

Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 7 - Octubre 2008



**Revista d'Estudis
Autonòmics i Federals**

Núm. 7 - Octubre 2008

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
jroque@gencat.cat

La REAF no s'identifica
necessàriament amb el contingut
dels articles.

Disseny gràfic

Marquès Art Gràfic, S.L.

Maquetació i impressió

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

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 i cap de l'Àrea de Recerca
de l'Institut d'Estudis Autonòmics*

Comitè de Redacció

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

Markus González Beilfuss
*Professor titular de Dret
Constitucional de la Universitat de
Barcelona i lletrat del Tribunal
Constitucional*

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*

Dipòsit legal: B-15288/05



Revista d'Estudis Autonòmics i Federals

Núm. 7 - Octubre 2008

ISSN 1886-2630

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

Carlos Closa Montero
Professor titular de Ciència Política de la Universitat de Saragossa i subdirector general d'Estudis i Investigació del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

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

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 Autònoms*

Sumari

FÉDÉRALISME D'OUVERTURE ET POUVOIR DE DÉPENSER AU CANADA	
Alain Noël	10
LA POTESTAD SUBVENCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO	
Luis Pomed Sánchez	37
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 247/2007 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	
Joaquín Tornos Mas.	79
LA RELACIÓN DERECHOS-ESTADO AUTONÓMICO EN LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO VALENCIANO	
Miguel Ángel Cabellos Espiérrez	106
LA COMPETENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA A LA LUZ DEL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA Y DE LA LEY CATALANA 18/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DEL DERECHO A LA VIVIENDA	
Juli Ponce Solé	145
LA LEY CATALANA DE SERVICIOS SOCIALES: ¿NUEVOS DERECHOS DE CIUDADANÍA EN EL ESTADO AUTONÓMICO?	
Vicenç Aguado i Cudolà	196
INNOVACIÓ INSTITUCIONAL I CAPACITATS DE GESTIÓ A L'ADMINISTRACIÓ AUTONÒMICA: EL CAS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA	
Miquel Salvador	236

**LA PROPUESTA MARROQUÍ DE
AUTONOMÍA PARA EL SÁHARA
OCCIDENTAL DE 2007: UNA ANTIGUA
PROPUESTA SIN CREDIBILIDAD**

Carlos Ruiz Miguel. 268

Autors

Vicenç Aguado i Cudolà

Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona. És autor de diverses obres sobre procediment i justícia administrativa, sancions, seguretat pública, serveis socials i immigració. Dirigeix el Projecte I+D+i *Drets de la ciutadania, integració social i mobilitat de persones a la Unió Europea: cap a un nou sistema de serveis socials i educatius*, del Ministeri d'Educació i Ciència (SEJ2006-01633/JURI).

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

Professor titular de Dret Constitucional de la Universitat de Girona. És autor, entre altres obres, de *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*; "La adecuación del Poder Judicial al modelo de Estado"; "Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán", i "La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las CCAA a partir del artículo 149.1.1 CE". És cap de l'Àrea de Recerca de l'Institut d'Estudis Autonòmics.

Alain Noël

Professor titular de Ciència Política de la Universitat de Montreal. Les seves investigacions se centren en les polítiques socials i en el federalisme des d'una perspectiva comparada i, de manera més general, en la política al Canadà i al Quebec. En col·laboració amb Jean-Philippe Thérien, acaba de publicar *Left and Right in Global Politics*.

Luis Pomed Sánchez

Professor titular de Dret Administratiu i lletrat de carrera del Tribunal Constitucional. És autor de diferents treballs relacionats específicament amb la incidència de l'exercici de la potestat subvencionadora en l'ordre de distribució de competències.

Juli Ponce Solé

Professor titular de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona. Ha estat director de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya i *visiting professor* a la Universitat de Denver. Les seves línies de recerca s'orienten bàsicament cap a l'estudi del dret administratiu (amb especial atenció al dret a una bona administració i les seves implicacions respecte a diferents institucions jurídiques), el dret urbanístic i el dret de l'habitatge. És director d'un projecte d'investigació finançat pel Ministeri d'Educació i Ciència, i autor de diferents monografies i articles publicats en revistes espanyoles, europees i nord-americanes.

Carlos Ruiz Miguel

Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Santiago de Compostel·la. En matèria de dret autonòmic i, específicament, del dret i la política del nord d'Àfrica, ha publicat els llibres *O Dereito Público de Galicia* i *El Sáhara Occidental y España. Historia, Política y Derecho*, i diferents articles, com ara "La indefensión jurisdiccional del poder constituyente", "El largo camino jurídico y político hacia el plan Baker II: ¿estación de término?" i "El acuerdo de pesca UE-Marruecos o el intento español de considerar a Marruecos como 'potencia administradora' del Sahara Occidental".

Miquel Salvador

Professor lector del Departament de Ciències Polítiques i Socials de la Universitat Pompeu Fabra. És doctor en Ciència Política i de l'Administració, màster en Teoria Política i Social per la Universitat Pompeu Fabra, llicenciat en Ciències Polítiques i Sociologia, i màster en Gestió Pública per la Universitat Autònoma de Barcelona. Els seus camps d'especialització són l'organització i la gestió de recursos humans a les administracions públiques i el govern electrònic.

Joaquín Tornos Mas

Llicenciat en Dret i en Ciències Econòmiques per la Universitat de Barcelona i doctor en Dret per la Universitat de Bolonya. És catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona, de la Facultat de Dret de la qual fou degà, i expresident del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya. És autor de nombroses publicacions en matèria de dret administratiu, amb especial atenció a l'organització territorial, la justícia i el dret administratiu econòmic.

FÉDÉRALISME D'OUVERTURE ET POUVOIR DE DÉPENSER AU CANADA

Alain Noël

Professeur titulaire de science politique
Université de Montréal

SUMARIE: 1. Une fédération multinationale contestée. – 2. Déséquilibre fiscal et union sociale. – 3. Le fédéralisme d'ouverture. – 4. Limiter un pouvoir qui n'existe pas. – 5. Conclusion. – *Resum-Resumen-Abstract.*

Pendant la campagne électorale de décembre 2005 - janvier 2006, le chef du Parti conservateur, Stephen Harper, s'est engagé à rompre avec le fonctionnement « dominateur » et « paternaliste » des gouvernements précédents et à mettre en pratique « un nouveau fédéralisme d'ouverture ». Pour Harper, il s'agissait de renouer avec la tradition canadienne, en respectant davantage la division des pouvoirs établie par la constitution, en travaillant en collaboration avec des gouvernements provinciaux plus autonomes, et en reconnaissant les responsabilités institutionnelles et culturelles particulières du Québec. Concrètement, ces principes impliquaient de corriger le déséquilibre fiscal entre Ottawa et les provinces, de limiter le recours à l'argument du pouvoir fédéral de dépenser, et de prendre des mesures pour reconnaître la spécificité du Québec.¹

Ce discours électoral a bien été reçu tant au Québec que partout ailleurs au Canada, et a contribué à la courte victoire du Parti conservateur le 23 janvier 2006. Il annonçait également un nouveau mode de gouvernance qui, sans engager de grandes réformes, allait changer la dynamique des relations intergouvernementales et renouveler les débats publics au sein de la fédération canadienne.

Article reçu le 02/07/2008; accepté le 30/07/2008.

1. Stephen Harper, « La main tendue – Allocution devant la Chambre de commerce de Québec, 19 décembre 2005 », *Options politiques*, vol. 27, no. 3, mars 2006, pp. 10-12 (www.irpp.org).

Assez rapidement, le gouvernement Harper s'est attaqué au déséquilibre fiscal, en recentrant les priorités fédérales, en améliorant les transferts sociaux aux provinces et en réformant le programme de péréquation. Le problème n'a pas été résolu, mais ses manifestations les plus préoccupantes ont été atténuées. Sur le plan symbolique, les Conservateurs ont également fait un pas, en introduisant avec succès une motion qui amenait la Chambre des communes à reconnaître presque unanimement que « les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni ». Parallèlement, ils se sont engagés à imposer « des limites explicites à l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser », une promesse toutefois plus difficile à concrétiser. La volonté conservatrice de réformer un Sénat non élu et peu légitime a également donné lieu à quelques gestes, mais elle s'est vite heurtée au besoin, dans ce cas, d'amender la constitution, ce qui est particulièrement difficile au Canada.

Afin de prendre la mesure du « fédéralisme d'ouverture » pratiqué par les Conservateurs, il convient de revenir sur les fondements du régime politique canadien et sur les années qui ont suivi le cycle de débats constitutionnels qui s'est terminé avec le référendum de Charlottetown en 1992. Définies par l'échec de toutes les tentatives de réformes constitutionnelles des années précédentes et par le choc de la quasi victoire du oui lors du référendum québécois de 1995 sur la souveraineté, ces années, pendant lesquelles le Parti libéral était au pouvoir à Ottawa, ont donné lieu à un durcissement très net des politiques fédérales envers le Québec et une forte tendance à la centralisation. C'est justement ce durcissement qu'Harper remettait en question lors de la campagne électorale de 2005-2006. Dans cette perspective, son « fédéralisme d'ouverture » représentait plus un retour du balancier qu'un virage fondamental. Les réformes réalisées par les Conservateurs ont été plutôt bien reçues bien qu'elles soient restées modestes et, en définitive, dans la continuité des pratiques antérieures. Elles ont passé outre, notamment, aux grands enjeux définis par plusieurs décennies de débats sur la nature de la fédération canadienne. Les hésitations du gouvernement autour du pouvoir de dépenser ont à cet égard été révélatrices.

Cet article traite en premier lieu et brièvement les fondements du régime politique canadien, en soulignant l'importance de la division des pouvoirs et des ressources financières dans une fédération multinationale comme le Canada. Ensuite, il trace un bilan des années au pouvoir du Parti libéral, de 1993 à 2006, années marquées

par un important déséquilibre fiscal et un recours fréquent à l'argument du pouvoir fédéral de dépenser. La partie suivante présente les mesures adoptées par le gouvernement Harper en vue de réduire, ou corriger, ce déséquilibre fiscal. Finalement, la dernière partie aborde de manière plus spécifique le pouvoir fédéral de dépenser, un pouvoir qui n'est établi ni par la constitution, ni par la jurisprudence, mais qu'Ottawa continue néanmoins de revendiquer et d'évoquer. La conclusion esquisse un bilan provisoire du fédéralisme d'ouverture, après deux ans de pouvoir conservateur.

1. Une fédération multinationale contestée

Deux objectifs distincts ont présidé, selon le politologue Arend Lijphart, à la naissance des fédérations. Dans certains cas, comme aux États-Unis, en Australie ou en Allemagne, il s'agissait de gouverner démocratiquement un grand pays, en établissant des contrepoids au pouvoir central et des mécanismes permettant l'autonomie locale. Dans d'autres cas, comme en Suisse, au Canada ou en Belgique, le fédéralisme avait en outre pour but d'accommoder une ou plusieurs minorités nationales, en leur accordant une reconnaissance, une autonomie, des protections ou des pouvoirs spécifiques.²

Avec le temps, les fédérations du premier type, qui peuvent être appelées des fédérations territoriales, ont évolué comme des régimes à peu près unitaires mais décentralisés, qui favorisent un traitement égal pour tous les citoyens. Aux États-Unis, par exemple, l'opposition entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, à Washington même, est devenue beaucoup plus déterminante que l'évolution des relations intergouvernementales. En Allemagne, les attentes d'une société très homogène et le principe d'égalité inscrit dans la *Loi fondamentale* de 1949 ont mandaté des politiques et des normes sociales très uniformes, que les Länder ne songent pas vraiment à remettre en cause.³

2. Arend Lijphart, *Patterns of Democracy : Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven, Yale University Press, 1999, p. 195.

3. Steffen Schneider, « Labour Market Policy and the Unemployment Crisis in the Federal Republic of Germany : Institutional Sclerosis or Corporatist Renewal? », dans Alain Noël (ed.), *Federalism and Labour Market Policy: Comparing Different Governance and Employment Strategies*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004, pp. 83-142.

Dans les fédérations multinationales, en revanche, la division des pouvoirs et le partage des ressources ont gardé davantage d'importance politique et les entités fédérées sont restées plus autonomes. En Suisse, par exemple, les cantons ont préservé une grande capacité de mener des politiques distinctes et ils agissent sur plusieurs plans tel que, pour reprendre l'expression consacrée, de véritables « laboratoires de la démocratie ». ⁴ En Belgique, la fédéralisation graduelle des institutions a engendré d'importants débats autour de la division des pouvoirs et des ressources, au point de rendre difficile la gouvernance fédérale et le développement de politiques publiques communes. ⁵

La frontière entre les deux types de fédérations n'est toutefois pas claire et nette. D'une part, plusieurs fédérations territoriales comportent des minorités nationales qu'elles ne reconnaissent pas pleinement. On peut penser, par exemple, aux peuples autochtones de l'Australie et des États-Unis. ⁶ D'autre part, les fédérations multinationales fonctionnent souvent sur un mode territorial ou majoritaire, niant en pratique les compromis qui leur ont donné naissance. C'est le cas du Canada.

La nature du régime fédéral canadien a toujours été contestée. En effet, ce n'est qu'implicitement et indirectement que le pays est devenu une fédération multinationale. ⁷ Du point de vue légal et constitutionnel, il s'agit plutôt d'une fédération territoriale, qui ne fait pas de distinction entre les différentes provinces et ne reconnaît pas formellement de nations internes. Les autochtones et les Québécois ont recours à l'histoire pour plaider en faveur d'un ordre constitutionnel multinational ; toutefois, le droit et la politique ne leur donnent pas toujours raison.

4. Herbert Obinger, « The Swiss Experience in the 1990s », in Noël (ed.), *Federalism and Labour Market Policy*, pp. 143-79.

5. Ronald L. Watts, *Comparing Federal Systems*, Third edition, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2008, pp. 43-45; Anton Hemerijck, Brigitte Unger et Jelle Visser, « How Small Countries Negotiate Change : Twenty-Five Years of Policy Adjustment in Austria, the Netherlands, and Belgium », dans Fritz W. Scharpf et Vivien A. Schmidt (eds.), *Welfare and Work in the Open Economy; Volume II : Diverse Responses to Common Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 248.

6. Alain G. Gagnon, *Au-delà de la nation unificatrice : plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Barcelone, Institut d'Estudis Autonòmics, 2007, pp. 14-15.

