden valorar ni el seu caràcter o no de requisit. ⁵⁶

En aquest cas, però, l'ambigüitat normativa s'ha destruït per mitjà de la pràctica administrativa i d'una jurisprudència consolidada del Tribunal Suprem, d'acord amb les quals el coneixement de l'idioma castellà esdevé un requisit necessari i imprescindible per acreditar la dita integració a la societat espanyola.⁵⁷ Aquesta jurisprudència, poc clara quant al possible fonament constitucional de l'exigència lingüística,⁵⁸ és però inequívoca quant a la consideració del coneixe-

la entre 1, 2, 5 i 10 anys, en funció de les circumstàncies i del país d'origen– i justificar bona conducta cívica, a més d'acreditar la integració.

- 55. Precepte redactat de conformitat amb l'article 1 del Reial Decret 1917/1986, de 29 d'agost, de modificació de determinats articles del Reglament del Registre Civil.
- 56. Al nostre entendre, el requisit de coneixement lingüístic s'hauria de precisar a través d'una norma amb rang de llei, en la mesura que condiciona el reconeixement d'un estatut personal conformat per certs drets i deures.
- 57. L'exigència del requisit lingüístic s'estableix de manera inequívoca a partir de l'any 2004, quan entra amb força dins la jurisprudència del Tribunal Suprem la conflictivitat sobre els requeriments per a l'accés a la nacionalitat per residència (és possible fer un seguiment d'aquesta evolució a través de la nostra crònica: Eva Pons Parera, i Agustí Pou Pujolràs, "Jurisprudència", Revista de Llengua i Dret, núm. 42, de desembre de 2004 fins a l'actualitat, http://www10. gencat.cat/eapc_rld). Malgrat això, és encara freqüent que la doctrina afirmi la inexistència a Espanya del dit requisit lingüístic per accedir a la nacionalitat, que s'explica pel fet que en relació amb els sol·licitants de països no pertanyents a l'òrbita hispanoamericana, el termini de residència prèvia a l'Estat és prou llarg per actuar com una mena de presumpció d'integració en l'aspecte lingüístic. Cf. Carlos Nieto, "El régimen jurídico de la nacionalidad", a Enric Argullol (dir.), Immigración y tranformación social en Cataluña. Estudio jurídico comparado vol. II, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics Fundación BBVA, pp. 231-241.
- 58. Tot i que la majoria de sentències del Tribunal Suprem eludeixen connectar-la de forma explícita amb el deure de conèixer el castellà de l'article 3.1 CE, aquest precepte acostuma a citar-se en les al·legacions de l'Advocat de l'Estat i també en alguna sentència aï-

371

ment de la "la lengua" –o sovint, per als tribunals, de "nuestra lengua" – com el filtre determinant que permet accedir a la nacionalitat espanyola per aquesta via. El Tribunal Suprem –que sovint rectifica l'Audiència Nacional, amb una doctrina més matisada en aquest punt⁵⁹—hi reconeix en la pràctica un escàs valor com a mostra d'integració a altres "activitats benèfiques o socials" adduïdes pels sol·licitants, si aquestes no van acompanyades de l'element lingüístic, configurant-lo com un requisit sine qua non. Requisit que, malgrat la formulació alternativa del Reglament del Registre Civil, "castellà o una altra llengua espanyola", la totalitat de les sentències de l'Audiència Nacional i el Tribunal Suprem localitzades a partir del nostre seguiment ininterromput de la jurisprudència (a través de la crònica de la Revista de Llengua i Dret) apliquen exclusivament a l'idioma castellà.

El sistema vigent per acreditar la integració social dels immigrants als efectes d'obtenir la nacionalitat espanyola suscita objeccions i presenta diversos problemes pràctics que afecten l'acreditació del coneixement lingüístic que té lloc en el seu si. Aquest coneixement (sens perjudici dels informes d'altres autoritats estatals, sovint imprecisos i contradictoris entre si en el tema lingüístic), es valora en darrer terme per l'apreciació directa que en fa durant la compareixença de l'interessat el jutge encarregat del Registre Civil –el qual, tot i la necessària immediació prevista per l'ordenament, ho delega habitualment a d'altres òrgans subordinats⁶⁰—, la qual cosa comporta certs riscos d'arbitrarietat. No és clara la pauta aplicable per determinar l'exigència lingüística, ja que si bé els tribunals tendeixen en general a considerar suficient la capacitat de poder comunicar-se oralment en castellà en el marc de la vida social, ⁶¹ ens trobem amb nombroses sentències que dene-

llada de l'Audiència Nacional i del mateix Tribunal Suprem (vegeu la nostra crònica de "Jurisprudència" a http://www10.gencat.net/eapc_rld).

^{59.} En aquesta doctrina l'Audiència Nacional aprecia que: "A tal efecto ha de significarse que la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonizacion de las condiciones de vida social..." (per exemple, SAN de 31 de gener de 2007).

^{60.} La Direcció General de Registres i del Notariat va dictar la Instrucció de 26 de juny de 2007 (JUR 2007/236317), en la qual es recordava la necessitat d'immediació del jutge encarregat del Registre Civil per apreciar la dita integració, sense precisar però com s'ha de valorar el coneixement lingüístic (vegeu Eva Pons, i Agustí Pou, "Jurisprudència", Revista de Llengua i Dret, núm. 49, 2008, p. 305).

^{61.} Vegeu, per exemple, les Sentències de l'Audiència Nacional de 31 de gener, de 7 de febrer i de 29 de març del 2007, comentades en la *Revista de Llengua i Dret*, núm. 48, 2007, pp.

guen la nacionalitat per "no parlar-lo bé", "no llegir-lo", o "no saberlo escriure" (de vegades sense tenir en compte l'analfabetisme de la persona sol·licitant),⁶² o d'altres que el modulen mitjançant la introducció de criteris d'intencionalitat.⁶³

Amb les carències assenyalades, l'actual sistema es mostra eficaç a l'hora d'assegurar el coneixement de la llengua castellana per tots aquells estrangers residents a l'Estat que volen accedir a la ciutadania. La situació és distinta pel que fa a la resta de llengües oficials: d'una banda, com hem vist, són obviades pels tribunals superiors que fixen la interpretació de la normativa d'accés a la nacionalitat pel que fa als requeriments lingüístics, que de forma implícita o explícita ho circumscriuen al castellà; i, d'altra banda, difícilment el coneixement d'aquestes llengües es podrà tenir en compte com a criteri d'"integració social" pels òrgans jurisdiccionals encarregats de tramitar el procediment d'adquisició de la nacionalitat, entre d'altres motius perquè tampoc ells estan legalment obligats a conèixer-les.⁶⁴

La recent Llei orgànica 2/2009, d'11 de desembre, de reforma de la LO 4/2004, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers

⁴⁴³ i ss., i les Sentències del Tribunal Suprem de 27 de gener i de 10 de febrer de 2009, referenciades en el núm. 53, 2010, pp. 443-444.

^{62.} Són bastant nombroses les impugnacions per part de l'Advocat de l'Estat de sentències de l'Audiència Nacional que qüestionen el criteri massa lax d'aquest darrer òrgan a l'hora en la valoració del coneixement linguístic de la llengua castellana per acreditar la integració (darrerament, les STS de 10 de febrer i de 12 de maig de 2009, núm. 53 de la *Revista de Llengua i Dret*, pp. 442 i ss.; i la STS de 10 de novembre de 2009, comentada en el núm. 54 de la mateixa *Revista*, en premsa).

^{63.} Per exemple, es pot valorar positivament la inscripció en cursos de llengua castellana; tot i que en algun cas, la inscripció simultània de la sol·licitant en dos cursos de llengua s'interpreta negativament com un element que palesa la manca d'un progrés adequat en aquest coneixement.

^{64.} Segons exposa Carlos Nieto, "Nacionalidad e integración social de los inmigrantes en Cataluña", a Enric Argullol (dir.), *Immigración y tranformación social en Cataluña. Estudio jurídico comparado vol. II*, cit., p. 427: "aunque en ocasiones en la entrevista con los solicitantes de nacionalidad, se pregunta, en ausencia de previsión legal específica, sobre el grado de conocimiento del idioma propio de la comunidad autónoma, parece que en una sociedad plurinacional las pruebas de integración deben comprender una verificación más amplia de conocimiento no solo de la lengua sino también de la organización política y la tradición histórica y cultural al objeto de no perjudicar la identidad cultural de ninguna de las nacionalidades y regiones que integran España. Esta verificación, sin embargo, resulta compleja cuando quienes deben verificarla son jueces y magistrados, con frecuencia en situación transitoria en la autonomía correspondiente, por más sensibilidad y respeto que puedan tener los mismos por su lengua y cultura."

a Espanya i la seva integració social, inclou en la disposició addicional cinquena una modificació de la Llei del Registre Civil, de 8 de iuny de 1957, que afegeix a l'article 63 la previsió que, a més dels informes previstos anteriorment i sol·licitats d'ofici per les autoritats competents: "En qualsevol cas, l'interessat podrà aportar un informe emès per la comunitat autònoma a l'efecte d'acreditar la seva integració a la societat espanyola". Aquesta previsió s'ha de posar en relació –com veurem en l'epígraf següent– amb la nova intervenció de les comunitats autònomes en els procediments de renovació de les autoritzacions de residència temporal dels estrangers (art. 31.7 de la LO 4/2000, redactat segons la LO 2/2009). D'aguesta manera, el nou marc normatiu permet avancar en una doble direcció: la major objectivació de la integració social en el marc dels expedients de nacionalitat, com element que condiciona la presa de decisions relatives al reconeixement d'un estatus personal determinat, 65 i la consideració expressa a aquests efectes de les llengües oficials pròpies i d'altres elements de la cultura i l'organització política i social de les comunitats autònomes on resideixen i desenvolupen la seva vida en societat els sol·licitants de la nacionalitat.

3.3. La llengua en la reforma de la legislació d'estrangeria per la Llei orgànica 2/2009

La situació preexistent a l'Estat autonòmic pel que fa a la legislació, la pràctica administrativa i la jurisprudència sobre els requeriments lingüístics a les persones estrangeres residents posa de manifest l'absència d'una perspectiva plurilingüe, i encara menys plurinacional, en les polítiques migratòries. D'acord amb Zapata-Barrero,⁶⁶ podem afirmar que la política migratòria de l'Estat espanyol ha tractat de

^{65.} En aquest sentit, el Tribunal Suprem reitera en les sentències citades anteriorment que "la nacionalidad constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía del Estado", ja que comporta, entre altres aspectes, l'atribució dels drets polítics; i la doctrina de l'Audiència Nacional sobre el tema es caracteritza per reafirmar que el reconeixement de la nacionalitat "no es una potestad dicrecional sino un deber cuando concurren los requisitios legalmente previstos", en dependre de conceptes jurídics indeterminats com la "integració social".

^{66.} Ricard Zapata-Barrero, *Immigració i govern en nacions minoritàries: Flandes, el Quebec i Catalunya,* cit., p. 74, per a qui "en matèria d'immigració estem davant d'una situació més pròpia d'un Estat centralista que federal, i estem molt més a prop d'una regió francesa que la província del Quebec o de la regió flamenca".

projectar una imatge unitària i uninacional, la qual cosa es reflecteix en el terreny lingüístic, on tots els instruments s'adrecen, de manera implícita o explícita, a difondre i assegurar el coneixement del castellà pels immigrants, mentre que hi ha mancat la perspectiva de reconeixement de les altres llengües oficials i pròpies de les comunitats autònomes.

La recent Llei orgànica 2/2009, d'11 de desembre, de reforma de la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, constitueix un primer pas per tal de reflectir el caràcter autonòmic i plurilingüe de l'Estat en el règim de la immigració i l'estrangeria. En efecte, sense poder aprofundir aquí en les motivacions més àmplies del text legal,⁶⁷ aquest es caracteritza per la incorporació explícita i potencialment més oberta o inclusiva de la qüestió lingüística en el règim d'estrangeria, a través d'una doble via: la consideració de les llengües com a elements d'integració; i una nova articulació competencial Estat-comunitats autònomes, que comporta reconèixer formalment de les darreres (i els ens locals) com a actors de les polítiques d'immigració.

3.3.1. Les llengües com a factors d'integració dels immigrants

Si bé la LO 4/2000 ja incloïa en el seu títol la noció d'"integració social", el legislador del 2009 ha volgut potenciar i omplir de contingut aquesta noció en el marc de la reforma actual del règim d'estrangeria. L'article 2 ter ("Integración de los inmigrantes") introdueix les dimensions identitària i cultural en la política migratòria, en dir: "Els poders públics han de promoure la plena integració dels estrangers a la societat espanyola, en un marc de convivència d'identitats i cultures diverses sense més límit que el respecte a la Constitució i la llei" (apartat primer). Les referències legals han d'integrar-se d'acord amb una doble clau interpretativa: la dimensió relativa a la pluralitat dels pobles d'Espanya, en termes identitaris i culturals, expressament reconeguda

^{67.} Sobre les causes i objectius de la reforma, a més del preàmbul de la Llei, vegeu Pascual Agüelo Navarro i Ángel G. Chueca Sancho, "La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los derechos humanos (Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social)", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 22, 2009, pp. 110-114.

per la Constitució;⁶⁸ i la dimensió més nova d'obertura a les identitats i les cultures aportades pels immigrants, que es pot articular amb l'anterior en termes d'interculturalitat.⁶⁹

La noció legal "integració" –no desprovista d'implicacions competencials dins la LO 9/2009–, es vincula en l'apartat segon de l'article 2 ter amb el manament adreçat a les Administracions Públiques perquè incorporin l'objectiu d'integració entre immigrants i societat receptora, amb caràcter transversal, en totes les polítiques i serveis públics, i promoguin la participació dels immigrants en tots els àmbits, en els termes previstos a "la Constitució, els Estatuts d'autonomia i la resta de lleis, en condicions d'igualtat de tracte". A continuació, el precepte especifica que els poders públics han de procurar, a través d'accions formatives:

"el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración." (Subratllat nostre.)

D'aquesta manera, l'aprenentatge de les llengües oficials s'individualitza com un element bàsic d'integració dels immigrants a la societat d'acollida, incloent-hi totes les llengües oficials en el territori, en el cas que n'existeixi una de pròpia al costat del castellà. Els termes d'aquesta previsió del legislador estatal, similars als d'altres àmbits sectorials on ha calgut preveure l'impacte de la mobilitat

^{68.} El preàmbul constitucional al·ludeix a la pluralitat dels "pobles d'Espanya" i de "les seves cultures i tradicions, llengües i institucions", els quals es configuren després com a "nacionalitats" o "regions" (article 2 CE), amb el reconeixement de les seves llengües pròpies com a part integrant del patrimoni cultural d'Espanya (art. 3).

^{69.} Vegeu les reflexions interessants que, des d'aquesta perspectiva, formula Isidor Marí, *Mundialització, interculturalitat i multilingüisme*, Palma, Lleonard Muntaner, 2006, en diversos capítols de l'obra, on es reflexiona sobre els diversos aspectes, amb especial atenció al lingüístic, d'un projecte intercultural aplicable a la nostra realitat. Del mateix autor, vegeu també "De l'acolliment lingüístic a la interculturalitat", a *Revista de Llengua i Ús*, núm. 34, 2005.

creixent de les persones en els processos de normalització lingüística de les llengües oficials pròpies, 70 no exclou que siguin les comunitas autònomes les competents, d'acord amb el bloc de la constitucionalitat, per definir i aplicar el tipus de mesures lingüístiques que considerin pertinents.

D'altra banda, no es pot obviar que aquest objectiu d'integració lingüística pot assolir-se, fins i tot amb major efectivitat, a través del reconeixement i l'exercici pels estrangers dels drets fonamentals definits per la Constitució i el legislador. Especialment a través del dretdeure a l'educació, que en el marc de la LO 2/2009 incorpora en l'article 9 la garantia de l'educació obligatòria i gratuïta fins als 16 anys, el dret a l'ensenyament postobligarori per als menors de 18 anys, així com la previsió que "els poders públics han de promoure que els estrangers puguin rebre ensenyaments perquè la seva integració social sigui millor" (art. 9.3), la qual ofereix una cobertura expressa –en connexió amb l'article 2 ter de la Llei– als ensenyaments de contingut lingüístic adreçats a les persones adultes.

3.3.2. Les competències de les comunitats autònomes

La LO 9/2009 afirma com un dels objectius principals adaptar el règim competencial a les reformes estatutàries dels anys 2006 i següents, ⁷¹ que incorporen per primer cop competències autonòmiques en matèria d'immigració. Anteriorment, tot i la manca de previsions específiques en els primers estatuts d'autonomia, la doctrina admetia

^{70.} Vegeu el nou incís de l'article 6.2 de la LO 6/2001, de 21 de desembre d'universitats, introduït a petició de les comunitats autònomes per la LO 4/2007, de 12 d'abril; o també l'article 25, "Lenguas y culturas españolas" de la Llei 40/2006, de 14 de desembre, de l'estatut de la ciutadania espanyola a l'exterior.

^{71.} A banda de l'Estatut català, al qual ens referirem, també inclouen competències relatives a la immigració l'Estatut d'Andalusia (LO 2/2007, de 19 de març, art. 10, apartat 17, refereix com un dels objectius bàsics de la Comunitat "La integració social, laboral, econòmica i cultural dels immigrants a Andalusia"; l'article 62 li atribueix competències sobre "les polítiques d'integració i participació" dels immigrants, a banda de preveure en l'article 245.3 relacions de col·laboració amb els països de procedencia dels inmigrants) i d'Estatut de les Illes Balears (LO 1/2007, de 28 de febrer, l'article 30, apartat 50 del qual inclou com a competència exclusiva autonómica "la integració social i econòmica de l'immigrant", i després la "immigració" és objecte d'una competència executiva en el marc de l'article 32), mentre que pràcticament no hi dedica atenció l'Estatut de la Comunitat Valenciana (LO 1/2006, de 10 d'abril).

la capacitat d'intervenció de les comunitats autònomes sobre la immigració a partir de la conjunció de diversos títols competencials sectorials que hi incideixen (educació, sanitat, serveis socials, etc.). Tanmateix, atesa la interpretació expansiva prevalent de l'article 149.1.2 CE, l'articulació competencial resultant ha originat nombrosos problemes: per la facilitat amb què l'Estat ha pogut envair competències sectorials més específiques de les comunitats autònomes en virtut de la presència d'un element d'estrangeria; per la manca de correspondència entre les responsabilitats pràctiques assumides per les comunitats autònomes en relació amb la població nouvinguda i la previsió dels recursos corresponents;⁷² per les deficiències de coordinació entre les actuacions de les diferents instàncies, etcètera.⁷³

A Catalunya, la reforma de l'EAC per la LO 2/2006, de 19 de juliol, estableix en l'article 138 un règim competencial complex en aquesta matèria, que incorpora tres subsectors distints: la matèria d'immigració, que empara actuacions d'acolliment, integració i promoció de les persones immigrades i retornades, amb caràcter exclusiu per al primer acolliment (que segueix el règim de l'art. 110 EAC) i amb un règims competencials inespecífics en la resta d'apartats; la matèria d'autorització de treball dels estrangers, com a competència executiva (art.112 EAC); i una competència de participació de la Generalitat en les decisions de l'Estat sobre immigració que l'afectin –que s'exercirà d'acord amb els mecanismes del títol V EAC–, amb especial menció de la determinació del contingent de treballadors estrangers. A més, l'EAC

^{72.} Pel que fa a la Generalitat, i en relació amb el sistema de finançament estatal, encara ara la immigració no és un criteri substantiu de finançament dels serveis. Aquesta situació va ser parcialment amb el Fons estatal de de suport a l'acollida i la integració d'immigrants, que des de l'any 2005 figura en els pressupostos generals de l'Estat, tot i que darrerament la seva quantia s'ha reduït substancialment.

^{73.} Una exposició global crítica amb la concreció del règim competencial en aquest àmbit a Laura Díez Bueso, "Marco jurídico de la actuación del Estado y de las comunidades autónomas en materia de immigración: especial referencia al caso de Cataluña", a Enric Argullol (dir.), Immigración y tranformación social en Cataluña. Estudio jurídico comparado vol. II, pp. 245-264; per una crítica més centrada en les mancances en l'àmbit de la coordinació, vegeu José Antonio Montilla Martos, "La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las comunidades autónomas en la reforma del Estado autonómico", a José Antonio Montilla i M. del Camino Vidal, Competencias en inmigración del Estado y de las comunidades autónomas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 9-58; i amb apunts sobre els nous estatuts, també Santolaya Machetti, Pablo, "Estranjería y nuevos Estatutos de autonomía", Revista d'Estudis Autononòmics i Federals, núm. 4, 2007, pp. 159-183.

reconeix també el rol rellevant dels governs locals de Catalunya en la gestió i l'acollida dels immigrants.⁷⁴

La concreció del nou esquema competencial per la LO 9/2009 -en la qual el legislador estatal s'autoatribueix una funció delimitadora que sembla rebaixar l'atribució constitucional als estatuts d'autonomia (art. 147.2.d CE)-,75 es fonamenta en dues grans opcions: d'una banda, el reinterpretació del títol sobre "immigració" a partir d'una nova matèria transversal de l'Estat sobre la "integració dels immigrants" en el nou article 2 bis, 76 a través del gual "es defineix la política migratoria, se n'estableixen els principis i els eixos d'actuació i s'indica el seu marc competencial, i un nou article 2 ter que ordena els principis i actuacions en matèria d'integració dels immigrants" (apartat VII preàmbul); i d'altra banda, el reconeixement de capacitats d'intervenció puntuals a les comunitats autònomes en la gestió del fenòmen migratori –que requereixen ésser concretades per decisions ulteriors-,77 que s'acompanyen del reforçament dels mecanismes de coordinació i col·laboració, 78 a través dels quals es garanteix el manteniment d'un tractament uniforme i integrat del fenòmen migratori.

^{74.} D'acord amb l'article 84.2 EAC, els governs locals de Catalunya tenen en tot cas competències sobre: "(...) foment de les polítiques d'acolliment dels immigrants", tenint en compte que aquestes competències locals han de ser precisades per la Generalitat, com a ens competent en matèria de règim local (art. 160 EAC) a través de normes amb rang de llai

^{75.} La disposició final de la LO 9/1992 cita com a títols estatals en els quals es fonamenta l'article 149.1.1 –títol horitzontal al qual el legislador estatal recorre habitualment per regular àmbits on les seves competències són limitades– i l'article 149.1.2 CE.

^{76.} D'acord amb l'article 2 bis, apartat primer, de la LO 2/2009: "Correspon al Govern, de conformitat amb el que preveu l'article 149.1.2a de la Constitució, la definició, planificació, regulació i desenvolupament de la política d'immigració, sense perjudici de les competències que puquin assumir les comunitats autònomes i les entitats locals".

^{77.} Com ara el seu desplegament reglamentari mitjançant la reforma pendent del Reglament d'estrangeria de 2004, l'aprovació dels corresponents traspassos de serveis (cal citar el Reial Decrert 1463/2009, de 18 de setembre, de traspàs de funcions i serveis a la Generalitat de Catalunya en matèria d'immigració: autoritzacions inicials de treball per compte propi o aliè de les persones estrangeres que desenvolupin a Catalunya la seva relació laboral) o la formulació del pla estratègic plurianual o dels programes plurianuals previstos per la Llei, que han d'incorporar les corresponents previsions de finançament estatal.