7. Michael Asch, *Home and Native Land: Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen, 1984, p. 83.

En 1867, la situation semblait pourtant claire. Les hommes politiques qui avaient négocié de nouvelles institutions pour l'Amérique du Nord britannique s'étaient résignés à créer une fédération car le régime unitaire préféré par plusieurs leur semblait incompatible avec la nature du pays. John A. Macdonald, un des pères fondateurs du nouveau pays et premier dirigeant de ce dernier ne laissait aucun doute sur ses préférences et les contraintes auxquelles il était confronté :

« J'ai toujours déclaré que, si nous pouvions avoir un gouvernement et un parlement pour toutes les provinces, nous aurions le gouvernement le meilleur, le moins dispendieux, le plus vigoureux et le plus fort. Mais, en étudiant la question comme nous l'avons fait à la conférence [...], nous avons trouvé que ce système était pratiquement impossible. D'abord, il ne saurait rencontrer l'assentiment du peuple du Bas-Canada, qui sent que, dans la situation particulière où il se trouve, comme minorité parlant un langage différent et professant une foi différente de la majorité du peuple sous la confédération, ses institutions, ses lois, ses associations ancestrales, qu'il estime hautement, pourraient avoir à en souffrir. On a compris que toute proposition qui impliquerait l'absorption de l'individualité du Bas-Canada [...] ne serait pas reçue avec faveur par sa population. »⁸

À défaut d'un gouvernement unitaire, les hommes politiques canadiens ont finalement accepté de créer une fédération. Celle-ci était aussi centralisée que possible dans les circonstances et en principe symétrique et indifférenciée, mais il s'agissait tout de même d'une fédération, conçue pour satisfaire le désir d'autonomie d'un peuple minoritaire.

Toutefois, des mouvements se sont très rapidement dessinés en vue d'interpréter l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, donnant naissance à la fédération, comme la constitution d'une nouvelle nation, unie par une vision commune. Dans la presse anglophone, notamment, les appels étaient nombreux à la création d'un État fort au

8. John A. Macdonald, « Discours à l'Assemblée législative du Canada, 6 février 1865 », dans Janet Ajzenstat, Paul Romney, Ian Gentles, William D. Gardner, Stéphane Kelly et Guy Laforest (dir.), *Débats sur la fondation du Canada*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 309-310.

service d'une nationalité unique.⁹ Au Québec, en revanche, la nouvelle fédération était plutôt vue comme un arrangement assurant la pérennité d'une nation interne distincte, « un pays canadien-français autonome contrôlé par les Canadiens-français ». Loin de mettre au monde un nouveau peuple canadien, le compromis de 1867 devait assurer à cette ancienne nation « la plus grande *souveraineté* provinciale possible [...] jumelée à un minimum d'*association* fédérale ». ¹⁰

La lecture majoritaire de la situation insistait sur l'importance des pouvoirs attribués au gouvernement fédéral et sur l'absence de reconnaissance formelle d'une quelconque spécificité québécoise. De ce point de vue, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'était pas un pacte, mais bien une entente entre des « gentlemen » visant à créer un pays neuf. La lecture minoritaire soulignait au contraire la continuité historique dans laquelle s'inscrivaient ces nouvelles institutions et la nécessité, dans cette optique, de mettre en place deux ordres de gouvernement partageant la souveraineté et reconnaissant un minimum d'asymétrie en vue de tenir compte de la spécificité du Québec.¹¹

Les premières décennies du nouveau régime ont donc donné lieu à de nombreux débats sur le sens à donner à la fédération canadienne, inspirés notamment par le sort des minorités francophones à l'extérieur du Québec. Dans un contexte où le rôle de l'État demeure modeste et où la vie sociale et politique se définit largement sur le plan local, les pressions vers la centralisation restent toutefois limitées. Les décisions du Comité judiciaire du Conseil privé, instance britannique servant de cour de dernière instance pour le Canada, entérinent en général cet état de fait, en appelant le gouvernement fédéral à respecter la division des pouvoirs établie par la constitution, au grand dam des partisans d'une plus grande centralisation.

La Grande dépression des années 1930 et la Seconde guerre mondiale changent cependant la donne. Tout d'abord, la crise éco-

9. Arthur I. Silver, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, Second edition, Toronto, University of Toronto Press 1997, pp. 221 et 250-51.

10. *Ibid.*, pp. 218-19 (notre traduction; italique dans l'original).

11. Alain-G. Gagnon et Raffaele Iacovino, *De la nation à la multination : les rapports Québec-Canada*, Montréal, Boréal, 2007, pp. 40-43 et 94-98.

nomique marque l'échec du modèle non-interventionniste libéral et souligne les limites de la gouvernance provinciale face à une récession d'envergure internationale. Une commission d'enquête mise sur pied par le gouvernement fédéral, la Commission Rowell-Sirois, propose en 1940 une approche plus interventionniste et centralisée, qui requiert d'amender la constitution pour céder au fédéral les compétences sur l'assurance-chômage et les pensions de vieillesse, et de modifier la répartition des ressources afin qu'Ottawa dispose de l'ensemble des impôts. En retour, le gouvernement fédéral devait offrir aux provinces des transferts à la mesure de leurs besoins.¹² Les compétences sur l'assurance-chômage et les pensions de vieillesse sont effectivement attribuées au gouvernement fédéral par amendement constitutionnel en 1940 et 1951, et une entente en 1942 alloue l'ensemble des impôts à Ottawa, en principe temporairement afin de soutenir l'effort de guerre, mais en définitive ce sera pour de bon.

L'après-guerre devient donc une période de forte centralisation. Le gouvernement fédéral récolte dorénavant l'essentiel des revenus et, s'inspirant des préceptes keynésiens et de la nouvelle notion d'Etat Providence, établit d'importants transferts en faveur des citoyens (assurance-chômage, allocations familiales, sécurité de la vieillesse) et des provinces (péréquation). Allant même au-delà de ce que recommandait la Commission Rowell-Sirois, le gouvernement fédéral dicte ses normes dans plusieurs domaines de compétence provinciale – comme les soins de santé, l'éducation post-secondaire et l'assistance sociale – en établissant des programmes à frais partagés qui offrent des fonds aux provinces à condition qu'elles respectent des critères précis. C'est dans ce contexte que l'argument du pouvoir fédéral de dépenser dans des domaines de compétence provinciale fait surface et est explicitement articulé.¹³

Contrairement à ce qui prévaut dans d'autres fédérations, en Australie notamment, un pouvoir fédéral de dépenser dans les domaines de compétence provinciale n'est aucunement reconnu dans la

12. Dennis Guest, *The Emergence of Social Security in Canada*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1980, pp. 91-92.

13. Andrew Petter, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power », *Canadian Bar Review*, vol. 68, no. 3, September 1989, pp. 451-54.

constitution canadienne. Cet instrument ne figure ni dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, ni dans ses amendements ultérieurs. La jurisprudence canadienne n'établit pas non plus expressément un tel pouvoir, ce qui est le cas par exemple aux États-Unis. Cette absence de fondement constitutionnel n'est certainement « pas le fruit du hasard », notait en 2002 une commission d'enquête créée par le gouvernement du Québec.¹⁴ En effet, dans les fédérations multinationales, les minorités se méfient de la centralisation et refusent en général la création d'instruments permettant au gouvernement fédéral de contourner la division constitutionnelle des pouvoirs en s'appuyant sur les préférences de la majorité.

Le gouvernement du Québec a réagi exactement de cette façon. Dans l'après-guerre, lorsque Ottawa a commencé à évoquer de façon récurrente un pouvoir fédéral de dépenser qui était inexistant dans la constitution, le Québec a vigoureusement contesté cette pratique, qui vidait de son sens la division des pouvoirs. En revanche, les autres gouvernements provinciaux et la plupart des experts du Canada anglais ne s'y sont guère opposés.¹⁵ Au Canada, l'opinion majoritaire était en fait favorable à ce recours au pouvoir de dépenser. Après tout, comme le note le juriste Andrew Petter, « la raison d'être » de cet instrument était justement « de permettre à des majorités nationales d'établir des priorités et de décider des politiques publiques dans des domaines de compétence attribués par la constitution à des majorités régionales ». ¹⁶ Les juristes canadiens se sont donc livrés à « toutes sortes de contorsions intellectuelles » afin de justifier une pratique qui les arrangeait, même si celle-ci s'avérait contraire à l'esprit et à la lettre de la constitution.¹⁷

Pour étoffer son opposition, le gouvernement québécois a mis sur pied en 1953 une commission d'enquête dont l'objectif était de faire le point sur une évolution qui avantageait de plus en plus le gou-

14. Commission sur le déséquilibre fiscal, *Rapport. Pour un nouveau partage des ressources fiscales au Canada*, Québec, Commission sur le déséquilibre fiscal, 2002, p. 127 (www.des-equilibrefiscal.gouv.qc.ca).

15. Petter, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power », p. 453.

16. *Ibid.*, p. 465.

17. Marc-Antoine Adam, « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », *Bulletin québécois de droit constitutionnel*, numéro 4, à paraître, hiver 2009 (www.aqdc.org).

vernement fédéral. Trois ans plus tard, la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (Commission Tremblay) présentait un rapport proposant une meilleure distribution des ressources fiscales entre les deux ordres de gouvernement et critiquant sévèrement tant l'argument du pouvoir de dépenser que l'explosion des dépenses fédérales conditionnelles dans des domaines de compétence provinciale. « À quoi bon », écrivaient les commissaires, « un minutieux partage des pouvoirs législatifs, si l'un des gouvernements peut le contourner et en quelque sorte l'annuler par son mode de taxation et sa manière de dépenser ? ».¹⁸

Sans attendre la fin des travaux de la Commission, le gouvernement de Maurice Duplessis a introduit son propre impôt sur le revenu en 1954, afin de consolider l'autonomie financière du Québec. Selon l'économiste Thomas Courchene, cette décision était l'une des plus marquantes de l'histoire du fédéralisme au Canada. Elle concernait non seulement le pouvoir de lever des impôts mais également, et implicitement, le pouvoir de dépenser pour des fins provinciales, que le gouvernement du Québec était déterminé à se réserver.¹⁹

Le débat a pris un nouveau tour avec la Révolution tranquille québécoise qui, à partir de 1960, a mené au pouvoir des gouvernements réformistes et interventionnistes, faisant une lecture plus ambitieuse des recommandations de la Commission Tremblay. Il ne s'agissait plus simplement de résister aux intrusions fédérales, mais également et surtout de développer des instruments d'intervention propres au Québec.

Au départ, le gouvernement fédéral s'est montré ouvert, acceptant même, sous le libéral Lester B. Pearson, que le Québec se retire, avec une compensation financière de certains programmes fédéraux. Toutefois, la position d'Ottawa s'est rapidement durcie. Pierre Elliott Trudeau, en particulier, devenu Premier ministre en 1968, a articulé les vœux de la majorité canadienne en refusant tout statut distinct

18. Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, *Rapport*, Volume II, Québec, 1956, p. 219.

19. Thomas J. Courchene, « Reflections on the Federal Spending Power : Practices, Principles, Perspectives », *IRPP Working Paper Series*, no. 2008-01, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, June 2008, p. 5 (www.irpp.org).

ou accommodement pour le Québec, et pratiquement toute décentralisation, symétrique ou asymétrique. L'idée d'un droit de retrait avec compensation financière, notamment, qui permettait au Québec de se soustraire à un programme à frais partagés, a été définitivement mise à l'écart.

Le conflit se poursuit dès lors autour de la constitution, que le gouvernement fédéral veut amender pour en faire une loi canadienne plutôt que britannique, dotée d'une formule explicite d'amendement. Le gouvernement du Québec, qui présumait avoir un droit de veto sur tout changement constitutionnel, pose alors comme condition une révision de la division des pouvoirs, qui conforterait sa maîtrise sur ses domaines de compétence.

Le débat se clôt soudainement en 1982, avec une réforme constitutionnelle convenue par tous les gouvernements excepté celui du Québec. En effet, l'Assemblée nationale du Québec voit ainsi ses pouvoirs réduits sans son consentement. La *Loi constitutionnelle de 1982* fait de la constitution une loi canadienne, définit une formule d'amendement et instaure une Charte canadienne des droits et libertés, tout cela sans l'accord du Québec. Au pouvoir à partir de 1984, les Conservateurs de Brian Mulroney feront deux tentatives de réformes afin d'obtenir l'assentiment du Québec, mais sans succès. L'Accord du Lac Meech échoue en 1990, faute d'obtenir l'appui de toutes les provinces, et l'Accord de Charlottetown est défait lors d'un référendum pancanadien en octobre 1992.

Fédération multinationale dans les faits, le Canada s'est ainsi donné une constitution de fédération territoriale, en phase avec les préférences de la majorité canadienne-anglaise. Adoptée sans l'accord du Québec et sans même respecter les règles qu'elle instaurait pour de futurs amendements, cette constitution s'avèrera pratiquement impossible à modifier par la suite.²⁰ Après l'échec de l'Accord de Charlottetown, tant les experts que les politiciens concluent qu'il ne serait tout simplement pas opportun de rouvrir le débat constitu-

20. Peter H. Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, Second edition, Toronto, University of Toronto Press, 1993, p. 121; Patrick Taillon, « Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme », *Cahier de recherche de l'Institut de recherche sur le Québec*, Montréal, IRQ, avril 2007, pp. 38-42 (www.irq.qc.ca).

tionnel.²¹ En 1993, les Libéraux reprennent le pouvoir et s'engagent à ne plus parler de constitution.

2. Déséquilibre fiscal et union sociale

Peu de temps après avoir pris le pouvoir en octobre 1993, les Libéraux de Jean Chrétien font face à deux défis majeurs. D'abord en septembre 1994, les souverainistes québécois, qui forment déjà l'opposition officielle à la Chambre des communes, reprennent le pouvoir au Québec, avec l'engagement de réaliser un référendum durant leur mandat. En même temps, la situation budgétaire du gouvernement fédéral devient très défavorable. La crise du peso mexicain en décembre 2004, la hausse des taux d'intérêt et les pressions à la baisse sur le dollar canadien rendent de plus en plus difficile le maintien d'un déficit budgétaire aussi élevé que dans les années récentes.²² Confiant de pouvoir gagner un référendum sur la souveraineté du Québec, le gouvernement Chrétien accorde alors la priorité à l'équilibre budgétaire.

En février 1995, le ministre des Finances Paul Martin présente un budget historique, tant par les coupes qu'il impose dans les dépenses fédérales prévues que par la reconfiguration majeure des transferts aux provinces qu'il annonce. Les grands transferts sociaux sont alors fusionnés dans un nouveau programme beaucoup moins généreux : le Transfert canadien pour la santé et les programmes sociaux (TCSPS). D'un seul coup, et avant même d'avoir établi des règles pour la croissance future ou la répartition de ce nouveau financement en bloc, le gouvernement fédéral réduit ses transferts aux provinces de 6 milliards de dollars. Ceux-ci passent de 18,5 milliards pour 1995-1996 à 12,5 milliards pour 1997-1998.²³ Pour la période allant de 1994-1995 à 2001-2002, l'effet cumulatif de ces compressions budgétaires

21. Alain Noël, « Democratic Deliberation in a Multinational Federation », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 9, no. 3, September 2006, pp. 424-25.

22. Edward Greenspon et Anthony Wilson-Smith, *Double Vision : The Inside Story of the Liberals in Power*, Toronto, Doubleday, 1996, pp. 168-70 et 235-36.

23. *Ibid.*, p. 238; Thomas J. Courchene, « Half-Way Home : Canada's Remarkable Fiscal Turnaround and the Paul Martin Legacy », *Policy Matters*, vol. 3, no. 8, 2002, p. 23 (www.irpp.org).

représente un manque à gagner de 36,9 milliards pour les provinces.²⁴ Pour le Québec, l'effet est encore plus prononcé, car à partir de 1999 les règles de répartition du TCSPS ne tiennent presque plus compte des besoins sociaux, ce qui pénalise davantage certaines provinces. Très rapidement, le gouvernement fédéral atteint l'équilibre budgétaire et dégage même des surplus qui deviendront de plus en plus importants. Ce redressement budgétaire se fait cependant « sur le dos des provinces », pour reprendre l'expression de Courchene.²⁵

Devant ce brusque virage des politiques fédérales, qui les laisse dans une situation budgétaire précaire, les gouvernements des provinces décident de se concerter et elles mettent en place un processus conjoint de réflexion sur le financement et la gestion des programmes sociaux. Les provinces demandent notamment un plus grand respect de la division des pouvoirs et la mise en place de mécanismes de décision conjointe et de règlement des différends afin de prévenir d'autres réformes fédérales unilatérales et de construire une véritable union sociale.

Au départ, le gouvernement du Québec se montre réticent. Défait de justesse lors du référendum d'octobre 1995 sur la souveraineté, le Parti québécois au pouvoir n'est guère enthousiaste face à ce qu'il perçoit comme « un autre exercice de pancanadianisme » qui pourrait avoir « pour conséquence de reconnaître au gouvernement fédéral des responsabilités dans la définition des politiques sociales », légitimant ainsi « les prétentions fédérales de longue date en cette matière ».²⁶

Le gouvernement de Lucien Bouchard se rallie néanmoins aux autres provinces lors de la rencontre de Saskatoon en août 1998. Deux facteurs militent en faveur de ce revirement. D'une part, les pressions sur le Québec s'intensifient. Fort de ses surplus budgétaires récurrents, le gouvernement fédéral manifeste de plus en plus d'intentions d'in-

24. Commission sur le déséquilibre fiscal, *Rapport*, p. 91.

25. Courchene, « Half-Way Home », p. 33.

26. Communiqués de presse et document du Cabinet du premier ministre, Québec, août 1996 et août 1997; cités dans Alain Noël, « Étude générale sur l'entente », dans Alain G. Gagnon (dir.), *L'union sociale canadienne sans le Québec : huit études sur l'entente-cadre*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 2000, p. 35.

tervenir dans les domaines de compétence des provinces. C'est le cas, notamment, avec la nouvelle prestation fiscale canadienne pour enfants, qui impose au Québec des normes et des mécanismes définis par Ottawa en collaboration avec les autres provinces. D'autre part, les autres gouvernements acceptent d'entériner la position québécoise sur la division des pouvoirs et le pouvoir fédéral de dépenser. La position commune des provinces, ébauchée à Saskatoon puis précisée à Victoria le 29 janvier 1999, stipule en effet – sans mentionner explicitement un pouvoir fédéral de dépenser que le Québec ne reconnaît pas – que « le gouvernement fédéral versera une pleine compensation financière à tout gouvernement provincial ou territorial qui choisit de ne pas participer à tout programme pancanadien, nouveau ou modifié, pour autant qu'il mette en œuvre un programme ou une initiative qui réponde aux domaines de priorités du programme pancanadien, nouveau ou modifié ». La dernière condition, requérant un investissement provincial dans un même domaine, constituait assurément une concession de la part du gouvernement du Québec, bien que celui-ci obtenait de cette façon le droit de retrait souvent recherché, en plus d'une garantie supplémentaire précisant que « les dépenses fédérales dans des domaines de compétence provinciale qui s'effectuent dans une province ou un territoire doivent recevoir le consentement de la province ou du territoire concerné ».²⁷

Le consensus des provinces demeurait cependant fragile, et il s'est effondré en quelques jours lorsque le gouvernement fédéral a mis de l'avant sa propre entente-cadre sur l'union sociale (ECUS). En ce qui concerne le pouvoir fédéral de dépenser en particulier, l'entente-cadre signée le 4 février 1999 par tous les gouvernements sauf celui du Québec représentait un virage à 180 degrés. On y retrouve rien de moins, selon le constitutionnaliste André Tremblay, qu'un « hommage au pouvoir fédéral de dépenser ».²⁸ Le gouvernement fédéral, tel que l'énonce cette entente, peut utiliser son pouvoir de dépenser « conformément à la constitution » ; cette utilisation étant jugée « essentielle au développement de l'union sociale canadienne », car elle permet de développer des « programmes sociaux nouveaux

27. Position commune des provinces, Victoria, 29 janvier 1999, citée dans André Tremblay, « Pouvoir fédéral de dépenser », dans Gagnon (dir.), *L'union sociale canadienne sans le Québec*, p. 202.

28. Tremblay, « Pouvoir fédéral de dépenser », p. 205.

et innovateurs ». ²⁹ Bien que l'entente soumette tout nouveau transfert aux provinces au consentement d'une majorité de gouvernements, ceux-ci pourraient ne représenter que 15 % de la population du pays et, surtout, cette procédure n'est assortie d'aucun droit de retrait véritable. ³⁰

L'entente-cadre de 1999 demeurait un document purement administratif, dénué de toute valeur constitutionnelle. Elle n'en reproduisait pas moins la dynamique de fond à l'œuvre dans la fédération canadienne depuis 1982, en vertu de laquelle la population majoritaire détermine un cadre de référence qui lui convient sans égard aux préoccupations du Québec, même si celles-ci font consensus à l'Assemblée nationale. ³¹

En tout état de cause, l'entente-cadre sur l'union sociale est rapidement tombée en désuétude. Ayant maté la fronde des provinces, le gouvernement fédéral a tout simplement cessé de s'y référer. Quant aux provinces, étant donné qu'elles avaient presque tout cédé, elles n'y ont pas non plus trouvé un instrument utile par la suite. ³²

Le débat s'est par conséquent recentré sur la cause première du problème, le déséquilibre fiscal entre Ottawa et les provinces. En effet, l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser, n'est possible que parce que le gouvernement fédéral dispose de ressources dont il n'a pas besoin pour assumer les responsabilités associées à ses propres compétences. ³³

29. « Un cadre visant à améliorer l'union sociale pour les Canadiens », dans Gagnon (dir.), *L'union sociale canadienne sans le Québec*, p. 267.

30. Noël, « Étude générale sur l'entente », p. 23; Tremblay, « Pouvoir fédéral de dépenser », pp. 211-12.

31. Alain Noël, « Without Quebec : Collaborative Federalism with a Footnote? », in Tom McIntosh (ed.), *Building the Social Union : Perspectives, Directions and Challenges*, Regina, Canadian Plains Research Center and Saskatchewan Institute of Public Policy, 2002, pp. 13-30; Gagnon, *Au-delà de la nation unificatrice*, pp. 143-45.

32. Alain Noël, « Les prérogatives du pouvoir dans les relations intergouvernementales », *Enjeux publics*, vol. 2, no. 6(f), novembre 2001, pp. 12-14 (www.irpp.org); Alain Noël, France St-Hilaire et Sarah Fortin, « Learning from the SUFA Experience », in Sarah Fortin, Alain Noël et France St-Hilaire (eds.), *Forging a Canadian Social Union: SUFA and Beyond*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, pp. 1-29.

33. Courchene, « Reflections on the Federal Spending Power », p. 6.

« L'argent est à Ottawa, les besoins sont dans les provinces » disait souvent le premier ministre québécois Bernard Landry pour résumer la situation au début des années 2000. Au printemps 2001, il nomme l'ancien ministre libéral du Revenu Yves Séguin à la tête d'une Commission sur le déséquilibre fiscal, afin de faire la lumière sur la question et proposer des solutions.³⁴

Dans son rapport présenté en mars 2002, la Commission Séguin définit un déséquilibre fiscal comme une situation où l'écart entre les revenus autonomes d'un ordre de gouvernement et ses dépenses effectives devient excessif, où les transferts pour combler cet écart s'avèrent insuffisants ou inadéquats, et où la capacité fiscale d'un ordre de gouvernement lui permet d'intervenir dans des domaines de compétence qui ne sont pas les siens. Pour la Commission, le Canada remplissait les trois conditions. L'écart fiscal vertical entre le gouvernement fédéral et les provinces, notamment, était si considérable qu'Ottawa était en mesure d'accumuler des surplus budgétaires de plus en plus spectaculaires, alors même que les provinces peinaient à préserver leurs programmes et maintenir l'équilibre budgétaire. Instables et souvent conditionnels, les transferts fédéraux aux provinces ne suffisaient nullement à combler cet écart, et ils s'accompagnaient souvent d'interventions directes d'Ottawa dans des domaines de compétence provinciale, justifiées par l'argument du pouvoir fédéral de dépenser.

La Commission Séguin suggérait d'attaquer le problème à sa source en établissant un nouveau partage de l'espace fiscal. Elle proposait, en particulier, de céder aux provinces la taxe fédérale sur les produits et services (TPS), ce qui aurait permis de rétablir l'équilibre, mais aussi d'abolir le TCSPS, un transfert en bloc insatisfaisant et conditionnel, et de neutraliser en partie le recours au pouvoir fédéral de dépenser. La Commission recommandait également de réformer le programme de la péréquation, devenu moins équitable et moins efficace avec les années.³⁵

Au Québec, ces propositions ont rapidement fait consensus, en ralliant les trois grands partis et un ensemble d'organisations, allant du Conseil du patronat aux associations étudiantes. Ailleurs au Canada,

34. L'auteur était membre de la Commission sur le déséquilibre fiscal. La synthèse présentée ici est la sienne.

35. Commission sur le déséquilibre fiscal, *Rapport*.

elles ont également été bien accueillies. Par le biais du nouveau Conseil de la fédération, les gouvernements des provinces ont d'ailleurs créé en mai 2005 un Comité consultatif sur la question. Déposé en mars 2006, le rapport de ce Comité concluait également à l'existence d'un déséquilibre fiscal dans la fédération, mais il ne rejoignait pas la Commission Séguin sur les solutions, prônant une amélioration des transferts plutôt qu'un nouveau partage des ressources fiscales et acceptant assez ouvertement la légitimité du pouvoir fédéral de dépenser.³⁶

Le gouvernement fédéral refusait néanmoins de reconnaître l'existence d'un déséquilibre fiscal, arguant que les provinces conserveraient toute la latitude pour augmenter leurs revenus si elles le désiraient. Cet argument ne tenait compte ni de l'occupation effective des domaines de taxation, ni des limites à l'augmentation des impôts et des taxes, ni des tendances budgétaires à l'œuvre.³⁷ En même temps, Ottawa minait les règles du programme de la péréquation, en négociant des exceptions avec quelques provinces et en cessant de recourir à une formule établie pour déterminer le niveau et la répartition des paiements annuels, qui ont pour objectif de permettre aux provinces « d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables ».³⁸

Les finances de la fédération étaient donc non seulement en déséquilibre, mais également de plus en plus aléatoires, laissées au bon vouloir du gouvernement du jour. Même le programme de la péréquation ne reposait plus sur des règles convenues. Le principe fédéral était ainsi mis à mal, et le niveau de confiance entre les différents gouvernements était au plus bas. C'est cette situation que Stephen Harper proposait de corriger à la fin de 2005, en promettant un nouveau fédéralisme d'ouverture, plus conforme à l'esprit de la constitution et à la tradition du pays.

36. Comité consultatif sur le déséquilibre fiscal, *Réconcilier l'irréconciliable : s'attaquer au déséquilibre fiscal au Canada*, Ottawa, Conseil de la fédération, mars 2006 (www.conseil-dela-federation.ca/pdfsfrancais/Rapport_Fiscal_31mars06.pdf).

37. Alain Noël, « 'A Report That Almost No One Has Discussed' : Early Responses to Quebec's Commission on Fiscal Imbalance », dans Harvey Lazar (ed.), *Canadian Fiscal Arrangements: What Works, What Might Work Better*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, pp. 127-51.

38. *Loi constitutionnelle de 1982*, article 36(2).

3. Le fédéralisme d'ouverture

Dès leur premier budget en mai 2006, les Conservateurs de Stephen Harper ont reconnu la nécessité de « rétablir l'équilibre fiscal au Canada ». Les gouvernements antérieurs, expliquaient-ils, ont multiplié « les dépenses fédérales dans des domaines de responsabilité provinciale » tout en négligeant des « domaines relevant clairement du gouvernement fédéral » comme la défense, la sécurité à la frontière, la garde côtière, l'immigration, la justice, l'aide internationale ou les peuples autochtones.³⁹ Il fallait donc clarifier les rôles et les responsabilités des deux ordres de gouvernement et développer des « arrangements fiscaux prévisibles à long terme ». Le gouvernement Harper promettait ainsi de mieux jouer son rôle en augmentant les dépenses pour la défense et la sécurité, et de rétablir l'équilibre en réduisant les impôts, en bonifiant les transferts sociaux et en réformant la péréquation.⁴⁰

À peu près au même moment paraissait le rapport d'un groupe d'experts mis sur pied par le gouvernement précédent afin d'établir de nouvelles règles pour le programme de péréquation. Présidé par l'Albertain Al O'Brien, le groupe d'experts rappelait le caractère inconditionnel du programme de péréquation, « qui a pour objet de rendre possible (et non d'imposer) une relative comparabilité des services publics dans une fédération décentralisée ». « Il incombe à la province, et à elle seule », notait le rapport, « de décider si elle veut offrir des services publics plus que comparables, moins que comparables ou sensiblement comparables ».⁴¹ Tout comme la Commission sur le déséquilibre fiscal, le groupe d'experts recommandait de déterminer le montant total de la péréquation et sa répartition à l'aide d'une formule tenant compte de la capacité fiscale de toutes les provinces, plutôt que cinq, et incluant l'ensemble de leurs sources de revenus, à l'exception cependant du revenu des ressources naturelles, qui ne serait inclus qu'à un taux de 50 %.

39. Gouvernement du Canada, *Budget 2006 : Rétablir l'équilibre fiscal au Canada*, Ottawa, Ministère des Finances, 2 mai 2006, p. 24 (www.fin.gc.ca/budget06/pdf/fp2006f.pdf).

40. *Ibid.*

41. Groupe d'experts sur la péréquation et la formule de financement des territoires, *Pour réaliser un dessein national : remettre la péréquation sur la bonne voie*, Ottawa, Ministère des Finances, mai 2006, p. 130 (www.eqtf-pfft.ca/epreports/EQ_Report_f.pdf).

C'est en suivant ces recommandations que le gouvernement Harper a réformé la péréquation lors du budget de mars 2007. Même en ne considérant que la moitié du revenu des ressources naturelles, l'utilisation d'une formule tenant compte des dix provinces a amélioré substantiellement les paiements de péréquation pour les provinces qui en bénéficient, dont notamment le Québec. En parallèle, le budget de 2007 poursuivait la transformation des transferts sociaux, amorcée par le Premier ministre Paul Martin en 2004, alors qu'un transfert distinct pour la santé était créé avec une garantie de croissance de 6 % par année pour dix ans. En 2007, les autres transferts sociaux ont fait l'objet d'une bonification et d'une stabilisation similaire.