^{78.} Article 2 ter, apartat tercer i el títol IV de la LO 2/2009 on, d'acord amb l'apartat VII del preàmbul, "s'introdueixen determinades modificacions amb la finalitat de reforçar la coordinació i cooperació de les administracions públiques en matèria d'immigració".

Entre les noves atribucions de les comunitats autònomes, la més rellevant als efectes lingüístics és la seva intervenció en els procediments de renovació de les autoritzacions de residència temporal, la tramitació de les quals continua reservada a l'Estat, mitiancant l'emissió d'informes que acreditin la integració dels immigrants, en relació amb l'acompliment de les mesures formatives previstes de forma específica en l'article 2 ter de la Llei. En aquest sentit, l'article 31.7 determina que: "Als efectes de l'esmentada renovació, es valora especialment l'esforç d'integració de l'estranger que aconselli la seva renovació, acreditat mitjançant un informe positiu de la comunitat autònoma que certifiqui l'assistència a les accions formatives que preveu l'article 2 ter d'aguesta Llei." La norma, que s'adegua a la clara tendència en les legislacions dels països europeus a vincular cada cop més el règim de permisos amb la integració efectiva de l'immigrant a la societat d'acollida, 79 obre la porta a la intervenció de les administracions autonòmiques als efectes d'acreditar la integració, i a la consideració en aquest marc de la güestió lingüística.

Relacionat amb l'anterior, si bé la LO 2/2009 tendeix a homogeneïtzar el règim competencial autonòmic, hom pot sostenir, amb base a les previsions estatutàries, que les competències de les comunitats autonòmes en relació amb la integració de la immigració no han de ser necessàriament idèntiques. Una raó d'aquesta diferenciació rau precisament en el fet que els elements substantius d'identitat i cultura (art. 2 ter LO 9/2009) obtenen una traducció competencial, com s'esdevé amb la competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya en matèria de llengua (art. 143 EAC), que en conjunció amb els títols competencials sobre immigració, ⁸⁰ determinen una dimensió de gestió de política lingüística en les polítiques d'acollida i integració dels immigrants desenvolupades per les institucions catalanes.

^{79.} Vegeu Ignasi Manrubia, "Las condiciones de acceso y ejercicio de los derechos sociales de los immigrantes", a Enric Argullol (dir.), Immigración y tranformación social en Cataluña. Estudio jurídico comparado vol. II, cit., pp. 194 i ss. En el context previ a la reforma, l'autor ja apuntava que "una cuestión a tener en cuenta respecto de las políticas de integración dentro de un estado plurinacional es el respeto de dichas politicas de la identidad propia de cada uno de los territorios que la componen"(...); i a partir del contrast amb el Quebec, assenyalava les limitacions competencials de les comunitats autònomes "por lo que las posibilidades de desarrollar un modelo propio de integración se encuentran mucho más limitadas".

^{80.} Sobre l'articulació de la competència en matèria de llengua amb altres títols competencials sectorials, vegeu Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, Miguel "La competència en matèria de llengua pròpia en el nou Estatut", Revista de Llengua i Dret, núm. 49, 2008, pp. 69-96.

4. Llengua i immigració a Catalunya

La situació de Catalunya il·lustra la confluència de dos reptes bàsics als quals s'enfronten, com dèiem a l'inici, les polítiques lingüístiques actuals: per un costat, la presència d'una llengua oficial pròpia (o local) d'una comunitat nacionalment diferenciada dins l'Estat, que expressa políticament i normativament la seva voluntat de protegir-la; i, per l'altre costat, la recepció d'un volum molt alt d'immigrants estrangers, que hi aporten llengües diverses, una proporció elevada dels quals és parlant habitual de la llengua oficial de l'Estat. Aquesta realitat explica que, a partir de la fi dels anys noranta, tant la política lingüística de les institucions catalanes com la polítiques sectorials i les específicament adreçades a gestionar la immigració hagin hagut d'incorporar una dimensió lingüística nova vinculada al fenomen migratori.

4.1. Les accions i plans lingüístics i d'immigració de la Generalitat i els ens locals

La política lingüística desplegada per les institucions polítiques de Catalunya s'ha orientat, des de l'accés a l'autonomia, a normalitzar l'ús de la llengua catalana que, malgrat comptar amb una vitalitat notable en diversos àmbits de la vida social, requereix de la continuïtat d'un procés de normalització i d'accions de promoció i garantia del seu ús, en un context de doble oficialitat amb el castellà, llengua oficial de l'Estat. L'arribada d'un gran nombre d'immigrants al·lòfons, majoritàriament desconeixedors de la realitat lingüística pròpia de Catalunya, determina la necessitat d'acomodacions lingüístiques específiques en el marc de diverses polítiques públiques de la competència de la Generalitat i els ens locals: les aules d'acollida lingüística a les escoles per a infants estrangers que s'incorporen tardanament

^{81.} Les dades sobre immigració i el seu impacte en la situació social de Catalunya mostren la seva rellevància: el nombre de persones estrangeres ha passat de 121.361 l'any 1998 a 1.184.192 l'1 de gener de 2009, i de representar l'1,97 % de la població al començament del període al 15,86% de l'any 2009. La població catalana ha experimentat un creixement del 21,4% al llarg d'aquest període, i l'aportació de la població estrangera és l'element principal d'aquest creixement. Vegeu Catalina Jordi Amorós, "Una aproximació econòmica a les dades de la immigració a Catalunya, Revista Catalana de Dret públic, núm. 40, 2010, pp. 175-202.

al sistema educatiu,⁸² o la dotació de personal per a tasques d'interpretació i traducció en serveis sanitaris, justícia, policia o presons, entre d'altres.

Sense perjudici del manteniment d'aguesta transversalitat de la questió linguística, és en relació amb el reptes específics que planteia la integració i la incorporació plena de les persones immigrades a la ciutadania, més a llarg termini, que des de les institucions públiques catalanes es comença a bastir una política d'acollida lingüística. Així, desproveïdes de facultats d'intervenció en el control dels fluxos migratoris, 83 les institucions autonòmiques i locals han anat desplegant una política lingüística proactiva orientada a promoure l'aprenentatge i l'ús de la llengua catalana entre les persones immigrades que s'estableixen a Catalunya. En una primera etapa, a través de l'increment i reorientació de l'oferta formativa pública preexistent en llengua catalana, especialment a través de la xarxa territorial del Consorci de Normalització Lingüística de la Generalitat, que ofereix cursos inicials o de formació lingüística bàsica gratuïts per atendre la demanda procedent de la nova immigració. En un segon moment, amb la participació dels ens locals, mitjancant la inserció de la güestió lingüística en els plans d'acolliment lingüístic o d'entorn que afavoreixin la integració dels immigrants: i a través del foment de la implicació social, en el sistema de "Voluntariat per la llengua" –un catalanoparlant que dedica un temps setmanal a conversar amb immigrant amb coneixements bàsics de la llengua-, que s'estén més enllà de la Generalitat (en clubs esportius, associacions, universitats, etc.).84 La tercera etapa

^{82.} L'article 35.4 EAC formula com un dret que: "Els alumnes que s'incorporen més tard de l'edat corresponent al sistema escolar de Catalunya gaudeixen del dret a rebre un suport lingüístic especial si la manca de comprensió els dificulta seguir amb normalitat l'ensenyament."

^{83.} Com és sabut, no tots els estrangers residents estan empadronats, o bé els que incorren en una situació d'irregularitat administrativa no renoven la inscripció passats 2 anys. La reforma de la Llei 7/1985, reguladora de les bases del règim local (art. 16.2.f, introduït per la LO 14/2003, de 20 de novembre), en regular l'exigibilitat de passaport en vigor en el moment de la inscripció, ha permès certes pràctiques denegatòries de la inscripció dels estrangers en situació irregular per part dels ajuntaments, i la possibilitat de cedir les dades del padró a altres administracions, inclosos els cossos policials (disposició addicional 7ª, introduïda per la LO 14/2003) ha contribuït també a desincentivar la inscripció en aquests casos.

^{84.} Segons les dades del curs 2008-2009, hi va haver un total de 126.430 inscrits als 4.843 cursos de català impartits pel Consorci per la Normalització Lingüística, i l'any 2009, un 88% dels inscrits als cursos inicials i bàsics del Consorci eren nats a l'estranger. Pel que fa

es caracteritza per un enfocament més global de la qüestió lingüística relativa als nous immigrants, que assoleix un lloc central els instruments de planificació lingüística del Govern⁸⁵ i s'incorpora als instruments polítics i administratius de caràcter interdepartamental de definició i planificació de les accions relatives al fenomen migratori adoptats per la Generalitat.⁸⁶

En aguest darrer sentit, un instrument de referència és el Pla de ciutadania i immigració 2005-2008, on després de constatar les dificultats de visibilitat de la llengua catalana per les persones estrangeres i la possibilitat que això incrementi els dèficits instrumentals i socials de la pràctica d'aquesta llengua, es formula l'objectiu que les persones residents a Catalunya, sigui quin sigui el seu origen, puquin comunicarse en català. Les "Polítiques de llengua" s'emmarguen dins dels tres grans blocs establerts pel Pla: les polítiques d'acollida, on es destaca la importància tant de la primera acollida com de la que es faci des dels diferents sistemes, serveis i equipaments, per tal d'afavorir l'autonomia personal dels estrangers, a través de l'impuls d'"itineraris que garanteixin el coneixement de l'entorn, el coneixement de la llengua, la formació laboral", etc; les polítiques d'igualtat, que a partir del seu establiment en el territori han de "garantir la igualtat d'oportunitats i reduir a la mínima expressió qualsevol situació de desavantatge motivada per la diferència de drets i deures", i inclouen

a l'eina més avançada per a l'aprenentatge en línia del català, el *Parla.cat* (www.parla.cat) al principi de l'any 2010 s'havien inscrit un total de 40.626 persones, la majoria usuaris joves, de 91 països diferents. Pel que fa al Voluntariat per la llengua, l'any 2009 s'havien superat les 10.500 parelles i s'ha continuat estenent el programa a col·lectius específics, com ara els centres penitenciaris.

^{85.} Vegeu el Pla de política lingüística per a la VIII legislatura: El català, llengua comuna i de cohesió de la societat moderna, oberta i plural.

^{86.} El Pla interdepartamental d'immigració 1993-2000 creà una xarxa intergovernamental, d'acord amb la consideració de la immigració com un assumpte transversal que afecta tots els Departaments del Govern; el posterior Pla interdepartamental d'immigració 1993-2000, també de caràcter administratiu, va permetre consolidar la xarxa d'actors socials i polítics en aquest àmbit; mentre que el Pla de ciutadania i immigració 2005-2008, que adopta un caràcter més polític i reivindicatiu, incorpora com a innovació conceptual el llenguatge de la "ciutadania resident" que, com a plenitud de drets i deures, s'ha de fer extensiva a tota la ciutadania. Per a una ampliació Ricard Zapata-Barrero, Immigració i govern en nacions minoritàries: Flandes, el Quebec i Catalunya en perspectiva, cit. pp. 75 i ss. i Sandra Gil Araujo, "Discursos políticos sobre la nación en las políticas catalanas de integración de los inmigrantes", a Ricard Zapata-Barrero i Teun A. Van Dijk (eds.), Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones, Barcelona, Cidob, 2007.

la millora de la capacitació lingüística, laboral o acadèmica d'aquestes persones; i les *polítiques d'acomodació*, que tenen com a objectiu gestionar les relacions entre tots els ciutadans i ciutadanes d'origen immigrant i la resta.

Com a darrera etapa i alhora projecció de futur, el Pacte Nacional per la Immigració, signat el 19 de desembre de 2008 pels agents polítics, econòmics i socials, dóna les directius de les polítiques de gestió de la immigració en els propers vint anys. El Pacte s'estructura en tres eixos que responen a les demandes següents: gestionar els fluxos migratoris d'acord amb el mercat de treball (Eix 1); adaptar els serveis públics a una societat diversa (Eix 2); integrar en una cultura política comuna (Eix 3). En el darrer eix s'inclou com a repte "Fer del català la llengua pública comuna", noció que pretén aglutinar els objectius de garantia de la igualtat d'oportunitats de les persones immigrades i de preservació de l'aportació singular de Catalunya al patrimoni lingüístic mundial.⁸⁷

4.2. La llengua en la Llei d'acollida de les persones immigrades i les retornades a Catalunya

L'aprovació pel Parlament de Catalunya de la Llei 10/2010, de 7 de maig, d'acollida de les persones immigrades i de les retornades a Catalunya⁸⁸ significa una primera formalització legal dels consensos polítics i socials assolits al voltant de la gestió de la immigració a Catalunya. Tot i la continuïtat de fons amb els instruments políticoadministratius precedents, ⁸⁹ el Preàmbul de la Llei destaca la novetat d'aquest tipus d'intervenció legislativa a Catalunya i a l'Estat. Atesa aquesta novetat, examinarem l'abast i característiques generals del

^{87.} El Pacte Nacional estableix mesures per impulsar la participació de la Generalitat en la determinació dels fets relatius a la integració dels immigrants i la seva acreditació en els casos en què la normativa ho requereixi (art. 41.1, lletres a, b i c). En el Pacte es consideren eines bàsiques per a la integració el coneixement de la societat d'acollida, la inserció laboral i el coneixement de la llengua.

^{88.} DOGC núm. 5629, pp. 37720-37741.

^{89.} Els articles 19, 22 i 23 de la Llei 11/2010 preveuen com a instruments necessaris de l'acció del Govern de la Generalitat el "pla de ciutadania i immigració" i "els programes d'acollida especialitzada". En l'àmbit local es preveuen plans municipals i comarcals de ciutadania i immigració, com també la possibilitat de programes d'acollida individualitzada.

text legal, abans d'analitzar de manera més específica les mesures que preveu en el terreny lingüístic.

4.2.1. Abast i característiques generals del text legal

El Preàmbul de la Llei 10/2010 s'emmarca en els valors i objectius que, d'acord amb el Preàmbul estatutari, caracteritzen Catalunya, com "una terra d'acollida", que "s'ha anat fent en el decurs del temps amb les aportacions d'energies de moltes generacions, de moltes tradicions i cultures", que li confereixen "una diversitat que la defineix i l'enriqueix" i han configurat "una societat integradora" (part I del preàmbul). Materialment, el fonament estatutari de la Llei s'identifica principalment amb el principi rector que en matèria d'immigració estableix l'article 42.6 EAC. O Competencialment, la intervenció legislativa desenvolupa el manament de l'article 138.1, lletra d, de l'EAC ("L'establiment per la Llei d'un marc de referència per a l'acolliment i la integració de les persones immigrades") i troba un suport competencial més extens en d'altres apartats del mateix l'article 138.1 EAC i els títols exclusius de la Generalitat en matèria de llengua i de serveis socials (art. 143 i 166 EAC).

Pel que fa l'objecte de la Llei, el legislador destaca la importància de l'etapa inicial d'estabilització, assentament o residència de les persones nouvingudes –immigrades o retornades– en relació amb la qual regula i organitza el procés d'acollida. El legislador hi basteix un sistema complex, en el qual participen diferents òrgans i institucions, que comprèn els elements bàsics següents:

^{90.} D'acord amb l'article 42.6 EAC "Els poders públics han d'establir les accions necessàries i han de promoure les polítiques que garanteixin el reconeixement i l'efectivitat dels drets i deures de les persones immigrades, la igualtat d'oportunitats, les prestacions i els ajuts que en permetin la plena acomodació social i econòmica i la participació en els afers públics."

^{91.} En aquest sentit, el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 6/2010, de 20 d'abril, sobre l'article 9 de la Llei 10/2010, fa referència, per un costat, a l'article 143.1 EAC, en connexió amb els drets històrics en relació amb la llengua (art. 5 EAC), i per l'altre costat, a l'article 138.1 EAC, lletres a, d i e, d'on es conclou que el Projecte de llei "opera en un doble àmbit on es reconeix la competència exclusiva de la Generalitat, la qual cosa significa, d'acord amb l'article 110 EAC, que li correspon «de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva [...] mitjançant les quals pot establir polítiques pròpies»" (Fonament segon, punt 2, pp. 14-16).

- La configuració d'un dret d'accés al servei d'acollida: es tracta d'un dret de naturalesa legal i administrativa, ⁹² del qual són titulars les persones estrangeres –immmigrades, sol·licitants d'asil, refugidades o apàtrides– a partir del moment en què es fa efectiu el seu empadronament en un municipi de Catalunya. La vinculació del sorgiment del dret amb l'empadronament és coherent amb els efectes que la legislació general reconeix a aquest acte, que determina la condició de veí del municipi (art. 15 Llei 5/1985) i obre la porta al gaudi d'un ampli conjunt de drets per part dels estrangers. ⁹³
- El caràcter i contingut dels serveis d'acollida: segons el preàmbul, la Llei no pretén inventariar els drets dels immigrants en els diferents àmbits de l'acció pública, sinó que s'orienta a organitzar dos tipus de serveis específics: el servei de primera acollida (arts. 7-14) i els programes d'acollida especialitzada (arts. 15-16), orientats de afavorir l'autonomia de les persones per facilitar la seva participació a la societat.⁹⁴
- La distribució de competències entre la Generalitat i els ens locals en matèria d'acollida i d'integració: tot i la responsabilitat primera dels ens locals, es recull la responsabilitat compartida dels governs autonòmics i locals en la prestació dels servei d'acollida, amb l'establiment de garanties pel que fa al seu finançament (Títol II, arts. 18-25).

^{92.} El preàmbul de la Llei 10/2010 ressalta que "si la finalitat del servei és afavorir l'autonomia de la persona, no hi ha ni hi pot haver un nou dret d'estrangeria, sinó una promoció perquè els drets que ja preexisteixen (...) es puguin assolir amb més garantia." La STC 247/2007, de 12 de desembre, admet de manera explícita que el legislador autonòmic configuri drets subjectius dels ciutadans a partir de l'exercici de les competències estatutàries (FJ 15).

^{93.} Anteriorment s'havia pronunciat a favor de vincular els requeriments lingüístics amb l'empadronament Antoni Milian i Massana, *Globalización y requisitos lingüísticos....*, cit., pp. 108 i ss.

^{94.} La Llei crea els "serveis d'acollida" (art. 2 i 3), que s'estructuren en un "servei de primer acollida", definit com "el conjunt de recursos, equipaments, projectes i programes de titularitat pública i privada dirigits a garantir la satisfacció de les necessitats inicials de formació i informació de caràcter bàsic a aquestes persones, amb la finalitat de promoure'n l'autonomia personal, i també la cohesió del conjunt de la societat catalana; i els "programes d'acollida especialitzada", que són "l'instrument mitjançant el qual l'Administració de la Generalitat o els ens locals determinen criteris materials i de coordinació per a adaptar llur oferta de recursos, equipaments, projectes, programes i serveis, de prestació pública o privada, d'acord amb les necessitats específiques de les persones estrangeres immigrades o les retornades que en són usuàries", que no poden significar la creació d'una xarxa paral·lela als itineraris formatius i informatius ordinaris.

- Sistema d'organitzacions: els conjunt d'instruments organitzatius previstos es justifica pel legislador per l'ampliació de les funcions dels ens que "fins ara es limitaven a tasques consultives, de coordinació" (preàmbul), i que ara es reordenen en el marc d'un un sistema institucional més complet i coordinat (Títol III, arts. 26-36).
- Com a altres tasques relacionades amb l'acollida, el preàmbul destaca el reconeixement d'altres tasques que l'Administració de la Generalitat ja fa anys que havia posat en marxa⁹⁵ i la participació de la Generalitat en la determinació dels fets relatius a la integració i la seva acreditació en els casos en què la normativa ho requereix.

4.2.2. Les llengües en els processos d'acollida dels immigrants

La regulació de les llengües inclosa en la Llei 10/2010 suposa la formulació legal d'una política lingüística catalana relativa a la immigració, circumscrita a l'àmbit propi de regulació del text legal, que com hem dit no pretén abastar la totalitat dels aspectes que comprèn el procés d' integració del immigrants. La güestió lingüística es tracta específicament en l'article 9, "Competències lingüístiques bàsiques", que desplega l'article 8, relatiu a l'"Estructura i contingut" del servei de primera acollida, on s'estableixen tres continguts mínims de les accions formatives: les competències lingüístiques bàsiques, els coneixements laborals i el coneixement de la societat catalana i el seu marc jurídic. Les previsions lingüístiques s'han d'interpretar sistemàticament amb l'article 12 de la llei, "Altres aspectes del servei" i l'article 13 "Certificacions acreditatives oficials." En el Dictamen 6/2010, de 20 d'abril, el Consell de Garanties Estatutàries va aportar diverses precisions sobre el sentit regulador dels diferents apartats de l'article 9, que haurem de tenir en compte en el seu anàlisi.

L'article 9.1 estableix que: "1. Al llarg del seu procés d'integració a la societat catalana, la persona titular del dret d'accés al servei de primera acollida ha d'assolir les competències lingüístiques bàsiques en català i en castellà." D'entrada, la norma, no es pot considerar un

^{95.} En àmbits materials connectats o en relació indivisible amb l'acollida "com ara la integració, la sensibilització, l'ocupació, la formació universitària i la recerca, la formació i qualificació professionals", entre d'altres.

desplegament directe dels drets i deures derivats de l'oficialitat lingüística (art. 6.2 EAC). Més aviat, es tracta de la plasmació legal del dret i deure cívic, emmarcat en el procés d'integració dels immigrants, de conèixer la llengua o llengües del país d'acollida, que gaudeixen d'un estatus oficial. Tonvé notar que l'objectiu es recull de manera conjunta i amb els mateixos termes per a les dues llengües oficials a Catalunya. La norma no precisa el termini de compliment, essent susceptible de concreció en aquest punt, sense que s'infringeixi doncs el principi proporcionalitat com a principal límit de les previsions lingüístiques relatives als immigrants.

D'acord amb l'article 9.2: "El servei de primera acollida ha d'oferir la formació i els mitjans necessaris per a l'adquisició de les competències bàsiques en llengua catalana a les persones titulars del dret d'accés al servei que no la coneguin, sempre que sigui possible mitjançant el Consorci de Normalització Lingüística." Per tant, de l'objectiu lingüístic establert per la Llei en neix inicialment una obligació per als poders públics d'oferir els mitjans necessaris perquè les persones immigrades puguin assolir l'aprenentatge lingüístic de la llengua catalana. Com es raona àmpliament en el Dictamen 6/2010, la consideració legal i estatutària del català com a llengua pròpia de Catalunya (art. 6.1 EAC i art. 2 LPL)

^{96.} En relació amb article 33 EAC, el Consell de Garanties Estatutàries va assenyalar que "el dret d'opció lingüística, previst en aquests preceptes, és una qüestió que es desenvolupa en un àmbit diferent de la formació en les llengües com a instrument d'integració dels immigrants, que és l'objecte de l'article 9 del Projecte de llei." (fonament tercer, punt 2 del Dictamen 6/2010); i posteriorment va negar el caràcter vinculant del Dictamen sobre la Llei 10/2010, en no incidir sobre el règim dels drets estatutaris i constituir un desenvolupament específic del principi rector de l'article 42.6 EAC (fonament quart, punt 6).