En haussant ainsi les paiements de péréquation et les transferts sociaux, le gouvernement Harper estimait avoir définitivement rétabli l'équilibre fiscal dans la fédération.⁴² La situation des provinces s'est effectivement améliorée, presque tous les gouvernements étant en mesure d'atteindre l'équilibre budgétaire en 2007-2008, en grande mesure grâce à cette augmentation des transferts.⁴³ Toutefois, rien n'a véritablement été fait pour corriger l'écart fiscal vertical. Même après avoir baissé les impôts et augmenté les dépenses, Ottawa continue d'accumuler des surplus budgétaires importants, alors que les provinces atteignent encore de justesse l'équilibre budgétaire. Les gouvernements provinciaux sont en réalité plus dépendants des transferts fédéraux qu'auparavant, ce qui les place dans une situation vulnérable par rapport à un gouvernement qui dispose de ressources surabondantes. Contrairement à ce que voudrait le principe fédéral, la distribution des revenus autonomes n'est toujours pas en phase avec la division des pouvoirs.⁴⁴ C'est d'ailleurs ce qui alimente encore le débat sur le pouvoir fédéral de dépenser.

42. Gouvernement du Canada, *Budget 2007 : Rétablir l'équilibre fiscal pour créer une fédération plus forte*, Ottawa, Ministère des Finances, 19 mars 2007 (www.budget.gc.ca/2007/pdf/bkfbssff.pdf).

43. Thomas J. Courchene, « This Just In : Surpluses Across the Board », *Policy Options*, vol. 29, no. 4, April 2008, pp. 37-39 (www.irpp.org).

44. Sur ce principe, voir Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, 4e édition (1946), Londres, Oxford University Press, 1963, p. 93.

4. Limiter un pouvoir qui n'existe pas

Pendant la campagne électorale de décembre 2005 - janvier 2006, Stephen Harper s'était engagé à « encadrer le pouvoir fédéral de dépenser ». Cet engagement a été réitéré lors des discours sur le budget de 2006 et 2007, bien qu'il n'ait pas immédiatement donné lieu à des mesures concrètes. Le discours du Trône du 16 octobre 2007 insistait également sur cette même volonté, laissant entendre que des gestes précis allaient bientôt être réalisés. Ce discours précisait :

« Notre gouvernement estime que les compétences constitutionnelles de chaque ordre de gouvernement doivent être respectées. À cette fin, et guidé par notre vision d'un fédéralisme d'ouverture, notre gouvernement déposera un projet de loi qui imposera des limites explicites à l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser pour des nouveaux programmes à frais partagés dans les compétences exclusives des provinces. Cette loi autorisera les provinces et les territoires à se retirer de ces nouveaux programmes, avec juste compensation, s'ils en offrent qui sont compatibles. »⁴⁵

Cette proposition n'a pas été bien reçue. Au Québec, notamment, plusieurs observateurs ont noté qu'il s'agissait là d'un encadrement bien minimal pour un pouvoir qui n'est pas établi par la constitution.

En effet, le discours du Trône n'envisage de limiter le pouvoir de dépenser que pour « des nouveaux programmes à frais partagés dans les compétences exclusives des provinces ». Or, le dernier grand programme de ce type a été aboli en 1995. Plus jamais depuis cette date le gouvernement fédéral n'a manifesté le moindre intérêt pour la création d'un tel programme, qui soumet une partie de ses dépenses à des décisions provinciales. Dominant dans les années cinquante, ce mode de fonctionnement ne reviendra probablement jamais à l'avant-plan. Le gouvernement fédéral a compris depuis longtemps

45. Gouverneur général du Canada, « Un leadership fort. Un Canada meilleur – discours du Trône, 16 octobre 2007 », Ottawa, Gouvernement du Canada, 2007, p. 9 (www.sft-ddt.gc.ca/grfx/docs/sftddt-f.pdf).

qu'il s'en sort bien mieux avec des transferts en bloc, des dépenses directes ou des mesures fiscales.

En acquiesçant à une telle réforme, le gouvernement du Québec se trouverait à reconnaître la légitimité d'un pouvoir qu'il conteste, pour n'obtenir qu'un encadrement virtuel, applicable à des programmes qui ont cessé d'exister. Les négociations entre Ottawa et le Québec se sont donc enlisées, et la question est graduellement disparue de l'ordre du jour politique.

Par définition, la situation est délicate. Le gouvernement du Québec, qui est le demandeur sur cette question, hésite toujours à approuver des limites à un pouvoir qu'il ne reconnaît pas, craignant à juste titre de le reconnaître indirectement, pour le consolider encore un peu plus, légalement et politiquement. Une reconnaissance même indirecte du pouvoir de dépenser par les provinces, écrivait le politologue Keith Banting à l'époque du Lac Meech, « renforcerait le pouvoir de dépenser bien plus que ne le ferait jamais un jugement favorable de la Cour suprême ». ⁴⁶ L'accord du Lac Meech parlait justement d'un droit de retrait mais ne mentionnait pas expressément le pouvoir fédéral de dépenser, laissant au Québec la possibilité de le nier ou le contester. ⁴⁷

Pourtant il existe des voies qui permettraient de relancer le débat à la fois sur le pouvoir de dépenser et sur le déséquilibre fiscal qui lui est sous-jacent. La première pourrait s'inspirer de l'entente sur l'union sociale négociée en 1998 et 1999 à Saskatoon et Victoria, et la seconde des recommandations de la Commission sur le déséquilibre fiscal.

Dans le cadre des négociations sur l'union sociale en 1997 et 1998, le gouvernement du Québec avait expliqué qu'il voulait voir confirmé « un droit de retrait inconditionnel avec pleine compensation financière » pour toute nouvelle initiative fédérale, « cofinancée ou non », dans un domaine de compétence provinciale. Le Québec

46. Keith G. Banting, « Federalism, Social Reform and the Spending Power », *Canadian Public Policy*, vol. 14, numéro spécial, septembre 1988, pp. S84-S85 (notre traduction).

47. Hamish Telford, « The Federal Spending Power in Canada : Nation-Building or Nation-Destroying? », *Publius : The Journal of Federalism*, vol. 33, no. 1, Winter 2003, pp. 38-39.

ajoutait qu'une telle proposition ne devait pas être « interprétée comme une reconnaissance directe ou indirecte d'un pouvoir fédéral de dépenser ou d'un quelconque rôle du gouvernement fédéral en matière de politique sociale ». ⁴⁸ À Saskatoon, en août 1998, le premier ministre Lucien Bouchard a assoupli quelque peu cette position en convenant, à la demande des autres gouvernements provinciaux, d'affecter les fonds obtenus à la suite de l'utilisation du droit de retrait aux « mêmes champs d'activité prioritaires que les programmes pan-canadiens ».

Tel qu'il a été vu plus haut, cette entente a fait long feu, les provinces anglophones se ralliant rapidement à une contre-proposition fédérale inacceptable pour le Québec. Il n'en reste pas moins qu'un terrain d'entente avait été circonscrit, lequel permettait de réconcilier des provinces soucieuses de maintenir les programmes pan-canadiens souhaités par le groupe majoritaire et un gouvernement du Québec jaloux de son autonomie et favorable à un droit de retrait largement défini. Dans la pratique, une telle formule ne serait pas simple à mettre en œuvre puisqu'elle couvrirait un grand nombre d'initiatives fédérales potentielles, allant des dépenses directes aux crédits d'impôts, en passant par les transferts sociaux. Toutefois, avec le pouvoir fédéral de dépenser, un pouvoir qui n'est reconnu ni dans les textes constitutionnels ni dans la jurisprudence, nous nous situons forcément dans une zone grise, où les pratiques, les gestes unilatéraux, les négociations et les compromis déterminent en définitive ce qui peut se faire ou non. ⁴⁹

Par ailleurs, il existe une deuxième voie, qui est plus simple mais rarement discutée : éliminer carrément ce pouvoir qui n'a jamais été attribué. Dans une analyse publiée en 1989, Andrew Petter – qui a par la suite été ministre dans le gouvernement de la Colombie britannique et est actuellement doyen de la Faculté de droit de l'Université de Victoria – proposait d'interdire toutes dépenses fédérales dans les domaines de compétence des provinces et de compenser cette interdiction par un réaménagement du partage des ressour-

48. Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Position historique du Québec sur le pouvoir fédéral de dépenser, 1944-1998*, Québec, Gouvernement du Québec, juillet 1998, p. 45.

49. Banting, « Federalism, Social Reform and the Spending Power ».

ces fiscales entre les ordres de gouvernement et par une amélioration de la péréquation.⁵⁰ Petter reconnaissait que, dans certains cas, il serait difficile de tracer la frontière entre les compétences fédérales et provinciales. Ce serait le cas, par exemple, pour les mesures fiscales en faveur des familles. Mais il concluait qu'il valait mieux discuter et négocier dans le respect de la division des pouvoirs que d'invoquer de manière autoritaire un présumé pouvoir fédéral de dépenser.

Une telle voie, qui privilégie le respect des compétences et un meilleur partage des ressources, serait tout à fait cohérente avec les constats et les recommandations de la Commission Séguin sur le déséquilibre fiscal, même si celle-ci ne recommandait pas explicitement l'élimination du pouvoir de dépenser. Elle aurait également l'avantage de ne pas reconnaître indirectement un pouvoir fédéral de dépenser. Logiquement, il est certainement plus simple de renoncer à un pouvoir qui n'existe pas que d'en limiter l'usage.

En dehors du Québec, les résistances seraient évidemment fortes,⁵¹ bien que les conséquences pourraient être moins dramatiques qu'elle le paraisse. Après tout, les grands transferts fédéraux sont réalisés actuellement en bloc et ils sont pour l'essentiel distribués en fonction de la population, pratiquement sans conditions.⁵² Un nouveau partage des ressources donnerait des résultats assez semblables. Par ailleurs, les provinces désireuses de le faire demeureraient libres de s'entendre avec Ottawa sur des coopérations renforcées, possiblement en évoquant l'article 94 de la constitution.⁵³ Comme le remarque avec justesse Courchene, il ne serait pas opportun d'ailleurs de parler de « droit de retrait » (*opting out*) lorsqu'un gouvernement provincial décide tout simplement d'exercer ses compétences. Il conviendrait plutôt de qualifier de « coopération renforcée » (*opting in*) la participation à un programme géré, unilatéralement ou conjointe-

50. Petter, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power ».

51. Voir, par exemple, les commentaires du député libéral et ancien premier ministre de l'Ontario Bob Rae, qui voyait dans la modeste proposition du gouvernement Harper rien de moins qu'une « émasclation » du gouvernement fédéral. Bob Rae, « Why Something Called the Spending Power Matters », *Globe and Mail*, 1 octobre 2007.

52. Luc Godbout, « Budget fédéral 2008 : une occasion ratée de stimuler notre productivité », *Options politiques*, vol. 29, no. 4, avril 2008, p. 53 (www.irpp.org).

53. Adam, « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 ».

ment, par le gouvernement fédéral dans un domaine de compétence provinciale.⁵⁴

Le véritable obstacle est politique. Depuis 1982, le Canada a pris l'habitude de se définir sans véritablement rechercher l'approbation du Québec, et il est douteux qu'un droit de retrait largement défini ou une élimination complète du pouvoir fédéral de dépenser puissent s'imposer à l'ordre du jour. Le fédéralisme d'ouverture de Stephen Harper touche ici ses limites. Dans cette perspective, il semble possible d'améliorer les transferts aux provinces – ce que les Libéraux avaient de toute façon commencé à faire en 2004 –, de poser un geste symbolique de reconnaissance envers la nation québécoise ou de respecter un peu mieux la division des pouvoirs, mais il apparaît plus difficile, voire périlleux, de changer les tendances de fond qui définissent la fédération canadienne.

5. Conclusion

Le gouvernement canadien définit le pouvoir fédéral de dépenser comme « le pouvoir qu'a le Parlement de faire des paiements à des personnes, des institutions ou des gouvernements pour des fins pour lesquelles il n'a pas nécessairement le pouvoir de légiférer ».⁵⁵ Cette définition laisse bien voir la constitutionnalité douteuse de la manoeuvre, puisqu'il s'agit précisément de contourner la division des pouvoirs.

Dans un jugement historique sur l'assurance-chômage en 1937, le Comité judiciaire du Conseil privé avait justement invalidé une telle théorie. Le fait que le gouvernement fédéral soit en mesure de dépenser, expliquait Lord Atkin pour le Comité, ne signifie pas que tout objet de dépense relève par conséquent de sa compétence.⁵⁶ Comme le note Marc-Antoine Adam, si toutes les dépenses échappaient simplement à la division des pouvoirs, comme le veut la thèse

54. Courchene, « Reflections on the Federal Spending Power », p. 21.

55. Cité dans Telford, « The Federal Spending Power in Canada », p. 25 (notre traduction).

56. Commission sur le déséquilibre fiscal, *Rapport. Annexe 2 : Le « pouvoir fédéral de dépenser »*, Québec, Commission sur le déséquilibre fiscal, 2002, p. 13 (www.desequilibrefiscal.gouv.qc.ca).

du pouvoir fédéral de dépenser, l'essentiel de ce que font les gouvernements serait d'emblée exclu « de l'emprise du partage des compétences ».⁵⁷ Le principe fédéral n'aurait alors plus de sens.

En utilisant à maintes reprises l'argument du pouvoir de dépenser, le gouvernement fédéral a changé la division des pouvoirs sans amender la constitution, faisant ainsi « indirectement ce qu'il ne peut faire directement ».⁵⁸ Ces changements graduels ont contribué à faire du Canada une fédération plus centralisée et plus uniforme ou, en d'autres termes, une fédération moins multinationale et plus territoriale. Dans ce sens, la procédure était en phase avec l'évolution constitutionnelle et politique du pays, qui s'est réalisée dans la même direction, sans l'approbation du Québec.

Après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Canada n'a pas été capable de retrouver un terrain d'entente qui aurait permis de réconcilier les aspirations de la majorité anglophone et celles du Québec. Les peuples autochtones ont fait quelques progrès par la voie de décisions juridiques et d'ententes politiques ponctuelles, mais ils n'ont pas beaucoup plus progressé dans la voie de l'autonomie gouvernementale.⁵⁹ À partir du milieu des années 1990, les tensions se sont en réalité accrues. Le déséquilibre fiscal entre Ottawa et les provinces s'est creusé, le recours au pouvoir fédéral de dépenser est devenu presque routinier, et l'écart entre le Québec et le reste du Canada a été marqué une fois de plus par la signature d'un accord à sens unique, l'entente-cadre sur l'union sociale, qui s'est vite avéré peu légitime et inefficace.

Le fédéralisme d'ouverture pratiqué depuis janvier 2006 par le gouvernement conservateur de Stephen Harper a mis un terme à certains de ces excès. Le programme de la péréquation a été réformé et

57. Adam, « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 ».

58. Peter W. Hogg, cité dans Burton H. Kellock et Sylvia LeRoy, « Questioning the Legality of the Federal 'Spending Power' », *Public Policy Sources*, no. 89, Vancouver, Fraser Institute, October 2007, p. 13 (www.fraserinstitute.org ; notre traduction). Courchene, « Reflections on the Federal Spending Power », pp. 2-3.