^{97.} El Dictamen 6/2010 recorda que "la prohibició de discriminació per raó de llengua no implica que no es puguin fer distincions per aquest motiu. La declaració d'unes llengües com a oficials pels estats ja suposa una diferència de tractament que comporta [...] unes obligacions per als poders públics i també uns drets i deures específics per a les persones en relació amb unes determinades llengües, les considerades oficials." (Fonament tercer, punt 1.A). Abans el mateix Dictamen afirma que "del contingut dels articles 3 CE i 6 EAC es desprèn que la declaració d'una llengua com a oficial implica [...][que] tots han d'assumir les conseqüències que deriven del deure de coneixement de les llengües oficials [...]. D'aquesta manera, si una llengua és oficial en un territori, ho és de forma indivisible per a totes les institucions radicades en aquest, independentment de qui sigui el titular" (fonament jurídic segon, punt 1).

^{98.} A partir de la connexió amb l'article 37 de la LO 2/2009 entenem que la referència de la Llei catalana "al llarg del seu procés d'acollida" permet tenir en compte d'adquisició de les competències lingüístiques en les distintes renovacions que es prevegin reglamentàriament de la residència temporal, amb una durada total de cinc anys.

i els principis rectors d'especial protecció d'aquesta llengua pels poders públics catalans (art. 50 EAC i art. 5 LPL), responsables de dur a terme el procés de normalització lingüística, a més de les disposicions del dret internacional, 99 constitueixen la fonamentació jurídica substantiva del tractament de precedència atorgat al català, que es troba en una situació de desavantatge clar enfront del castellà, com a llengua de referència habitual de les persones nouvingudes que arriben a l'Estat espanyol. 100 En aquest sentit, seria extreure una conseqüència abusiva de doble oficialitat lingüística –ja recollida per l'apartat primer del precepteconsiderar que l'oferta del servei voluntari de primera acollida s'hagi d'organitzar de manera idèntica en les dues llengües oficials.

La redacció de l'article 9.3 es limita a establir: "Reglamentàriament es fixarà el nivell de referència mínim a assolir en quant a competències lingüístiques referides en el Marc Europeu Comú de Referència per a les Llengües, establert pel Consell d'Europa." La manca de precisió del nivell lingüístic exigible, que exclou d'entrada una infracció de la proporcionalitat, s'ha d'interpretar en relació amb d'altres al·lusions del text legal a les "competències lingüístiques bàsiques", que delimita adequadament les decisions futures en aquest terreny. 101 Són també importants, en aquest sentit, les precisions de l'article 12 de la Llei sobre les accions formatives del servei. El precepte legal obliga "a partir del nivell sociocognitiu de l'usuari o usuària i a utilitzar una metodologia adaptada a les seves característiques personals", així com a "facilitar l'alfabetització de l'usuari o usuària que ho re-

^{99.} Segons destaca el Dictamen 6/2010: "L'article 7.1.c de la Carta europea de les llengües regionals o minoritàries, que a parer del Tribunal Constitucional (ITC 166/2005, de 19 d'abril, FJ 5) "proporciona pautas interpretativas del régimen jurídico de la cooficialidad lingüística", estableix com a principi "la necessitat d'una acció decidida de promoció de les llengües regionals i minoritàries, a fi de protegir-les", i també l'article 7.1.g determina que cal posar els mitjans que permetin a les persones "que no parlen una llengua regional o minoritària i viuen a l'àrea on aquesta és usada d'aprendre-la si ho desitgen". Així mateix, l'article 7.2 de l'esmentada Carta afegeix que "(l')adopció de mesures especials en favor de les llengües regionals o minoritàries [...] no és considerada un acte de discriminació envers els parlants de les llengües més esteses" (Fonament tercer, punt 1 A).

^{100.} Això no implica pressuposar que tothom coneix primer o millor el castellà (realitat que no es correspon, per exemple, amb la dels nens marroquins a Vic o de les comarques de Girona), ni tampoc que qui aprèn el castellà no aprendrà després el català, sinó que pretén oferir als nouvinguts l'oportunitat inicial d'aprenentatge d'aquesta llengua, que no impedeix altres processos simultanis de socialització en altres llengües.

^{101.} Aquesta qüestió s'haurà de desenvolupar pel reglament del Govern de la Generalitat previst en l'article 13 de la Llei 10/2010.

quereixi", per mitjà de programes que resten integrats en el servei de primera acollida (art 12.1.a), perspectiva igualment respectuosa amb els principis d'igualtat i no discriminació. I estableix que les accions formatives han de "tenir un enfocament predominantment comunicatiu per tal d'incentivar la integració lingüística dels usuaris". A més, la remissió als estàndards establerts pel Consell d'Europa s'interpreta pel Dictamen 6/2010 com una garantia addicional de proporcionalitat, atesa la generalització assolida pel Marc Europeu Comú de Referència com a pauta d'ordenació i certificació de la formació lingüística.

L'article 9.4 té una redacció més complexa: "En la seva condició de llengua pròpia de Catalunya, el català té la consideració de llengua comuna per a la gestió de les polítiques d'acollida i d'integració. Té també la consideració de llengua vehicular de la formació i la informació, instrument bàsic per a la plena integració al país. Amb aguesta finalitat, l'aprenentatge lingüístic ofert pels serveis de primera acollida començarà per l'adquisició de les competències bàsiques en llengua catalana." Cal distingir, doncs, tres aspectes diferenciats: en primer lloc, la consideració del català com a "llengua comuna" –concepte provinent del Pacte Nacional per la Ciutadania i la Immigracióen la gestió d'aguestes polítiques, s'ha de vincular amb el concepte estatutari i legal de "llengua pròpia", com a llengua d'ús normal i preferent de les institucions catalanes. 102 En segon lloc, l'ús vehicular del català en l'àmbit del servei d'acollida respon també a un objectiu normalitzador de la llengua pròpia (art. 6.1 EAC), sense que aquest règim lingüístic incideixi en el règim general de les administracions catalanes. 103 Això significa que, en les seves relacions amb l'Administració prestatària del servei, els usuaris es beneficiaran dels drets lingüístics que recull l'ordenament. Les previsions de l'article 9.4 tampoc es poden interpretar en el sentit excloent de l'ús d'altres llengües, especialment quan aquestes siguin un instrument necessari per a transmetre i garantir l'accés efectiu dels estrangers al servei d'acollida, atès que en cas contrari es podria frustrar la finalitat de la norma.

^{102.} Segons el Dictamen 6/2010, fonament quart, punt 4 "En el context del Projecte de llei que estem examinant, l'expressió "llengua comuna" no té efectes jurídics específics addicionals als que provenen de la declaració de la llengua catalana com a llengua pròpia (art. 6.1 EAC)."

^{103.} Règim lingüístic general regulat pels articles 6.1 (afectat per la STC de 28 de juny de 2010, que anul·la el terme "preferent"), 33.1 i 50.2 EAC i per la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística (arts. 2, 9 i 10).

Aguesta finalitat es desprèn clarament de l'article 12.1.d) de la Llei, que fixa l'obligatorietat d'"emprar en les accions informatives i formatives, a més del català, les llengües pròpies dels usuaris del servei, sempre que sigui necessari, i també incloure-les en els materials didàctics d'acord amb les recomanacions i el protocols tècnics elaborats amb aquesta finalitat". El darrer incís de l'apartat 4. relatiu al contingut propi de l'acció formativa del servei de primera acollida, s'ha d'interpretar de manera conjunta amb l'apartat 5 del mateix article 9. D'acord amb el primer, citat més amunt, l'aprenentatge de les competències lingüístiques bàsiques comencarà pel català; i, afegeix l'apartat cinquè: "Finalitzada la formació de llengua catalana, el servei de primera acollida ha d'oferir la formació per a l'adquisició de les competències bàsiques en llenqua castellana per aquelles persones que hagin assolit l'adquisició de competències bàsiques en llengua catalana i que ho sol·licitin o ho requereixin." El Consell de Garanties Estatutàries, després de reiterar que la precedència del català en aquest àmbit no implica que s'excloqui la llengua castellana de la formació lingüística ni constitueix una mesura desproporcionada, considera que enfront d'una possible interpretació en clau subjectiva i depenent de la voluntat del titular del dret de l'incís "que ho sol·licitin o ho requereixin", seria preferible objectivar per l'Administració aguesta necessitat de formació en castellà, sense que amb això es güestioni la literalitat de la norma. 104 Nogensmenys, aquesta consideració s'hauria d'emmarcar per la voluntarietat de l'accés al servei i per la consideració anteriorment efectuada sobre els efectes de l'oficialitat, que entenem que no poden significar una obligació d'estricte parel·lelisme de l'oferta en les dues llengües oficials.

Pel que fa a l'acreditació dels aprenentatges lingüístics i la resta d'accions formatives en el marc del servei de primera acollida i els seus possibles efectes, l'article 13 de la Llei 10/2010 estableix que seran certificades per Generalitat i els ajuntaments, mitjançant certificats oficials que "tindran eficàcia en l'àmbit competencial de la Generalitat i dels ens locals i en els processos d'estrangeria". Pel que fa als efectes en el si de les administracions catalanes, en exercici de les competències sectorials respectives la Generalitat i els ens locals poden preveure determinats supòsits en què la certificació d'haver seguit

aquesta formació comporti avantatges per a les persones immigrades o àdhuc condicioni l'accés a determinats beneficis o prestacions, sempre que es respectin per les mesures previstes els criteris d'adequació i proporcionalitat i no es limitin els drets que configuren l'estatus jurídic bàsic dels estrangers. Quant als processos d'estrangeria, gestionats per l'Estat, a partir d'allò previst en l'article 37.1 de la LO 4/2000 (en la redacció segons la LO 2/2009) la certificació de les accions formatives del servei d'acollida seran rellevants en els processos de renovació de la situació d'estada temporal dels estrangers. Al marge de que el legislador estatal no hagi reconegut als certificats d'integració emesos per les comunitats autònomes un caràcter necessari o determinant, la nova articulació dels marcs estatal i autonòmic en matèria d'integració dels immigrants hauria de conduir a reconèixer el rol principal de les administracions territorials més properes per acreditarla, la qual cosa permetrà tenir en compte la realitat social, cultural i lingüística pròpia de les comunitats autònomes i dotarà a aquestes d'instruments més efectius per gestionar la dimensió lingüística de les polítiques d'immigració.

5. Reflexions finals (i addenda)

Tot i que amb retard respecte d'altres països europeus, les darreres mesures legislatives adoptades en el pla estatal i autonòmic –pel
que fa a Catalunya– reconeixen de manera expressa la rellevància de
la qüestió lingüística en els processos d'integració dels immigrants a
les societats d'acollida. A més, i com a aspecte més rellevant atesa la
pràctica habitual d'acomodació dels immigrants a la llengua estatal,
afavorida fins avui per les llacunes de l'ordenament estatal,
s'introdueixen incentius de forma coordinada per part de l'Estat i la
Generalitat per tal de reconèixer la legitimitat de les accions formatives adreçades a assegurar el coneixement de les llengües oficials
pròpies de les comunitats autònomes.

Des de la perspectiva de la legislació estatal, els canvis introduïts conjuminen de forma adequada dos objectius complementaris: d'una banda, la millora dels procediments d'acreditació de la integració social dels immigrants residents i el sol·licitants de la nacionalitat espanyola en termes d'objectivitat i garanties per a les persones implicades; i d'altra banda, el reconeixement del rol de les comunitats autònomes com a administracions que, juntament amb els ens locals, gestionen

392

les polítiques bàsiques que vehiculen la integració dels immigrants a la societat d'acollida, les quals han de gaudir per tant de cert control sobre el procés d'integració dels immigrants que s'hi estableixen, especialment quan hi concorren la presència de trets identitaris lingüístics, culturals o nacionals diferenciats.

Aguest nou marc ha permès al legislador català bastir, a partir de l'experiència prèviament acumulada, un sistema articulat de primera acollida de les persones immigrades, en el qual l'aprenentatge de les dues llengües oficials a Catalunya es configura com un dels objectius bàsics a assolir en el procés d'integració dels immigrants. A partir de la legitimitat de l'obiectiu lingüístic establert, en termes d'igualtat d'oportunitats dels immigrants¹⁰⁵ i de protecció de la diversitat lingüística, el tipus i contingut de la intervenció de la Llei 10/2010 opta pel tipus d'exigència lingüística als immigrants menys restrictiva, mitiancant la configuració d'un dret d'accés a una oferta formativa específica, que satisfà clarament els criteris de proporcionalitat aplicables en aquest àmbit (per les condicions d'accés i el contingut i efectes previstos de les accions formatives). En aquest sentit, semblaria que el legislador català no desplega totes les possibilitats apuntades prèviament per la doctrina, 106 sinó que potencia una dimensió prestacional del sistema d'acollida, de manera que la seva efectivitat per a incentivar l'aprenentatge de la llengua catalana per part dels estrangers dependrà en bona mesura de la seva aplicació pràctica: a partir de la gestió correcta del servei per les institucions autonòmiques i locals, i de la necessària col·laboració normativa, administrativa i econòmica de l'Estat, com a titular principal de les competències en matèria d'immigració.

Al marge de les possibles dificultats pràctiques, la publicació de la Sentència del Tribunal Constitucional, datada el 28 de juny del 2010, que resol el recurs d'inconstitucionalitat del Partit Popular contra la

^{105.} Sobre el valor econòmic afegit del coneixement de la llengua catalana en el mercat laboral català, vegeu Antonio Di Paolo i Josep Lluís Raymond Bara, "Language knowledge and earnings in Catalonia", *Working Papers wpdea1001*, Departament d'Economia Aplicada de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2010.

^{106.} En aquest sentit, es pot contrastar amb les propostes de Antoni Milian i Massana, *Globalización y requisitos lingüísticos: una perspectiva jurídica*, cit., pp. 108-125, per a qui "la carga moderada que representa la realización de los cursos, basada en motivos y finalidades plenamente legítimos, y que lejos de veleidades discriminatorias pretende favorecer la integración, no puede considerarse desproporcionada".

reforma de l'Estatut de Catalunya per la LO 6/2006, de 19 de juliol, quan estava pràcticament finalitzada la redacció d'aguest treball, proiecta algunes ombres sobre les possibilitats d'avancar en l'objectiu legítim d'acomodament dels immigrants en les dues llengües oficials a la societat d'acollida. Amb tot, la reinterpretació pel Tribunal Constitucional del concepte de llengua pròpia, que en rebutja el caràcter "preferent" a l'Estatut d'autonomia (FJ 14), no permetria al nostre entendre güestionar la clara situació de desavantatge de la llengua catalana en el context de la immigració, 107 que justifica com hem vist les accions específiques adreçades a protegir i difondre el seu coneixement i l'ús. D'altra banda, quant al règim competencial, les noves competències estatutàries en matèria d'immigració són declarades conformes amb la Constitució, si bé són objecte d'una interpretació restrictiva dins la sentència (FJ 83), que poden condicionar un avenc substantiu respecte de la situació precedent en aguest terreny, 108 on ja es reconeixia la capacitat de les comunitats autònomes d'intervenir en la gestió del fenomen migratori a través de diverses competències sectorials. La reinterpretació que fa el Tribunal Constitucional de l'oficialitat de la llengua castellana i de l'abast de les competències autonòmiques podrien soscavar, d'acord amb la lectura que es faci de les nombroses ambigüitats de la Sentència, les raons jurídiques legitimadores de l'autogovern de Catalunya en matèria d'immigració relacionades, entre d'altres, amb la protecció i la difusió de la identitat pròpia. A l'empara de la STC 31/2010, i d'acord amb la lectura més restrictiva dels seus fonaments en matèria lingüística i competencial, la institució del Defensor de Poble ha interposat un recurs d'inconstitucionalitat contra l'article 9 de la Llei 10/2010, de 7 de maig, d'acollida de les persones immigrades i retornades a Catalunya, el qual

^{107.} En el FJ 14.a) de la Sentència s'explicita que la nul·litat del terme estatuari "preferent", es determina pel Tribunal "sin perjuicio, claro está, de la procedencia que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener."

^{108.} L'argumentació del Tribunal Constitucional en el FJ 83 sembla, però, qüestionable, per la presència d'afirmacions descontextualitzades, com la que entén per "primera acollida" allò relatiu a les "actuaciones socio-sanitarias o de orientación", o per certa propensió a buidar de contingut específic les noves previsions estatutàries de l'article 138 CE per tractar de reconduir-les a d'altres títols competencials sectorials, en detriment de la capacitat delimitadora de les competències que correspon a l'Estatut en el marc de la Constitució.

ha estat admès pel Tribunal Constitucional el 4 d'octubre d'aquest any, coincidint amb la revisió final de l'article. 109

109. Concretament, el recurs d'inconstitucionalitat es dirigeix contra els apartats segon, quart i cinquè de l'article 9 de la Llei 10/2010, que contenen una regulació específica de la llengua catalana en els servei d'acollida dels immigrants, així com dels altres preceptes de la Llei que, per connexió o consegüència, consideri procedent el Tribunal Constitucional, en virtud de l'article 39.1 LOTC. Els arguments del recurs són de dos tipus; en primer lloc, de caràcter competencial, on s'afirma que si bé "la doctrina ha venido llamando la atención en los años precedentes sobre la necesidad de tener en cuenta la evolución de la realidad de la inmigración en España a la hora de impedir que la competencia estatal, ex. art.149.1.2 CE, se configure como un título horizontal de alcance ilimitado, que deje sin efecto práctico los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con incidencia sobre los migrantes", i es recull el sentit de la reforma de la LO 9/2009 per adaptar-se a les noves competències estatutàries en matèria d'integració i acollida, les actuacions previstes en l'article 9 de la Llei 10/2010 establiria "un determinado régimen de preferencia lingüística exclusiva (...) que determinan todo el proceso de integración, empleando dicho título como una cobertura formal para una interpretación extensiva que desborda las competencias que razonablemente cabe entender vinculadas al mismo (...) De esta suerte se crea un derecho estatutario de extranjería con grave incidencia en cuanto a los derechos y deberes de los extranjeros en España (...)" de manera que els estrangers en situació d'estada o residència a Catalunya "quedan sujetos a un régimen específico, no compartido por los demás inmigrantes que se encuentren o residan en otras partes del territorio nacional". Sobre la fonamentació d'aquest primer motiu del recurs, i a partir de l'anàlisi prèvia de la güestió en el text precedent, es poden formular les consideracions següents; primera, es buiden pràcticament de contingut, contradint les mateixes previsions de la LO 9/2009, les competències estatutàries ex article 138 EAC i s'omet la competència exclusiva en matèria de llengua pròpia de l'article 143 EAC, no güestionada per la STC 31/2010; segona, es desconeix la possibilitat, afirmada molt aviat per la STC 37/1981 (FJ 2), que el reconeixement de l'autonomia s'oposa a "una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en iqualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones", sempre que no s'afectin les condicions bàsiques d'exercici dels drets o posicions jurídicas fonamentals reservades a la legislació estatal, així l'atribució reforçada a les comunitats autònomes en les matèries que com la llengua (art. 3.2 CE) confiquren una reserva estatutària específica per poder configurar legalment drets subjectius (STC 247/2007, FJ 15.a, en doctrina no afectada per la STC 31/2010, FJ 16 i 17); tercera, s'atribueix a la Llei catalana 10/2010, i encara més estrany a un sol dels seus preceptes, un abast que no es correspon ni amb la literalitat ni amb el sentit propi de la norma, en atribuirli pretensions d'exclusivitat (la STC 31/2010 reconeix en diversos punts, per exemple, en relació amb l'article 35 EAC sobre els drets lingüístics a l'ensenvament, en el FJ 24, que la requlació específica de la llengua pròpia no comporta l'exclusió del castellà) i de condicionar tot el procés d'integració, la qual cosa no s'adiu clarament amb el caràcter voluntari d'accés al servei d'acollida i el conjunt de la seva regulació legal, sens perjudici que a partir de la col·laboració necessària prevista del legislador estatal es puguin reconèixer efectes ulteriors a les accions d'aquest servei.

El segon motiu del recurs, referent al règim lingüístic, assenyala la vulneració per la Llei 10/2010 de l'oficialitat del castellà, insistint a partir de la cita de diversos punts de la STC 31/2010 (com l'anul·lació del terme "preferent" de l'article 6.1 EAC, FJ 14.a, i la nova interpretació del deure de conèixer el castellà que es contraposa a la reinterpretació condicionant de la constitucionalitat del deure de conèixer el català a l'article 6.2 EAC, FJ 14.b) en què el legislador vol consagrar un desequilibri del règim constitucional de cooficialitat

Per acabar, i com a reflexió sobre el sentit de la integració, poden citar-se les paraules del preàmbul de la Llei 10/2010, especialment pertinents pel que fa a la llengua, que assenyalen que "la responsabilitat de la integració i, per tant, de l'acollida no és únicament de les persones nouvingudes. Es tracta d'una responsabilitat mútua, tant dels que immigren a Catalunya, com de les catalanes i els catalans."

en periudici del castellà. En el mateix sentit, s'addueix que l'article 2 ter de la LO 9/2009 parla del "aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales". I es conclou pel recurrent que la Llei impugnada: estableix una primacia de l'ús del català sobre el castellà en el servei d'acollida: considera aquesta llengua com la pròpia del servei en la seva relació amb els usuaris; estableix una preferència absoluta del català sobre el castellà que anul la qualsevol facultat d'elecció; i considera l'accés al coneixement del castellà com una opció supeditada a l'acreditació del coneixement previ del català. Algunes consideracions que suscita la fonamentació del segon motiu del recurs, d'acord amb les interpretacions formulades en el nostre text, serien les següents: primer, la STC 31/2010 sembla aceptar que en l'ús intern i l'ús en les relacions entre les administracions catalanes, en ser tan normal l'ús d'una llenqua oficial com el de l'altra, el legislador té un marge per regular aquests usos, ja que "puede interpretarse en el sentido de que, en el marco de la política de fomento y difusión del catalán, las entidades públicas, instituciones y empresas [autonòmiques o locals regulades en l'article 50.5 EAC] pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano" (FJ 24); segon, la Llei 10/2010 no exceptua, com s'ha vist, el règim estatutari i legal dels drets lingüístics derivats de la doble oficialitat en relació amb els usuaris del servei de primera acollida, que no són incompatibles amb la regulació específica de les accions informatives i formatives que aquell inclou, en les quals s'ha previst àdhuc l'ús intrumental d'altres llengües comprensibles per als immigrants; i tercer, com s'ha dit, semblaria una conseqüència abusiva de l'oficialitat extreure'n l'obligatorietat que el servei d'acollida s'organitzi paral·lement i en termes idèntics per a les dues llengües oficials, atès que la seva configuració com a dret i servei d'accés voluntari respon a una opció del legislador autonòmic en exercici de les seves competències i es justifica per la situació real d'inferioritat o desavantage de la llengua catalana –no solament en aquest àmbit per motius històrics, sinó per la realitat demogràfica dels fluxos migratoris i la manca d'estatus oficial a nivell estatal-pel que fa a l'aprenentatge de les llengües oficials per part de les persones immigrades.