59. Martin Papillon, « Vers un fédéralisme postcolonial? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 461-85.

établi sur des bases plus cohérentes et équitables, les transferts sociaux aux provinces ont été augmentés et rendus plus stables, et le recours au pouvoir de dépenser est devenu moins outrancier et plus rare. Le Québec a également été reconnu, avec prudence, comme une nation au sein d'un Canada uni. Toutefois, ces changements ne modifient pas les tendances de fond à l'œuvre dans la fédération.

Le partage des ressources fiscales, notamment, n'a pas été revu, ce qui laisse entier le problème du déséquilibre fiscal. L'augmentation des transferts ne résout pas ce problème, et elle pourrait d'ailleurs être remise en question rapidement. L'explosion des prix du pétrole et du gaz, en particulier, risque de rendre le programme de péréquation prohibitif pour le gouvernement fédéral, ce qui conduirait inéluctablement à des révisions à la baisse.⁶⁰ L'idée de limiter formellement le recours au pouvoir fédéral de dépenser semble aussi être restée lettre morte, faute d'avoir pu définir une approche satisfaisante pour toutes les parties. En d'autres termes, sur le fond le Canada demeure animé par la logique territoriale et majoritaire qui s'est imposée au début des années 1980.

Des réformes plus substantielles demeurent pourtant concevables et, en principe, possibles, bien qu'elles demanderaient un diagnostic sans complaisance et de l'audace. Toutefois, avec des gouvernements minoritaires tant à Ottawa qu'au Québec, l'heure d'une telle audace n'est sans doute pas encore venue.

RESUM

El líder del Partit Conservador, Stephen Harper, al poder des del gener de 2006, es va comprometre a posar fi al funcionament "dominant" dels governs anteriors i a posar en pràctica "un nou federalisme d'obertura". Això implicava, concretament, corregir el desequilibri fiscal entre Ottawa i les províncies, adoptar mesures per reconèixer l'especificitat del Quebec i limitar el recurs al poder federal de despesa. Aquest article torna a tractar breument dels fonaments del règim polític canadenc i els anys al poder del Partit Liberal, de 1993 a 2006, per avaluar millor les mesures adoptades pel Govern de Harper, sobretot pel que fa al poder federal de despesa. Aquest poder no ha estat establert ni per la Constitució ni per la jurisprudència, però Ottawa continua reivindicant-lo i evocant-lo. Malgrat els seus compromisos, els conservadors no han aconseguit proposar una fórmula satisfactòria per limitar-ne l'ús. En aquest sentit, el Canadà encara es mou per la lògica centralitzadora que es va imposar al començament dels anys vuitanta.

Paraules clau: Canadà; Quebec; federalisme; Stephen Harper; desequilibri fiscal; poder de despesa; unió social; perequació; transferències; Constitució.

RESUMEN

El líder del Partido Conservador, Stephen Harper, en el poder desde enero de 2006, se comprometió a acabar con el funcionamiento "dominante" de los gobiernos precedentes y a poner en práctica "un nuevo federalismo de apertura". Ello implicaba, concretamente, corregir el desequilibrio fiscal entre Ottawa y las provincias, adoptar medidas para reconocer la especificidad de Quebec y limitar el recurso al poder federal de gasto. Este artículo vuelve a tratar brevemente los fundamentos del régimen político canadiense y los años en el poder del Partido Liberal, de 1993 a 2006, para evaluar mejor las medidas adoptadas por el Gobierno de Harper, sobre todo en lo que atañe al poder federal de gasto. Dicho poder no ha sido establecido ni por la Constitución ni por la jurisprudencia, pero Ottawa continúa reivindicándolo y evocándolo. Pese a sus compromisos, los conservadores no han conseguido proponer una fórmula satisfactoria para limitar su uso. En este sentido, Canadá todavía se mueve por la lógica centralizadora que se impuso a principios de los años ochenta.

Palabras clave: Canadá; Quebec; federalismo; Stephen Harper; desequilibrio fiscal; poder de gasto; unión social; perecuación; transferencias; Constitución.

ABSTRACT

In power since January 2006, the leader of the Canadian Conservative party, Stephen Harper, promised to break with the previous governments' "domineering" style of governance and to put into practice a new type of "open federalism." Specifically, this approach involved correcting the fiscal imbalance between Ottawa and the provinces, taking measures to recognize Quebec's specificity, and limiting the federal government's recourse to an alleged spending power. This article briefly surveys the foundations of Canadian politics and the years when the Liberal party was in power, between 1993 and 2006, to assess the measures adopted by the Harper government, particularly with respect to the spending power. This power is not attributed in the constitution nor is it founded on clear jurisprudence, but Ottawa still claims and invokes it. Despite their promises, the Conservatives have failed to offer a satisfactory formula for limiting its usage. So, Canada remains driven by the centralising process that has prevailed since the start of the 1980's.

Key words: Canada; Quebec; federalism; Stephen Harper; fiscal imbalance; spending power; social union; equalization; transfers; constitution.

LA POTESTAD SUBVENCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Luis Pomed Sánchez

Profesor titular de Derecho Administrativo
Letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. Doctrina constitucional sobre subvenciones. Punto de partida: la inexistencia de un título competencial específico sobre subvenciones. 1.1. Controversias competenciales en materia de subvenciones y sistema de financiación. 1.2. Territorialización o gestión centralizada de las subvenciones. 1.3. Algunas reflexiones acerca de la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de subvenciones. – 2. Novedades normativas. 2.1. La Ley General de Subvenciones y su Reglamento de desarrollo. 2.2 El tratamiento de la actividad de fomento en los nuevos Estatutos de Autonomía. – 3. Evolución reciente de la conflictividad competencial en materia de subvenciones (2004-2008). 3.1 Procesos constitucionales extinguidos. 3.2 Formalización de nuevas controversias competenciales relacionadas con el establecimiento de subvenciones. Ámbitos de actividad a los que afectan. 3.2.1 Formación profesional continua de trabajadores y funcionarios. 3.2.2 Asistencia social. 3.2.3 Otras materias: vivienda, espacios naturales protegidos, becas y ayudas al estudio. 3.3 A modo de conclusión. – *Resumen-Resum-Abstract.*

El ejercicio de la potestad subvencional por parte de las Administraciones públicas ha sido una fuente constante de controversias competenciales en el Estado autonómico. Esta persistente conflictividad resulta del habitual entrecruzamiento de competencias de titularidad distinta y del modelo español de financiación, vale decir de ordenación del gasto público, fuertemente dependiente de las determinaciones presupuestarias estatales.

En el presente trabajo se mostrará el panorama actual de la conflictividad competencial relacionada con el ejercicio de la indicada potestad pública. Al efecto, comenzaremos recordando algunos de los aspectos más destacados de la doctrina que ha venido elaborando el Tribunal Constitucional en la materia.

Artículo recibido el 30/07/2008; aceptado el 12/09/2008.

Seguidamente, prestaremos atención a las principales novedades legislativas acaecidas en el curso de los últimos años. Debe subrayarse, a este respecto, que a finales de la VII Legislatura, segunda del Gobierno del Partido Popular presidido por José María Aznar, se aprobó la primera regulación global del ejercicio de la potestad subvencional (Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones), cuyo reglamento de desarrollo se dictó ya en la VIII Legislatura, primera del Gobierno del Partido Socialista Obrero Española, presidido por José Luis Rodríguez Zapatero (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio). Especial interés reviste el tratamiento de la potestad subvencional en alguno de los Estatutos de Autonomía reformados en el curso de la VIII Legislatura, particularmente los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía y Aragón.

El trabajo se cierra con una aproximación al estado actual de la conflictividad competencial formalizada ante el Tribunal Constitucional en materia de subvenciones. Durante la VIII Legislatura hemos asistido a una decidida apuesta por la reforma del marco institucional de nuestro Estado autonómico. Pues bien, no estará de más contrastar las líneas generales de esa apuesta, lo que aquí se traduce en el ya apuntado examen de las nuevas disposiciones estatutarias relativas a la actividad subvencionadora, con la persistencia de una conflictividad que no se acierta a resolver adecuadamente en términos temporales.

1. Doctrina constitucional sobre subvenciones

En sus veintisiete años de existencia, el Tribunal Constitucional ha ido elaborando un amplio cuerpo de doctrina atinente al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias del ejercicio de la potestad subvencional.¹ Obviamente, no se trata ahora de ofrecer una exposición pretendidamente agotadora de esa doctrina constitucional sino de apuntar tan solo aquellos aspectos que pue-

1. Este cuerpo de doctrina se contiene en el medio centenar de Sentencias dictadas al respecto entre la STC 144/1985, de 25 de octubre (recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley 25/1982, de 30 de julio, de Agricultura de Montaña) y la STC 212/2005, de 21 de julio (conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña respecto de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de julio de 1996, sobre ayudas de educación especial para el curso 1996-1997).

den ayudarnos a comprender la pervivencia de la controversia competencial en la materia.²

Esa doctrina constitucional arranca, como premisa insoslayable, de la constatación de la inexistencia de una competencia específica sobre subvenciones. Según afirmara tempranamente el propio Tribunal Constitucional, “la subvención no es concepto que delimite competencias, ni puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la misma” (STC 144/1985, de 25 de octubre, FJ 4, con cita expresa de la STC 39/1982, de 30 de junio, FF JJ 5 y 10).³

En rigor, con esta premisa se constata que las normas integrantes del bloque de constitucionalidad no han configurado la potestad subvencional como una materia competencial, sin perjuicio de lo cual debe advertirse que ya los primeros Estatutos de Autonomía dedicaron una cierta atención a las subvenciones.⁴ Así, ha sido relativamen-

2. Entre la literatura jurídica existente al respecto pueden citarse las monografías de M. Sánchez Morón, *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1990; A. Monreal Ferrer, *Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las subvenciones condicionadas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1991; M. Medina Guerrero, *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 y de C. I. Aymerich Cano, *Ayudas públicas y Estado Autonómico*, Universidad de La Coruña, 1994. Por otro lado, en el *Informe Pi Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1991*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 1992, se recogen dos breves estudios de notable interés, obra de E. Aja, “Las subvenciones del Estado a las Comunidades Autónomas” (págs. 283 y ss.) y J. Tornos Mas, “Actividad subvencional en ejecución de normativa comunitaria” (págs. 298 y ss.). Igualmente, en la obra colectiva *El funcionamiento del Estado autonómico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996, hallamos las relevantes colaboraciones de G. Fernández Farreres, “La ordenación de los sectores económicos. El poder de gasto del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en la obra colectiva, págs. 105 y ss. y A. Salvador Sancho, “Sistemas de gestión de subvenciones incorporadas a los Presupuestos Generales del Estado”, págs. 131 y ss. Finalmente, L. Pomed Sánchez, “Jurisprudencia constitucional sobre subvenciones”, en G. Fernández Farreres (dir.), *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 225 y ss.

3. Esta misma aseveración ha sido posteriormente reiterada tanto respecto de subvenciones estatales (entre otras muchas, SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 15; 133/1992, de 2 de octubre, FJ 5; 59/1995, de 17 de marzo, FJ 2, y 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 6), como autonómicas (por todas, SSTC 149/1985, de 5 de noviembre, FJ 5 *in fine* y 360/1993, de 3 de diciembre, FJ 3).

4. La referencia inmediata a los textos estatutarios se explica por la ausencia de toda mención a las subvenciones entre “materias competenciales” enunciadas en los arts. 148

te frecuente, en esos Estatutos originarios, la consideración de las subvenciones como una fuente de financiación autonómica, con lo cual se erigen en derechos de la Hacienda pública autonómica [arts. 44.11 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, 44.11 del Estatuto de Galicia, 56.11 del Estatuto de Andalucía, 51.a) del Estatuto de la Comunidad Valenciana, 49 e) del Estatuto de Canarias y 57 h) del Estatuto de Extremadura].⁵ Igualmente, merece destacarse el hecho de que algunas Comunidades Autónomas asumieran estatutariamente una competencia de participación en la distribución a los Entes Locales de las subvenciones estatales incondicionadas (arts. 53.3 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, 49.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, 48.3 del Estatuto de Castilla-La Mancha y 53.Tres del Estatuto de Aragón).⁶

Estas previsiones estatutarias apuntan, bien que con distinta intensidad, a dos de las cuestiones sobre las que interesa reparar al examinar la adaptación del ejercicio de la potestad subvencional a las exigencias del Estado autonómico. Por una parte, la consideración de las subvenciones más como un instrumento de financiación autonómica que como una técnica de fomento permite vislumbrar alguna explicación a la constante conflictividad competencial habida respecto del ejercicio de esa potestad pública. Por otra parte, la afirmación estatutaria de una competencia autonómica de participación en la gestión de ciertas subvenciones estatales –en este caso, las otorgadas a las Entidades Locales– anticipa soluciones recientes a los problemas surgidos con ocasión de la territorialización de subvenciones.

y 149 CE. En particular, no se alude a ella en el art. 149.1.18 CE, sin perjuicio de lo cual debe hacerse constar que la aprobación de la Ley General de Subvenciones se ha apoyado esencialmente en la competencia estatal sobre bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, expresamente recogida en este precepto constitucional (al respecto, Dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 2003, IV.A).

5. La reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ha dado nueva redacción al art. 51, trasladándose a los apartados a) y f) del artículo 72 sendas referencias a las subvenciones como fuentes de financiación de la Hacienda autonómica.

6. En el art. 219.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, resultante de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, la Generalidad de Cataluña asume la competencia para la distribución entre los Entes Locales de las “subvenciones incondicionadas estatales”.

1.1. Controversias competenciales en materia de subvenciones y sistema de financiación

Por lo común, en los conflictos competenciales trabados en relación con el ejercicio de la potestad subvencional se ha discutido la utilización por el Estado central de su "poder de gasto". Un poder que el Tribunal Constitucional ha considerado corolario del "señorío del Estado sobre su presupuesto, esencia misma del poder financiero (la capacidad de decisión sobre el empleo de sus propios recursos)" (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7) y al cual se ha aproximado el propio Tribunal Constitucional desde una doble óptica.

De una parte, ha subrayado que el fundamento del "poder de gasto" no debe buscarse en el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias sino en la soberanía financiera del Estado:

"Puede decirse, con razón, que el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE) no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (art. 156.1 CE y art. 1.1 de la LOFCA). Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica." (STC 13/1992, FJ 7)

De otra, en esa misma resolución se precisa que, al margen del origen y fundamento del "poder de gasto" del Estado, su ejercicio está condicionado por las reglas ordenadoras de la distribución competencial en las distintas materias. Claro deslinde, por tanto, entre fundamento y ejercicio del referido poder:

"Pero admitido esto, constatación del señorío del Estado sobre su presupuesto esencia misma del poder financiero (la capaci-

dad de decisión sobre el empleo de sus propios recursos), tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto el Estado debe respetar el orden competencial. Es evidente que en el sistema español de distribución territorial del poder, el Estado puede asignar sus recursos a cualquier finalidad lícita y que la definición de esta finalidad en la Ley de Presupuestos condiciona necesariamente la libertad de acción de aquellas instancias que hayan de utilizar esos recursos. Si estas instancias son exclusivamente estatales por ser también de competencia exclusiva del Estado la 'materia' o sector de actividad pública no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a la que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatutario de las competencias, sin imponer a la autonomía política de las Comunidades Autónomas otros condicionamientos que aquellos que resultan de la definición del fin o del uso que el Estado pueda hacer de otras competencias propias, genéricas o específicas." (*loc. cit.*).

Adviértase que esta libertad de disposición finalista de sus fondos reconocida al Estado no encuentra parangón en el caso de las Comunidades Autónomas, que solo pueden ejercer válidamente su autonomía financiera de gasto en conexión con sus propios títulos competenciales.⁷ Esta diferencia, que trae causa del predominio del Estado

7. La doctrina constitucional al respecto se resume, en los siguientes términos, en la STC 95/2001, de 5 de abril: "(...) las Comunidades Autónomas no pueden 'financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan sólo solo aquellas sobre las cuales tengan competencias, pues la potestad de gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía' (STC 14/1989, de 26 de enero, FJ 2; en el mismo sentido, la STC 13/1992, FJ 4). Sin perjuicio, pues, de la discrecionalidad al fijar su destino y orientación, su cuantificación y distribución (SSTC, entre otras, 68/1996, de 4 de abril, FJ 10 y 128/1999, de 1 de julio), la potestad de gasto autonómica no podrá ejercerse sino respecto de actividades en las que, por razón de la materia, se ostenten competencias (SSTC 30/1982, de 30 de junio; 201/1988, de 27 de octubre y 13/1992), pues las subvenciones no son más que simples actos de ejecución de competencias (STC 95/1986, de 10 de julio)" (FJ 3).

Adviértase, por otro lado, que la incidencia extraterritorial no representa un límite absoluto a la actividad subvencional de las CC.AA. A este respecto, en la STC 64/1990, de 5 de abril, el Tribunal hace uso del principio de proporcionalidad: "ha de ponderarse (...) la compatibilidad, en cada caso, de las ayudas regionales con las exigencias de libre circulación e

en nuestro modelo de financiación de los entes públicos –en particular respecto de las Comunidades Autónomas denominadas “de régimen común”–, explica en gran medida la peculiaridad de unos procesos constitucionales de contenido competencial en los que la posición de actor suelen ocuparla las Comunidades Autónomas, quienes reprochan desatención de sus competencias al actuar el Estado su “poder de gasto”. De modo que no se cuestiona la disposición misma de los fondos presupuestarios sino la falta de intervención de las instancias autonómicas en las fases posteriores del procedimiento de otorgamiento de las ayudas y subvenciones.

Lo dicho no supone, bien es cierto, la total ausencia de controversias planteadas por el Estado respecto de la adopción de medidas de fomento por las Comunidades Autónomas. En tales supuestos el conflicto se traba sobre la disponibilidad misma de los fondos, es decir, sobre la concurrencia de una competencia propia que habilite la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. De modo que el centro de atención varía en función del titular de la medida controvertida por mor de las distintas facultades que integran la autonomía financiera según se predique del Estado o de los poderes autonómicos.

Lo expuesto permite convenir con Juan Ramallo Massanet en la existencia de una asimetría entre el poder de gasto estatal y el autonómico, por referencia a sus respectivos ámbitos competenciales.⁸ En

igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica que la unidad de mercado demanda, comprobando a tal efecto, la existencia de una relación de causalidad entre el legítimo objetivo que se pretendía y la medida que para su consecución se provea, asegurándose de su adecuación y proporcionalidad y delimitando, en fin, las consecuencias perturbadoras que de su aplicación puedan seguirse para el mercado nacional, en cuanto ‘espacio económico unitario’ (STC 87/1985, fundamento jurídico 6), más allá de las inevitables repercusiones que, dado el fuerte grado de interacción económica, pueden proyectarse sobre el mismo” (FJ 5). Como más adelante habrá ocasión de constatar, el Tribunal Constitucional también ha rechazado que la sola incidencia extraterritorial pueda servir como fundamento único para la gestión centralizada de subvenciones.

8. Vid. J. Ramallo Massanet está tomada de su trabajo “La asimetría del poder tributario y del poder de gasto de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39 (1993), pág. 47. En general, sobre el poder de gasto, vid. los trabajos de V. Tena Piazuelo, “Incidencia de la técnica subvencional en el correcto funcionamiento del sistema de financiación autonómica y en el concepto de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77 (1993), págs. 167 y ss., y “Régimen jurídico de la potestad autonómica de gasto: la libertad de gastar en el marco de la autonomía financiera”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4 (1994), págs. 245 y ss.

el bien entendido que la mayor libertad de que goza el Estado en el ejercicio de su poder de gasto no es absoluta, pues el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo un sistemático encuadramiento competencial de las normas y resoluciones administrativas estatales de contenido subvencional cuando éstas han sido objeto de controversia constitucional. Con todo, cabe preguntarse si esta doctrina se acomoda al cambio de paradigma que propicia la STC 61/1997, de 20 de marzo, donde se perfila una caracterización de la acción del Estado a través del ejercicio de competencias específicas y se niega, correlativamente, la existencia de una habilitación general, como la que se encuentra en la base del poder estatal de gasto.

1.2. Territorialización o gestión centralizada de las subvenciones

Ese encuadramiento sistemático al que hemos hecho referencia ha tenido la virtud de disciplinar competencialmente la actividad subvencional de las instancias centrales del Estado. Pero, visto desde su envés, se ha traducido en el reconocimiento de un contenido expansivo a las competencias estatales en presencia, particularmente las que podríamos denominar “genéricas”.

Destaca aquí el protagonismo de la competencia estatal sobre bases de ordenación económica (art. 149.1.13 CE).⁹ A este título, en solitario, se han reconducido las ayudas y subvenciones en materia agraria y ganadera (SSTC 213/1994, de 14 de julio; 70/1997, de 10 de abril; 128/1999, de 1 de julio y 95/2001, de 5 de abril), vivienda (STC 59/1995, de 17 de marzo), o para la modernización del comercio interior (STC 77/2004, de 29 de abril). Pero también ha sido invocado para justificar el ejercicio del poder de gasto del Estado en combinación con otros títulos, como pueden ser el “comercio exterior (art. 149.1.10 CE) y el “fomento y coordinación de la investigación científica y técnica” (art. 149.1.15 CE), en la STC 242/1999, de 21 de diciembre, donde se discutía el establecimiento de ayudas para el fomento del turismo en el exterior; o las “bases del régimen minero y energético” (art. 149.1.25

9. Para un estudio pormenorizado al respecto, M. Carrasco Durán, *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, IEA-Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 305 y ss.

CE), en la STC 175/2003, de 30 de septiembre, sobre fomento de la tecnología y la calidad industrial.

En otras ocasiones el establecimiento de líneas de subvenciones por el Estado se ha llegado a incardinar en una competencia legislativa, como sucediera en la STC 126/2002, de 23 de mayo, que encuadró las ayudas previstas en el Plan Nacional de Residuos Industriales para 1993 en la competencia estatal relativa a la "legislación básica sobre protección del medio ambiente" (art. 149.1.23 CE). Curiosamente, el Tribunal Constitucional alcanza esta conclusión tras rechazar la invocación del art. 149.1.1 CE efectuada por la representación del Gobierno de la Nación, y subraya que "el título competencial aquí aplicable (art. 149.1.23 CE) 'cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencia en la materia establezcan niveles de protección más altos, como ya se dijo en la STC 170/1989' (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 9)" (FJ 9). Y resulta curioso porque es cuando menos discutible que el establecimiento de unas líneas de subvenciones pueda considerarse "*ordenación* mediante mínimos" subsumible en el concepto de "*legislación básica*".

A su vez, las competencias estatales en materia educativa del art. 149.1.30 CE han servido para fundamentar que el "Estado puede destinar recursos a la financiación de actividades de perfeccionamiento del profesorado en virtud de su competencia sobre las bases del sistema educativo, a las que va ligada la mejora de la calidad de la enseñanza que estos recursos persiguen" (STC 330/1993, de 12 de noviembre, FJ 3), o el establecimiento de becas y ayudas para estudios universitarios y medios (STC 188/2001, de 20 de septiembre). La doctrina establecida en esta última resolución citada ha sido reiterada en la STC 212/2005, de 21 de julio, la más reciente de las Sentencias constitucionales relativas al ejercicio de la potestad subvencional.

Para concluir este rápido repaso por el fundamento competencial de la actividad subvencional del Estado, merece destacarse el hecho de que la competencia concurrente en materia de cultura (art. 149.2 CE) ha permitido sancionar la constitucionalidad de medidas de fomento estatales en este ámbito. Especial interés reviste, a este respecto, la STC 109/1996, de 13 de junio, donde pese a constatarse que buena parte de los museos destinatarios de las ayudas no eran de titularidad estatal, lo que excluía la aplicabilidad del art. 149.1.28

CE, y advertido que “la materia sobre la que recaen las subvenciones es la competencia de museos cuya titularidad corresponde en exclusiva a la Comunidad Autónoma recurrente”, se añade “esta primera conclusión no significa, sin embargo, que desde el título de cultura consagrado en el art. 149.2 CE, el Estado no pueda llevar a cabo ningún tipo de actuación relacionada con esta clase de museos. No puede aplicarse aquí de forma mecánica el criterio de especialidad para concluir que la competencia genérica sobre cultura queda totalmente desplazada por la competencia específica de museos. Así lo ha entendido este Tribunal en numerosas sentencias en las que ha reconocido que el Estado, desde el art. 149.2, puede llevar a cabo determinadas actuaciones relativas a materias que tienen contenido cultural –como bibliotecas, enseñanza o espectáculos–, aunque sean objeto de competencias específicas atribuidas a las Comunidades Autónomas” (FJ 4). Esta misma competencia concurrente legítima, por otro lado, las ayudas al libro discutidas en la STC 71/1997, de 10 de abril.¹⁰

Con independencia de las distorsiones que para la adecuada comprensión del contenido de los títulos pueda generar, será preciso convenir en que con el encuadramiento competencial de la actividad subvencional el Tribunal Constitucional ha tratado de lograr un adecuado equilibrio entre las competencias de las diversas instancias

10. En esta ocasión, la Generalidad de Cataluña sostenía que el ámbito competencial de las ayudas era el comercio interior y, en su caso, el correspondiente a la industria, mientras que la Abogacía del Estado las reconducía “al entorno de la cultura”. Pues bien, el Tribunal Constitucional, tras recordar que “el ‘libro’, como la cinematografía (STC 153/1989, fundamento jurídico 4), es polifacético; de él, junto a una innegable dimensión cultural, son predicables otras, social, económica e, incluso, industrial” (FJ 2), y constatar que las ayudas controvertidas “se establecen (...), para contribuir al desarrollo y modernización del sector del libro en su conjunto, pero con la finalidad explícita de difundir la cultura escrita de los distintos pueblos de España. Para alcanzar esa meta resulta menester mejorar las estructuras industriales y comerciales del sector; mas esa mejora es sólo un instrumento al servicio del fin cultural perseguido. Este carácter meramente instrumental se pone de manifiesto en el hecho de que, para conceder las ayudas, se tienen en cuenta algunos datos económicamente relevantes (volumen de facturación anual, cifra de exportación); pero, junto a ellos, se aplican otros que carecen de esa relevancia (duración e intensidad de la dedicación a las actividades del sector, fondo editorial número de títulos en catálogo). Y hasta tal punto resulta prevalente el fin de difusión de la cultura, que es posible acceder a las ayudas sin cumplir los requisitos de otra índole establecidos en la normativa cuando se trate de proyectos de excepcional trascendencia cultural (art. 16 de la OM de 30 de julio)”, concluye que “parece necesario concluir, pues, aplicando los criterios expuestos anteriormente, que el ámbito material propio de las normas reglamentarias en cuestión es el cultural y, más en concreto, el del fomento de la cultura” (FJ 2).

territoriales llamadas a intervenir en el ejercicio de la potestad pública que nos ocupa. Dicho equilibrio parte de la ponderación expresada en las ya citadas SSTC 13/1992, FJ 2 y 128/1999, de 1 de julio: “en las relaciones entre las potestades financieras del Estado y de las Comunidades Autónomas hay que atender a una ‘doble exigencia: de una parte, prevenir que la utilización del poder financiero del Estado pueda desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales autonómicas. Y de otra, evitar asimismo que la extremada prevención de potenciales injerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera’. Es decir, se trata de compatibilizar ambas perspectivas, a fin de que ‘no se produzca el vaciamiento del ámbito competencial –material y financiero– correspondiente a las esferas respectivas de soberanía y autonomía de los entes territoriales’”. (FJ 9 de la última de las resoluciones reseñadas).

Por otra parte, el Tribunal también ha prestado especial atención a la salvaguarda de la autonomía financiera de las CC.AA., aquí en su concreta vertiente de gasto. Al respecto, en la STC 13/1992, FJ 9, se declara que la técnica más respetuosa con la autonomía política y financiera de las CC.AA. consiste en que “en los Presupuestos Generales del Estado esos fondos aparezcan ya como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas, en las correspondientes Secciones, Servicios y Programas de los Presupuestos. De esta forma se evitaría toda confusión inicial acerca de a qué Administración se atribuye la gestión de las subvenciones, y así, la estructura de los Presupuestos Generales del Estado resulta plenamente congruente con las exigencias del Estado de las Autonomías. Todo ello sin perjuicio de que el Estado pueda fijar las condiciones o, al menos, las condiciones básicas de otorgamiento de las subvenciones a sus destinatarios, cuando tenga competencia para ello.” (STC 13/1992, FJ 9). No obstante, la expresión de esta preferencia se acompaña a renglón seguido de una cautela, toda vez que “la preferencia por esta opción no implica que se incurra en inconstitucionalidad cada vez que no se cumpla, pues puede ocurrir –como la Generalidad reconoce en su demanda– que en determinados casos no sea posible introducir esa técnica en la Ley de Presupuestos, o que, aun siendo posible, concurran en su contra, a juicio del legislador estatal, otras razones.” (*Ibidem*). Posteriormente, en la STC 102/1995, de 26 de junio, se explica la referida preferencia porque la inclusión de las subvenciones en los Presupuestos Generales del Estado “les otorga una dimensión nor-

mativa dentro de una política general”, en el caso concreto sobre medio ambiente, “sin que asignar fondos pueda encuadrarse en el concepto de gestión” (FJ 33).

Para averiguar los criterios mediante los cuales el Tribunal trata de compatibilizar los diversos títulos competenciales presentes, es preciso acudir una vez más a la capital STC 13/1992, de 6 de febrero;¹¹ más concretamente, a su fundamento jurídico 8. En este fundamento jurídico, de indudable relevancia para la doctrina constitucional en materia de subvenciones posterior, el Tribunal Constitucional diferencia lo que él mismo denomina “cuatro supuestos generales”.¹²

“a) Un primer supuesto se produce cuando la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. El Estado puede, desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado.