RESUM

L'article analitza, des d'una perspectiva jurídica, la relació entre llengua immigració, especialment pel que fa a les accions dels poders públics adrecades a promoure i assegurar el coneixement de la llengua de les societats d'acollida per les persones immigrades i les que opten a la nacionalitat. Per contextualitzar el tema objecte d'anàlisi, s'examinen inicialment les aproximacions de la filosofia política, el marc europeu en la matèria lingüística i migratòria, així com a les tendències actuals en els països occidentals. En la segona part, s'analitza l'evolució del règim estatal sobre nacionalitat i estrangeria pel que fa a la güestió lingüística, que ha conduït a incorporar progressivament les llengües com a elements bàsics d'integració social, així com les güestions encara pendents en aquest terreny. Finalment, s'analitza la política lingüística desplegada per la Generalitat en relació amb la immigració, amb una especial atenció a la nova Llei 10/2010, de 7 de maig, d'acollida de les persones immigrades i de les retornades a Catalunya, la primera d'aquest tipus en el nostre entorn, que desenvolupa el rol de les llengües com a element d'integració de les persones immigrades.

Paraules clau: immigració; autonomia; llengua; nacionalitat; integració.

RESUMEN

Este artículo analiza, desde una perspectiva jurídica, la relación entre lengua e inmigración. Se centra especialmente en las acciones de los poderes públicos dirigidas a promover y asegurar el conocimiento de la lengua de las sociedades de acogida por las personas inmigradas y las que opten a la nacionalidad. Para contextualizar el tema objeto de análisis, se examinan inicialmente las aproximaciones de la filosofía política, el marco europeo en materia lingüística y migratoria, así como las tendencias actuales en los países occidentales. En la segunda parte, se analiza la evolución del régimen estatal sobre nacionalidad y extranjería en relación con la cuestión lingüística, que ha conducido a incorporar progresivamente las lenguas como elementos básicos de integración social, así como las cuestiones que aún están pendientes en este terreno. Finalmente, se analiza la política lingüísitica desarrollada por la Generalitat relacionada con la inmigración, y se presta una especial atención a la nueva Ley 10/2010, de 7 de mayo, sobre la acogida de las personas inmigradas y de las que vuelven a Cataluña. Esta ley es la primera de este tipo en nuestro entorno que desarrolla el rol de las lenguas como elemento de integración de las personas inmigradas.

Palabras clave: inmigración; autonomía; lengua; nacionalidad; integración.

ABSTRACT

From a legal perspective, the article analyses the relation between immigration language, particularly in terms of the actions of the public authorities addressed to promote and ensure the knowledge of the host society language by immigrants and those who choose to take the nationality. To contextualise the subject under analysis, the approach to political philosophy will be examined first of all under the EU framework in relation to linguistic and migration topics and the current trends in western countries. Secondly, the evolution of the state system on nationality and emigration in terms of linquistics will be analysed, which has led to the languages to be progressively incorporated as basic elements of social integration, as well as the issues that are still outstanding in this field. Finally, the linguistics policy used by the Generalitat Government of Catalonia in relation to immigration will be studied, paying special attention to the new Law 10/2010, of 7 May, on the reception of immigrants and returnees to Catalonia, the first of its type in our environment, which develops the role of languages as an integration element for immigrants.

Key words: immigration; autonomy; language nationality; integration.

OBJECTIUS DE LA REAF, PROCEDIMENT DE SELECCIÓ D'ARTICLES I CRITERIS PER A LA PRESENTACIÓ D'ORIGINALS

1. Objectius i contingut de la REAF

La Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF) publica treballs sobre autonomies polítiques territorials, de caire pluridisciplinari, però amb predomini del vessant juridicopolític.

2. Tramesa d'originals

Els treballs que es publicaran a la REAF seran originals inèdits, llevat d'acord en un altre sentit entre l'IEA i l'autor d'un treball determinat

Els originals s'acceptaran escrits en català, espanyol, anglès, francès i italià, i es publicaran en l'idioma de recepció. Una vegada acceptats per publicar, tindran el copyright de l'Institut d'Estudis Autonòmics i no es podran reproduir sense la seva autorització.

Els articles s'enviaran, preferiblement, per correu electrònic a reaf@gencat.cat. També es poden enviar per correu postal, en paper i en suport informàtic, a la seu de l'IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miguel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selecció dels articles i avaluació

Els textos rebuts se sotmetran a avaluació anònima (sistema de doble cec) per part de dos especialistes en el tema tractat (i, si escau, un tercer en cas de divergència entre els anteriors sobre la publicabilitat de l'article), els quals seran externs a la revista o pertanyents als seus consells de redacció i científic. La REAF farà arribar a l'autor les avaluacions.

Els informes d'avaluació tindran en compte, entre altres factors:

- la solidesa i coherència metodològica
- l'originalitat i les novetats que aporti l'article en el seu camp
- la coherència i estructuració de l'article
- l'argumentació de les tesis que es defensin
- la correcció i completud de les fonts i la bibliografia utilitzades

Si les avaluacions aconsellen la introducció de canvis en l'original, l'acceptació definitiva de l'article restarà condicionada a l'acceptació per part de l'autor dels canvis que calgui introduir.

El formulari d'avaluació es pot consultar al web de la REAF, dintre del web de l'IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criteris generals de presentació d'originals

Un cop avaluat i acceptat, l'IEA es reserva el dret de modificar qualsevol element formal del treball per tal de donar coherència global a la revista, atesa la seva condició de publicació periòdica, adequant el text a aquestes normes de redacció d'originals.

Es pot demanar a l'autor/a una correcció (limitada a errors respecte de l'original acceptat) de proves d'impremta, les quals haurà de retornar a l'IEA en el termini de 72 hores.

a) Extensió i format

El treball haurà d'estar escrit en Word i tindrà un mínim de 20 i un màxim de 35 pàgines de 30 línies de 70 espais (uns 45.000-75.000 caràcters amb espais, aprox.), amb tipografia Arial (o similar) de cos 12 per al text principal (amb interlineat 1,5) i de cos 10 per a les notes (amb interlineat 1).

Juntament amb el treball, caldrà enviar:

- Un currículum breu (350-400 caràcters amb espais) i les dades personals següents: adreça professional, telèfon i e-mail.
- Un resum (1.000-1.300 caràcters amb espais) de l'article, en l'idioma original i en anglès. El resum haurà de contenir, en tot cas, el tema general i l'objecte concret de l'article; l'estructura del desenvolupament d'aquest objecte a l'article i les conclusions principals.
- Una relació d'entre quatre i vuit paraules clau

b) Títol, apartats i sumari

El títol ha d'indicar de manera concisa el contingut del treball, el qual es pot completar amb un subtítol d'informació complementària. Si el treball es divideix en apartats i subapartats, aquests s'assenyalaran amb números aràbics, fins a un màxim de dos nivells (p. ex., 1.2).

L'article anirà precedit d'un sumari dels diferents apartats en què s'estructura.

c) Acrònims, sigles i citacions

Quan s'escrigui per primera vegada un acrònim o una sigla caldrà posar entre parèntesis el seu significat complet.

Les citacions literals inserides dins el text aniran entre cometes, i mai en cursiva (encara que siguin en una llengua diferent de la del treball). En general, una citació de més de cinc línies caldrà fer-la en paràgraf a part, sagnat i sense cometes. Qualsevol canvi que s'introduexi en una citació original s'indicarà entre claudàtors.

Els recursos per ressaltar paraules o expressions són la cursiva o les cometes, per tant, s'evitarà l'ús de les majúscules o de la negreta.

d) Notes

És convenient fer un ús limitat de les notes, totes les quals seran a peu de pàgina, numerades amb caràcters aràbics i en superíndex.

Les referències en nota a peu de pàgina tindran el format següent:

- Quan se citi una obra per primera vegada:
 - Nom, cognom/s de l'autor, "títol del capítol" o "títol de l'article", títol del llibre o títol de la revista, volum, núm, lloc d'edició, editorial, any de publicació, paginació.

Exemples:

- Antoni Castells, Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.
- Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.
- Quan se citi una obra prèviament citada:
 - Cognom/s de l'autor, títol breu, any de publicació i paginació.

Exemples:

Castells, Les subvencions..., 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Llistes de referències

Al final de cada article de la REAF es publicarà la llista de referències (és a dir, exclusivament les fonts i les obres citades en el treball), ordenades alfabèticament pel cognom de l'autor. No es publicaran bibliografies generals.

La llista de referències tindrà el format que assenyalem en els exemples següents.

Llibres

CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2004.

- Articles de revista
 CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". Revista de Estudios de la Administración Local, núm. 292, 2003, p. 123-162.
- Legislació i jurisprudència
 Segons la citació oficial en cada cas:
 Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge.
 STC 33/2005, de 17 de febrer.
- Publicació electrònica
 CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línia].

 Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

OBJETIVOS DE LA REAF, PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE ARTÍCULOS Y CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Objetivos y contenido de la REAF

La Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF) publica trabajos sobre autonomías políticas territoriales, de carácter pluridisciplinar, pero con predominio del ámbito jurídico-político.

2. Entrega de originales

Los trabajos que se publicarán en la REAF serán originales inéditos, salvo acuerdo expreso en otro sentido del IEA con el autor de un trabajo determinado.

Se aceptarán originales escritos en catalán, español, inglés, francés e italiano, y se publicarán en el idioma de recepción. Una vez aceptados para su publicación, pasarán a tener el copyright del Instituto de Estudios Autonómicos y en ningún caso podrán ser reproducidos sin su autorización.

Los artículos se enviarán, preferiblemente, por correo electrónico a <u>reaf@gencat.</u> cat. También podrán remitirse por correo postal, en papel y en soporte informático, a la sede del IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miguel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selección y evaluación de los artículos

Los textos recibidos se someterán a evaluación anónima (sistema de doble ciego) por parte de dos especialistas en el tema tratado (y, si procede, un tercero en caso de divergencia entre los anteriores sobre la publicabilidad del artículo), los cuales serán externos a la revista o pertenecientes a sus consejos de redacción y científico. La REAF remitirá las evaluaciones al autor

Los informes de evaluación tendrán en cuenta, entre otros factores:

- la solidez y coherencia metodológica
- la originalidad y las novedades aportadas por el artículo en su campo
- la coherencia y estructuración del artículo
- la argumentación de las tesis defendidas
- la corrección y completud de las fuentes y la bibliografía utilizadas

Si las evaluaciones aconsejan la introducción de cambios en el original, la aceptación definitiva del artículo quedará condicionada a la aceptación por parte del autor de los cambios que se consideren oportunos.

El formulario de evaluación se puede consultar en el web de la REAF, dentro del web del IEA (www.gencat.cat/iea).

4. Criterios generales de presentación de originales

Una vez evaluado y aceptado, el IEA se reserva el derecho de modificar cualquier elemento formal del trabajo con el fin de dar coherencia global a la revista, dada su condición de publicación periódica, adecuando el texto a estas normas de redacción de originales.

Se puede pedir al/la autor/a una corrección (limitada a errores referentes al original aceptado) de pruebas de imprenta, las cuales deberán ser devueltas al IEA en el plazo de 72 horas.

a) Extensión y formato

El trabajo se realizará en Word y su extensión tendrá un mínimo de 20 y un máximo de 35 páginas de 30 líneas a 70 espacios (unos 45.000-75.000 caracteres con espacios, aprox.), con tipografía Arial (o similar) de tamaño 12 para el texto principal (con interlineado 1,5) y 10 para las notas (con interlineado 1).

Junto con el trabajo, deberá enviarse:

- Un currículum breve (350-400 caracteres con espacios) y los datos personales siguientes: dirección profesional, teléfono y e-mail.
- Un resumen (1.000-1.300 caracteres con espacios) del artículo, en el idioma original y en inglés. El resumen deberá incluir, en cualquier caso, el tema general y el objeto concreto del artículo; la estructura del desarrollo de este objeto en el artículo y las principales conclusiones.
- Una relación de entre cuatro y ocho palabras clave.

b) Título, apartados y sumario

El título debe indicar de modo conciso el contenido del trabajo, el cual puede completarse con un subtítulo de información complementaria. Si el trabajo se divide en apartados y subapartados, éstos deben indicarse mediante numeración arábica, hasta un máximo de dos niveles (p. ej., 1.2).