11. De entre los comentarios que ha merecido la STC 13/1992, de 6 de febrero, cabe destacar los elaborados por M. Medina Guerrero, “Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico: algunas consideraciones en torno a la STC 13/1992”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (1992), págs. 155 y ss., y C. I. Aymerich Cano, “Las relaciones financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas: dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional español (STC 13/1992, de 6 de febrero y 79/1992, de 28 de mayo)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 260 (1993), págs. 951 y ss. Trasciende el marco propio de un comentario jurisprudencial el trabajo de G. Fernández Farreres, “La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38 (1993), págs. 225 y ss., quien dedica particular atención a la incidencia de la STC 13/1992, de 6 de febrero, en la definición de ese reparto de competencias.

12. Aunque en el FJ 8 de la STC 13/1992 se advierte que esta clasificación se realiza “atendiendo a los términos del caso”, pero que tales supuestos generales “no excluyen cualesquiera otros que en el futuro pudieran derivarse de la Constitución y los Estatutos de Autonomía”, es lo cierto que la doctrina constitucional posterior no ha identificado ningún “supuesto general” nuevo y distinto de los allí referidos.

b) El segundo supuesto se da cuando el Estado ostente un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva (v. gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

c) Un tercer supuesto es aquél en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.

d) El cuarto y último supuesto es aquél en que no obstante tener las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre la materia en que recaen las subvenciones, éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u Organismo de ésta dependiente, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los

Presupuestos Generales del Estado. Pero ello solo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: Que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate.”

Con anterioridad al pronunciamiento de esta resolución, el Tribunal Constitucional ya había hecho hincapié –en la STC 188/1989, de 16 de noviembre– en la necesidad de distinguir “de un lado, los preceptos que regulan las características o condiciones de las subvenciones y, de otro, los que determinan las competencias de ejecución y gestión de las mismas” (FJ 6). Con respecto a los primeros, dijo entonces el intérprete supremo de la Constitución, que “deben considerarse incluidos en la competencia del Estado aquellos preceptos que regulan los aspectos inherentes a la finalidad de promoción o fomento que persiguen las medidas arbitradas por el Gobierno (...) tales como la definición misma de las actividades subvencionadas, la forma y nivel o cuantía de las subvenciones y, en general, las condiciones esenciales para su otorgamiento, ya que constituyen el núcleo de las medidas consideradas y de la forma de protección (STC 75/1989)” (*ibídem*). Y en cuanto a la ejecución y gestión de las subvenciones con cargo a fondos estatales, el Tribunal proclamó en la STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 3, la preferencia por la gestión autonómica.¹³

Esta preferencia sólo cede cuando la gestión centralizada “resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas de fomento, garantizar la posibilidad de obtención y disfrute de las mismas por sus destinatarios potenciales y evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos” (SSTC 201/1988, de 27 de octubre, FJ 2 y 75/1989, de 24 de abril, FJ 5). Dicho en palabras de la STC 281/2001, de

13. Para una exhaustiva delimitación de las facultades que se integran dentro de la competencia ordinaria de gestión, SSTC 190/2000, de 13 de julio, FJ 4; 98/2001, de 5 de abril, FJ 8 y 126/2002, de 23 de mayo, FJ 10.

20 de septiembre, en los supuestos de competencias compartidas el Estado viene obligado a dejar un margen de acción a las Comunidades Autónomas en la gestión de las subvenciones, "salvo que la naturaleza de la medida haga imprescindible la gestión directa y centralizada para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector, para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional o, por último, cuando dicha centralización sea un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados a la subvención. En todo caso, la necesidad de la gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate (STC 91/1992, de 11 de junio)" (FJ 7).¹⁴ Interesa hacer hincapié en la exigencia de que "la procedencia de esa gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate" [STC 213/1994, de 14 de julio, FJ 4 b).³, donde se sintetiza la doctrina constitucional]. Por el contrario, no es suficiente para que entre en juego esta excepción, la constatación de la "proyección supraautonómica" del objeto de la subvención [STC 126/2002, de 23 de mayo, FJ 9 a)], en aplicación de la conocida doctrina sobre la dimensión territorial de las competencias autonómicas (por todas, STC 243/1994, de 21 de julio, FJ 6).¹⁵

Al cerrar este epígrafe resulta oportuno señalar que los criterios generales sobre distribución de competencias en el ejercicio de la potestad subvencional, ahora sumariamente expuestos, son plenamente aplicables también a las subvenciones financiadas, parcial o totalmente, con fondos comunitarios [SSTC 128/1999, de 1 de julio, FJ 7 C) y 98/2001, de 5 de abril, FJ 6]. Y es que, aplicando al ámbito que nos ocupa la doctrina general, debemos reparar en que "los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el

14. Doctrina nuevamente reiterada en la STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 6 a).

15. En general, acerca del principio de territorialidad de las competencias autonómicas, *vid.* G. Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 392 y ss.; A. Salvador Sancho, "Los puntos de conexión y la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en AA.VV., *Territorio y autonomía. El alcance territorial de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2006, págs. 35 y ss. Sobre dicho principio en los nuevos Estatutos de Autonomía, Luis Pomed Sánchez, "Competencias y territorios en los nuevos estatutos", *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008, pp. 109 y ss.

Estado y las Comunidades Autónomas, (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias (...). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que 'no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario' (SSTC 236/1991 y 79/1992)" (STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 2).¹⁶

1.3. Algunas reflexiones acerca de la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de subvenciones

La aplicación por el Tribunal Constitucional de estos criterios generales se ha saldado, por lo común, con el pronunciamiento de Sentencias parcialmente estimatorias de las pretensiones deducidas por los actores en los correspondientes procesos constitucionales. Toda vez que esos actores han sido en la mayoría de los casos instancias autonómicas, podemos convenir en que el Tribunal Constitucional estima, con notable frecuencia, que el Estado no se atiene a las exigencias de "territorialización" de las subvenciones establecidas en la doctrina compendiada en la STC 13/1992, de 6 de febrero (en especial, FJ 8, antes parcialmente reproducido).

Cuando la controversia se articula por el cauce de los conflictos positivos de competencia, esto es, cuando el objeto del proceso constitucional son resoluciones o disposiciones administrativas de carácter general, esta habitual estimación parcial no conlleva, en ningún caso, la anulación de los actos o disposiciones controvertidos. En particular,

16. No obstante, el eventual desplazamiento, no ya de la titularidad de la competencia, sino de su ejercicio, no puede descartarse radicalmente si reparamos en la distinción elaborada por el Tribunal Constitucional entre la ejecución de la normativa comunitaria y la "garantía de la ejecución de las obligaciones iuscomunitarias", expresión usada en la STC 45/2001, de 15 de febrero. Y es que aun cuando esta resolución, en especial su FJ 7, hace referencia exclusivamente al contenido negativo de dicha garantía, no debemos olvidar que la STC 79/1992, de 28 de mayo, le atribuyó un contenido positivo, facultando la intervención estatal, bien que supletoria, en aquellos supuestos en los que la inactividad autonómica pusiera en riesgo el adecuado cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria europea. Adviértase, en todo caso, que nos hallamos ante una hipótesis excepcional y que, como tal, no implica que la sola concurrencia de elementos de Derecho comunitario europeo desplace sin más la competencia autonómica –vale decir, su ejercicio– a la esfera estatal.

el Tribunal Constitucional procede a una ponderación de los diversos intereses en presencia: por un lado, los propios de la parte que ha visto estimada su reclamación competencial y, por otro, el interés de terceros que pudieran ser beneficiarios de la subvención y que estarían obligados a reintegrar su importe en el supuesto de que la estimación parcial del conflicto viniera acompañada de la declaración de nulidad de los preceptos o de aquellos elementos del acto en los que se hubiera apreciado que concurría el vicio de inconstitucionalidad. Y dicha ponderación se salda con el pronunciamiento de Sentencias puramente declarativas pues en ellas el intérprete supremo de la Constitución se limita a efectuar un contraste entre las reglas competenciales y la disposición o acto administrativo controvertido, para extraer como única conclusión su inconstitucionalidad, pero sin llegar al extremo de declarar su nulidad, siquiera parcial, al constatar que esa disposición o acto administrativo “ya ha agotado sus efectos”.¹⁷

De modo que la ruptura del nexo entre inconstitucionalidad y nulidad responde al entendimiento de que el interés de la parte actora se satisface con un pronunciamiento meramente declarativo, aquí consistente en el reconocimiento de la titularidad de la competencia, desatendiendo su ejercicio efectivo. En particular, el Tribunal Constitucional viene a entender que la actora no ha ejercido pretensión alguna de devolución de las subvenciones otorgadas a terceros al no integrarse en su esfera de intereses jurídicamente protegidos.¹⁸

17. STC 126/2002, de 23 de mayo, FJ 11, que plasma un razonamiento habitual en las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de subvenciones, al precisar que “antes del fallo, debemos pronunciarnos también sobre el alcance que tiene la vulneración de competencias en que, según hemos visto, incurren algunos preceptos impugnados, en consideración a que, como hemos declarado en otros casos (SSTC 75/1989, de 24 de abril; 13/1992, de 6 de febrero; 79/1992, de 28 de mayo; 186/1999, de 14 de octubre, entre otras), la Orden impugnada ya ha agotado sus efectos y que no procede afectar a situaciones jurídicas consolidadas. Por ello la pretensión de la Generalidad de Cataluña puede estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de anular los preceptos correspondientes.”

18. Por otro lado, parece entenderse que este tipo de pronunciamientos pertenece a la competencia propia de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quienes podrán declarar la nulidad de la disposición o acto administrativo recurrido e imponer, consecuentemente, la obligación de restitución de la cantidad percibida por el beneficiario de la subvención cuando ello sea preciso para dar plena satisfacción a los intereses de un actor cuyo recurso deba ser estimado. En tales casos no puede ponderarse el interés de un tercero –la instancia autonómica que promovió el conflicto positivo de competencia– que, amén de no ser parte en el proceso, ya habría visto satisfecha su pretensión con el pronunciamiento de un fallo declarativo por el Tribunal Constitucional.

Parece loable la voluntad que anima al Tribunal Constitucional de acotar los efectos de sus resoluciones procurando, en particular, no afectar a los derechos e intereses de terceros que no son parte en los correspondientes procesos constitucionales. Ahora bien, cabe preguntarse una vez más¹⁹ si esta forma de proceder no entraña un serio riesgo de convertir tales resoluciones en puro *flatus vocis*.

En efecto, la consideración del transcurso del tiempo como un factor a ponderar tiende a privar de efectos prácticos a las Sentencias dictadas por el Alto Tribunal en los procesos constitucionales de contenido competencial trabados con ocasión del ejercicio por la potestad subvencional. Y es que, dada la demora con la que se pronuncia el Tribunal Constitucional, los fallos puramente declarativos de la titularidad de la competencia se han convertido en la regla cuando se discute el recurso a esa potestad pública.²⁰

La generalización de este tipo de resoluciones ha propiciado algunos comportamientos no siempre acordes con la lógica que debe informar el funcionamiento del Estado autonómico.

En primer lugar, debe señalarse la propensión de las instancias autonómicas a la autocontención en la formación de conflictos competenciales en materia de subvenciones. Así, es frecuente que dichas instancias se alcen contra una determinada convocatoria de subvenciones, pero no amplíen la controversia a posteriores convocatorias sustancialmente idénticas.²¹ Parece pensarse que esa ampliación o

19. A ello ya hemos tenido ocasión de referirnos en L. Pomed Sánchez, "Jurisprudencia constitucional sobre subvenciones", *op. cit.*, pág. 291.

20. Recuérdese, sin ir más lejos, que en la STC 126/2002, de 23 de mayo, antes citada, se resuelve un conflicto positivo de competencia promovido respecto de una Orden Ministerial de 22 de marzo de 1993 y formalizado el 24 de septiembre de 1993. Esto es, entre el planteamiento del conflicto y su resolución transcurrieron casi nueve años.

21. El conflicto positivo de competencia pendiente de Sentencia ante el Tribunal Constitucional más antiguo es el núm. 843-2000, formulado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña respecto de la Resolución del Consejo Superior de Deportes de 8 de septiembre, por la que se convocan subvenciones a Universidades Privadas con programas de ayuda a deportistas universitarios de alto nivel, correspondiente al año 1990. Pues bien, durante la pendency de este proceso constitucional se han sucedido hasta un total de ocho Resoluciones del Consejo Superior de Deportes de contenido sustancialmente idéntico, bien que las convocatorias subsiguientes comprenden también a las Universidades Públicas que cuenten con programas de ayuda a deportistas de alto nivel (desde la Resolución de 22 de junio de 2000, primera que amplía el ámbito subjetivo de beneficiarios, hasta la

reiteración es rigurosamente innecesaria si el resultado que se puede conseguir es puramente doctrinal, en la medida en que una eventual –muy plausible en buena parte de los supuestos– estimación del conflicto no conllevará la anulación de la convocatoria.

En segundo lugar, y esto resulta más preocupante, la ausencia de efectos prácticos inmediatos, ha favorecido en ocasiones la flagrante desatención de la doctrina constitucional. Como quiera que la “rentabilidad política” del otorgamiento de las subvenciones es inmediata, en tanto que la sanción de la competencia resulta tardía y limitada, el pronunciamiento de Sentencias puramente declarativas no tiene efectos disuasorios de la propensión a hacer uso de esta técnica de fomento con vistas a capitalizar sus réditos políticos.

Un ejemplo de esta forma de proceder es la Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo de 25 de julio de 2003, por la que se prorrogan las convocatorias y ayudas para planes de formación continua de demanda y de oferta, publicadas en el ejercicio 2003, para la formación correspondiente al ejercicio de ese mismo año. Esta Resolución, frente a la que promovió conflicto positivo de competencia el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, parcialmente estimado por la STC 230/2003, de 8 de diciembre, reiteraba en esencia el contenido de las Resoluciones declaradas contrarias al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias por las SSTC 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre. De este modo, el Instituto Nacional de Empleo ignoró patentemente el contenido de sendas Sentencias del Tribunal Constitucional. Cuando menos, habremos de convenir en que el respeto al valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional y a su doctrina, consustancial al principio de lealtad constitucional, hubiera demandado un comportamiento distinto por parte de la Administración General del Estado.

Pues bien, durante la VIII Legislatura se han sucedido dos novedades normativas cuya adecuada utilización acaso pueda contribuir a evitar que resoluciones del tipo de la anteriormente descrita se reiteren en el futuro. Se trata, por un lado, de la afirmación de una competencia autonómica de participación en la fijación del carácter terri-

Resolución de 17 de septiembre de 2007). Identidad que alcanza tanto al establecimiento de subvenciones en materia deportiva, como a la gestión centralizada de las mismas.

torializable o no de las subvenciones estatales, originariamente plasmada en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña resultante de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2006, de 16 de julio, y luego incorporada a los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 45.3 del nuevo texto incorporado a la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) y Aragón (art. 79.3 del texto fruto de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril). Y, por otro, de la modificación de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que permite al Pleno diferir a las Salas el conocimiento de los conflictos positivos de competencia.