Al artículo le precederá un sumario con los distintos apartados de su estructura.

c) Acrónimos, siglas y citas

Cuando se escriba por primera vez un acrónimo o una sigla debe consignarse entre paréntesis su significado completo. Las citas literales introducidas en el texto deben entrecomillarse, y en ningún caso usar la cursiva (aunque se trate de una lengua diferente a la del trabajo). En general, una cita de más de cinco líneas deberá reproducirse en párrafo aparte, sangrado y sin comillas. Cualquier cambio que se introduzca en una cita original se indicará entre corchetes.

Los recursos para destacar palabras o expresiones son la cursiva o las comillas, por lo tanto, se evitará el uso de mayúsculas o negrita.

d) Notas

Es conveniente limitar el uso de las notas, todas ellas irán a pie de página, numeradas con caracteres arábigos y en superíndice.

Las referencias consignadas en notas a pie de página tendrán el formato siquiente:

Cuando se cite una obra por primera vez.

Nombre, apellido/s del autor, "título del capítulo" o "título del artículo", título del libro o título de la revista, volumen, núm., lugar de edición, editorial, año de publicación, página/s.

Ejemplos:

Antoni Castells, Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

Cuando se cite una obra anteriormente citada:

Apellido/s del autor, título breve, año de publicación y página/s.

Ejemplos:

Castells, Les subvencions..., 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Listas de referencias

Al final de cada artículo de la REAF se publicará la lista de referencias (es decir, exclusivamente las fuentes y las obras citadas en el trabajo), ordenadas alfabéticamente por el apellido del autor. No se publicarán bibliografías generales.

La lista de referencias tendrá el formato que se indica en los ejemplos siguientes.

- Libros
 - CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics. 2004.

- Artículos de revista
 CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". Revista de Estudios de la Administración Local.
- Legislación y jurisprudencia
 Según la cita oficial en cada caso:
 Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

núm. 292, 2003, p. 123-162.

- STC 33/2005, de 17 de febrero.
- Publicación electrónica
 CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línea].

 Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulta: 10-03-2008].

REAF OBJECTIVES, PROCEDURE FOR THE SELECTION OF ARTICLES AND CRITERIA FOR THE PRESENTATION OF ORIGINALS

1. The objectives and content of the RFAF

The Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF) publishes works on devolved regional political entities, from many disciplines but mainly from the legal and political fields.

2. Reception of originals

Works to be published in the REAF should be unpublished originals, other than as agreed between the IEA and the author of a particular work.

Originals are accepted in Catalan, Spanish, English, French and Italian and are published in the language they are received in. Once accepted fro publication the Institut d'Estudis Autonòmics shall have the *copyright* to such articles and they may not be reproduced without prior authorization.

Articles should be sent preferably by email to <u>reaf@gencat.cat</u>. They can also be sent by post, in hard copy and soft copy, to the head office of the IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 8 – 08002 Barcelona.

3. Selection of articles and review

The texts received shall be submitted to anonymous review (double blind system) by two specialists in the issue (and, if necessary, a third in the event that there is divergence on the part of the first two on the suitability of the article for publication), who shall be external from the journal or may belong to its editorial and scientific boards. The REAF shall inform the author of the reviews.

The reviewer's comments shall take into account among other factors:

- Methodological solidity and coherence
- Originality and novel ideas provided by the article in its field
- The coherence and structure of the article
- The argumentation of the thesis defended
- Correction and completeness of sources and bibliography used

If the reviewers suggest the introduction of changes to the original, final acceptance of the article will be conditional upon the acceptance of the author of the changes to be made.

The review form may be consulted on the web page of the REAF, on the IEA web site (www.gencat.cat/iea).

4. General criteria for the presentation of originals

Once reviewed and accepted the IEA reserves the right to modify any formal element of the work in order to give global coherence to the journal, given that it is a periodical, and adapted the text to these editorial rules on originals.

The author may be requested to provide a correction (limited to errors with regard to the original accepted) of the proofs, which should be returned to the IEA within 72 hours.

a) Extension and format

The work should be written in Word and have a minimum of 20 and a maximum of

35 pages of 30 lines of 70 spaces (45,000-75,000 characters with spaces, approx.), in Arial (or similar) size 12 for the main text (with line spacing of 1.5) and size 10 for footnotes (with single line spacing).

Along with the work the author should send:

- A brief curriculum vitae (350-400 characters with spaces) and the following personal details: processional address, telephone and e-mail.
- A summary (1,000-1,300 characters with spaces) of the article, in the original language and in English. In any event the summary should specify explicitly the general topic and the specific objective of the article; the structure of the development of this objective in the article and the main conclusions.
- A list of between four and twenty key words.

b) Title, sections and summary

The title should concisely indicate the content of the work, and may be completed with a complementary informative subtitle. If the work is divided into sections and subsections, these should be numbered with Arabic numerals, to a maximum of two levels (e.g., 1.2).

The article shall be preceded by a summary of the various sections into which it is divided.

c) Acronyms, initials and quotations

When an acronym or initials are written for the first time the complete meaning should be included in brackets.

Literal quotations inserted in the text shall be in inverted commas, and never in italics (even if they are in a language different to that of the work itself). In general, a quotation of more than five lines should be a separate paragraph, indented and without inverted commas. Any change made in an original quotation shall be indicated in square brackets.

The resources to highlight words or expressions are italics or inverted commas, and therefore capitals and bold type should be avoided.

d) Footnotes

Footnotes should be kept to a minimum, all of which should come at the foot of the page, and be numbered with Arabic characters and in superscript.

References in footnotes shall have the following form:

 When a work is cited for the first time: Name, surname/s of the author, "chapter title" or "title of the article", title of the book or title of the journal, volume, number, place of publication, publisher, year of publication, pages.

Examples:

Antoni Castells, Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes, Barcelona, IEA, 2004, p. 27-31.

Pedro Cruz Villalón, "La reforma del Estado de las autonomías", Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, Barcelona, IEA, 2, 2006, p. 13-15.

 When a previously cited work is cited:

Surname/s of the author, short title, year of publication and pages.

Examples:

Castells, Les subvencions..., 2004, p. 27-31.

Cruz Villalón, "La reforma...", 2006, p. 13-15.

e) Lists of references

At the end of each article in the REAF a list of references (that is only the sources and the works referred to in the text), ordered alphabetically by the author's surname. General bibliographies will not be published.

The list of references shall take the form below.

- Books
 - CASTELLS, Antoni (dir.) (et al.). Les subvencions d'anivellament en el finançament de les comunitats autònomes. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2004.
- Articles from journals
 CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los gru-

- pos políticos municipales". Revista de Estudios de la Administración Local, núm. 292, 2003, p. 123-162.
- Legislation and case law According to the official citation in each case:
 Llei 8/2005, de 8 de juny, de protecció, gestió i ordenació del paisatge.
 STC 33/2005, de 17 de febrer.
- Electronic publications
 CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [online].
 Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, núm. 2 (April 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.
 URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaf2%20CRUZdigi_tcm112-40009.pdf [Consulted: 10-03-2008].

NÚMEROS ANTERIORS DE LA REAF

- Núm. 1 Octubre 2005. Articles de: Tania Groppi Xavier Arbós Marín José Luis Cascajo Castro Jacques Ziller Carles Viver Pi-Sunyer José Antonio Montilla Martos Jaume Magre Ferran.
- Núm. 2 Abril 2006. Articles de: Anna Gamper Cesáreo R. Aguilera de Prat Pedro Cruz Villalón Miguel Ángel Aparicio Pérez Paloma Requejo Rodríguez Ricard Zapata-Barrero Marc Vilalta Reixach.
- Núm. 3 Octubre 2006. Articles de: Richard Simeon / Luc Turgeon Ramón Maiz Núria Bosch Roca – Ramon Galindo Caldés – Eduard Roig Molés – Marta Espasa Queralt – Alejandra Betanzo de la Rosa – Anna M. Pla Boix – Carolina Gala Durán.
- Núm. 4 Abril 2007. Articles de: Antonio D'Atena Ferran Requejo David Ordóñez Solís Iñaki Lasagabaster Herrarte Pablo Santolaya Machetti Eva Nieto Garrido Susana Beltrán García Santiago Farré Tous.
- Núm. 5 Octubre 2007. Articles de: Miquel Caminal Badia Manuel Cienfuegos Mateo Miguel Ángel Presno Linera – Enriqueta Expósito – Ignacio Villaverde Menéndez – Marcos Gómez Puente – Mercè Corretja i Torrens – Jordi Capo Giol / Joan Marcet Morera – Ángeles de Palma del Teso.
- Núm. 6 Abril 2008. Articles de: John Kincaid Josep Mª Castellà Andreu Manuel Medina Guerrero – María Dolores Arias Abellán – Montserrat Ballarín i Espuña – Marcos Almeida Cerreda – Xavier Padrós – Ferran Armengol i Ferrer – Xavier Bernadí Gil – Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.
- Núm. 7 Octubre 2008. Articles de: Alain Noël Luis Pomed Sánchez Joaquín Tornos Mas Miguel Ángel Cabellos Espiérrez Juli Ponce Solé Vicenç Aguado i Cudolà Miquel Salvador Carlos Ruiz Miquel.
- Núm. 8 Abril 2009. Articles de: Hans-Peter Schneider José Martín y Pérez de Nanclares / Mariola Urrea Corres – Lorena Elvira Ayuso – Luis Moreno – Eva Pons / Jaume Vernet – Tomàs Font i Llovet / Marc Vilalta Reixach – Cristina Ares Castro-Conde – Francisco Alemán Páez – Ramon J. Moles Plaza / Anna Garcia Hom.
- Núm. 9 Octubre 2009. Articles de: Alain-G. Gagnon / Xavier Dionne Thomas Fleiner Antonio
 M. Hernández Miguel Azpitarte Sánchez Maribel González Pascual Alberto López
 Basaguren Amelia Pascual Medrano Alfredo Galán Galán Andrés García Martínez.
- Núm. 10 Abril 2010. Articles de: Peter Bußjäger Antonio Arroyo Gil Neus París i Domènech, Mercè Corretja Torrens – Antoni Milian i Massana – Anna M. Pla Boix – Joaquín Urías – José Luis Blasco Díaz – Mariano Bacigalupo Saggese – Javier Astudillo Ruiz.



SUMARI

THE MEANING OF CANADIAN FEDERALISM IN QUÉBEC: CRITICAL REFLECTIONS

Guy Laforest

DEVOLUTION AND INDEPENDENCE IN THE UNITED KINGDOM: THE CASE OF SCOTLAND

Montserrat Guibernau

EL NIVEL SUPRAMUNICIPAL DE GOBIERNO LOCAL EN ALEMANIA Ricard Gracia Retortillo

PARADOXES OF FEDERALISM?: POLITICAL INSTITUTIONS AND FISCAL DECENTRALIZATION IN ARGENTINA AND SPAIN Jorge P. Gordin

LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DE 2009
Ana Herrero Alcalde, Jesús Ruiz-Huerta Carbonell, Carmen Vizán Rodríguez

LOS CONVENIOS DE COOPERACIÓN ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS: MARCO NORMATIVO Y PROPUESTAS DE REFORMA

Javier Tajadura Tejada

AUTORIZACIONES, COMUNICACIONES PREVIAS Y DECLARACIONES RESPONSABLES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Julio V. González García

DE NOU SOBRE LA DISTRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN MATÈRIA D'ENERGIES RENOVABLES: ASPECTES GENERALS I ÀMBITS PROBLEMÀTICS

Gerard Martín i Alonso

LLENGUA I IMMIGRACIÓ A L'ESTAT AUTONÒMIC I A CATALUNYA: UNA APROXIMACIÓ JURÍDICA

Eva Pons Parera



ISSN 1886-2632