Muy posiblemente, un uso racional de esta novedad procesal permitiría agilizar la resolución de aquellos conflictos positivos de competencia en los que, como viene siendo habitual respecto del ejercicio de la potestad subvencional, se reiteren cuestiones para las que ya existe respuesta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Adviértase, no obstante, que, por el momento, esta posibilidad permanece inédita en lo que a la resolución de conflictos positivos de competencia por las Salas se refiere. Por otro lado, esta opción no deja de entrañar riesgos para la coherencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en la medida en que las Salas vayan más allá de esa aplicación de doctrina –suponiendo que quepa hablar de auténtica aplicación de doctrina cuando de la interpretación de la Constitución se trata– e introduzcan en ella matices no deliberados en el Pleno.

Por su parte, la participación de las Comunidades Autónomas en la determinación del carácter territorializable de las subvenciones establecidas con fondos del Estado puede tener, desde la perspectiva que aquí estrictamente interesa, una indudable virtualidad preventiva. En la hipótesis de que el Tribunal Constitucional no encuentre reparos a este tipo de previsiones estatutarias –recuérdese que el art. 114.5 del nuevo Estatuto de Cataluña ha sido impugnado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso–, acaso pudiera servir para evitar la formalización de conflictos competenciales.

2. Novedades normativas

En el curso de los últimos cinco años se han sucedido algunas novedades legislativas de indudable interés en materia de subvenciones. Por una parte, el Estado ha abordado, por vez primera, una regulación completa de la actividad subvencional: la Ley 38/2003, de 17

de noviembre, General de Subvenciones, cuyo Reglamento fue aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. Por otra, los ya citados nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía y Aragón dedican particular atención a la incidencia de la "actividad de fomento", en particular, la potestad subvencional, en el ejercicio de las competencias autonómicas.

2.1. La Ley General de Subvenciones y su Reglamento de desarrollo

No es éste, obviamente, lugar adecuado para abordar un estudio en profundidad acerca de la adecuación de la Ley General de Subvenciones (en adelante, LGS) al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias.²² Una adecuación controvertida por algunas instancias autonómicas²³ y que, en efecto, no deja de parecer discutible.

Dos son los aspectos de la LGS sobre los que centraremos nuestra atención: los títulos competenciales invocados por el Estado para su aprobación y para la atribución de carácter básico a algunos de sus preceptos (disposición final primera); y la determinación de su ámbito de aplicación (art. 3.4).

Con respecto al primero, llama la atención que el legislador estatal se ampare en los apartados 13, 14 y 18 del art. 149.1 CE para predicar el carácter básico de un buen número de preceptos de la LGS, puesto que en el art. 149.1.14 CE no se reserva al Estado competencia básica alguna. Descartada, por absurda, la hipótesis de que el legislador estatal entienda que desde una competencia exclusiva puedan establecerse normas básicas objeto de un posterior desarro-

22. Al efecto sirva la remisión a L. Pomed Sánchez, "Los ámbitos territorial y temporal de aplicación de la Ley", en G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Cizur-Menor, 2005, págs. 67 y ss., así como al trabajo de F. López Ramón, "Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 165 (2004), págs. 29 y ss.

23. Tanto el Gobierno de Aragón como el Parlamento de Cataluña interpusieron en su momento sendos recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley estatal por motivos competenciales. Como cabe imaginar, ambos recursos se encuentran pendientes de resolución al momento de redactar estas líneas.

llo autonómico por parte de unas Comunidades Autónomas que carecerían de habilitación estatutaria al efecto, habremos de convenir en que la mención del art. 149.1.14 CE representa un error acaso explicable por la indudable vinculación del ejercicio de la potestad subvencional con el manejo de los fondos públicos, pero carente de efecto práctico alguno.

Sorprende, por otro lado, la notable extensión de lo básico –en la disposición final primera LGS se atribuye tal carácter, total o parcialmente a 41 de los 69 artículos de la Ley y a dos de las diecinueve disposiciones adicionales–, dado que, como ya hemos tenido ocasión de exponer, la subvención no es materia competencial y que, de los títulos expresamente esgrimidos por el legislador estatal, sólo el art. 149.1.18 CE permite la regulación normativa de los aspectos básicos de la institución que nos ocupa. En particular, la LGS no es una norma que atienda al contenido material del ejercicio de la potestad subvencional, en cuyo caso quizá cobraría sentido la mención del art. 149.1.13 CE, sino que procede a una regulación del régimen jurídico general del ejercicio de dicha potestad, estableciendo reglas y principios procedimentales comunes.

Consecuentemente, el fundamento competencial de la Ley debe buscarse en el art. 149.1.18 CE, en tanto que los preceptos calificados como básicos que pueden reconducirse a la competencia atribuida al Estado en el art. 149.1.13 CE son una minoría y ninguno de ellos puede ampararse en el art. 149.1.14 CE. De modo que la LGS no satisface plenamente los requisitos formales de lo básico. Y es que la utilización de tres títulos competenciales de alcance tan heterogéneo como los invocados por el legislador estatal puede generar dudas si se contemplan desde la perspectiva subjetiva del principio de seguridad jurídica –a cuya preservación se dirigen esos requisitos formales–.²⁴ Así sucedería, pongamos por caso, si con apoyo en la cita del art. 149.1.14 CE se intentara impedir el desarrollo normativo o si se acudiera a la facultad coordinadora atribuida al Estado por el art. 149.1.13 CE, mermando en ambos casos las facultades de desarrollo y ejecución de la legisla-

24. Desde la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 9, el Tribunal Constitucional ha venido distinguiendo las vertientes objetiva y subjetiva del principio de seguridad jurídica. En tanto el primero hace referencia al conocimiento y certeza de la norma, con el segundo se pone el acento en la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos.

ción básica y la consiguiente libertad de definición de políticas propias autonómicas.

Como colofón de la determinación del ámbito de aplicación territorial de la LGS hay que señalar lo dispuesto en su art. 3.4. En tanto que lo establecido en la Disposición final primera remite al momento de elaboración de las normas, este artículo presta atención al de su aplicación. Y al hacerlo procede a una extensión de la aplicabilidad de la Ley que parece difícilmente compatible con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en esta materia (en particular, la ya citada STC 13/1992, FJ 8). Especialmente discutible resulta la extensión de esa aplicabilidad a las subvenciones otorgadas en materias sobre las que el Estado únicamente ostenta competencias básicas y en las que, por consiguiente, debe dejar un margen a la normativa autonómica. Frente a esta exigencia deducible de la doctrina del Tribunal Constitucional, el precepto agota en su totalidad el espacio normativo, y vacía con ello las competencias autonómicas. Otro tanto sucede respecto de las Entidades Locales toda vez que la disposición adicional decimocuarta incorpora una serie de previsiones aplicables a los entes integrantes de la Administración Local, sin que se predique su condición de norma básica.

Obviamente, las deficiencias que parecen aquejar a la LGS cuando se contempla desde la perspectiva del reparto competencial no han podido ser subsanadas por su Reglamento de desarrollo –por otro lado, durante la VIII Legislatura no ha habido iniciativa legislativa alguna para reformar la Ley–, aprobado en julio de 2006.²⁵ No obstante, el Reglamento incorpora dos novedades que pueden contribuir a una mejor coordinación en el ejercicio de la potestad subvencional por las Administraciones territoriales. De una parte, siguiendo el modelo de la Junta Consultiva de Contratación, se crea la Junta Consultiva de Subvenciones. De otra, se establece una base de datos nacional de subvenciones. Ambos instrumentos pueden servir, si existe una voluntad política sostenida de los diversos actores implicados, para una mayor cooperación en el ejercicio de la potestad pública que nos ocupa. Y es que la modestia de estos mimbres no debe servir de excusa para extraer de ellos toda la potencialidad que encierran.

25. Por lo demás, con evidente retraso, pues la disposición final tercera LGS confería un plazo de un año para la aprobación del Reglamento.

2.2. El tratamiento de la actividad de fomento en los nuevos Estatutos de Autonomía

La VIII Legislatura ha sido pródiga en novedades para el Estado autonómico. Al respecto bien puede afirmarse que con la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 16 de julio, de reforma del Estatuto de Cataluña, se ha iniciado una nueva etapa en la evolución del Estado autonómico. Tras la generalización del sistema de autonomías territoriales, y las sucesivas reformas parciales de los Estatutos de las Comunidades Autónomas llamadas “de vía lenta”, esta nueva etapa se caracteriza por la renovación de las bases institucionales de la autonomía. Formalmente, dicha característica se ha traducido en la elaboración de nuevos textos completos de los Estatutos de Autonomía objeto de reforma. Así ha sucedido con los Estatutos de Autonomía de las Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) y Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre).²⁶ Por el contrario, la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, responde al modelo clásico de revisión parcial del articulado vigente al momento de procederse a la reforma.

Tres de esos nuevos Estatutos de Autonomía prestan especial atención al impacto de la potestad subvencional sobre el efectivo ejercicio de las competencias autonómicas. Son los Estatutos de Autonomía reformados de Cataluña (art. 114), Andalucía (art. 45) y Aragón (art. 79).²⁷

Estos tres preceptos estatutarios contienen una regulación prácticamente idéntica de lo que denominan “actividad de fomento” y que, en rigor, se refiere al ejercicio de la potestad subvencional. Una

26. Durante la pasada legislatura se remitieron a las Cortes Generales las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía de Canarias (presentada el 14 de septiembre de 2006 y posteriormente retirada) y de Castilla-La Mancha (presentada el 1 de febrero de 2007 y cuya tramitación continúa en la IX Legislatura en virtud de los acuerdos de la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados de 21 de enero de 2008 y de la Mesa del Congreso de los Diputados de 7 de abril de 2008).

27. Junto con estas previsiones genéricas, los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía incluyen previsiones específicas que aseguran la gestión de las subvenciones establecidas en las “políticas activas de ocupación” [arts. 170.1 b) y 63.1.1ª, respectivamente].

regulación que se abre con la afirmación de que corresponde a la Comunidad Autónoma el ejercicio de esa actividad de fomento, concretada en el otorgamiento de subvenciones con cargo a fondos propios, "en las materias de su competencia" (arts. 114.1, 45.1 y 79.1, respectivamente).

Esta declaración, que no aporta novedad alguna, sirve como punto de partida para la concreción del haz competencial correspondiente a las Comunidades Autónomas, según se trate de materias "competencias exclusivas", materias en las que exista una compartición de competencias o materias sobre las cuales estas tres Comunidades Autónomas únicamente ostenten competencias de ejecución. En el caso de las materias "competencias exclusivas", estas tres Comunidades Autónomas asumen las potestades atinentes a la "especificación de los objetivos a los que se destinan las subvenciones estatales y comunitarias territorializables así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión" (art. 114.2 EA Cat.; en similares términos, arts. 45.2 EA And., y 79.2 EA Ar.). En el caso de materias en las que exista una compartición de competencias, la Comunidad Autónoma queda facultada para "precisar normativamente los objetivos a los que se destinan las subvenciones estatales y comunitarias europeas, así como completar la regulación de las condiciones de otorgamiento y toda la gestión, incluyendo la tramitación y la concesión" (art. 114.3 EA Cat.; con ligeras variantes, arts. 45.2 EA And., y 79.2 EA Ar.). Y por último, en el caso de que sean materias sobre las cuales estas tres Comunidades Autónomas únicamente ostenten competencias de ejecución, éstas asumen la "gestión de las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables, incluyendo la tramitación y la concesión" (art. 114.4 EA Cat.; en términos sustancialmente iguales, arts. 45.2 EA And., y 79.2 EA Ar.). Finalmente, las tres Comunidades Autónomas reivindican estatutariamente su participación "en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias europeas. Asimismo, participa, en los términos que fije el Estado, en su gestión y tramitación" (art. 114.5 EA Cat.; nuevamente vienen a coincidir en lo esencial los arts. 45.3 EA And., y 79.3 EA Ar.).

Las previsiones estatutarias relativas a las subvenciones susceptibles de "territorialización" coinciden, a grandes rasgos, con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en la materia (destaca-

damente en la STC 13/1992, de 6 de febrero). No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la participación autonómica en la determinación del carácter "no territorializable" de las subvenciones estatales y europeas, novedad que ha sido impugnada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, interpuesto por 99 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Entienden los parlamentarios recurrentes que esta previsión estatutaria transforma una competencia exclusiva del Estado en una competencia compartida al reconocerse un derecho de participación autonómica en la determinación del referido carácter no territorializable. Si así se entiende, sorprende que esta misma regla no haya sido controvertida cuando se ha incorporado a los Estatutos de Autonomía reformados de Andalucía y Aragón.

Al margen de las dudas de constitucionalidad planteadas respecto del art. 114.5 EAC, debe reiterarse que la participación autonómica en la determinación del carácter territorializable, o no, de las subvenciones estatales, puede prevenir el surgimiento de controversias competenciales en una materia donde es ya abundante la doctrina constitucional. El respeto a dicha doctrina habrá de servir, a buen seguro, para hallar puntos de acuerdo entre las distintas instancias territoriales implicadas.

3. Evolución reciente de la conflictividad competencial en materia de subvenciones (2004-2008)

Antes de cerrar el presente estudio parece oportuno que nos detengamos brevemente a observar la evolución de la conflictividad competencial en materia de subvenciones durante la pasada Legislatura. Ha sido ésta una Legislatura de especial interés para el Estado autonómico, pues no en vano la llamada cuestión territorial ha estado en el centro del debate político, en particular tras la iniciativa de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña remitido por el Parlamento autonómico a las Cortes Generales.

Sin embargo, la contienda política no se ha traducido en un incremento de la conflictividad formalizada ante el Tribunal Constitucional. Antes al contrario, durante el cuatrienio 2004-2008 se ha reducido significativamente el número de impugnaciones de contenido constitucional que han enfrentado al Estado y las diferentes Comunidades

Autónomas.²⁸ Esta reducción general contrasta con el aumento del número de controversias formalizadas en el mismo periodo y en las que se discute la adecuación al orden competencial del ejercicio de la potestad subvencional. Así, mientras que en la VII Legislatura se iniciaron 16 procesos constitucionales relativos a la ordenación y ejercicio de dicha potestad pública, en la VIII ese número se ha incrementado hasta alcanzar la veintena.

Resta por añadir, finalmente, que acaso el dato más significativo en cuanto a las controversias competenciales sobre subvenciones pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional sea su notable reducción como consecuencia de los numerosos desistimientos habidos en los primeros años de la Legislatura. De modo que sólo 6 de los 16 procesos constitucionales iniciados en el cuatrienio 2000-2004 se hallan actualmente a la espera de respuesta.²⁹ Por ello, bueno será relacionar aquellos conflictos que hayan concluido por desistimiento de la parte actora. Posteriormente se dará cuenta de los conflictos planteados en la pasada Legislatura.

28. Si tomamos los datos que figuran en las estadísticas incluidas en la publicación *Informe sobre conflictividad Estado-Comunidades Autónomas durante la VIII Legislatura (14 de marzo de 2004-12 de abril de 2008)*, Ministerio de Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, observamos que entre los años 2000 y 2003 el número de recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial y conflictos positivos de competencia ascendió a 174, reduciéndose y sin embargo, se redujeron a sólo solo 55 durante los años 2004 a 2007. Bien es cierto que en el cuadro estadístico no figura ningún nuevo proceso constitucional iniciado en 2008 y que no existe una clara desagregación por Legislaturas, como por lo demás es habitual; pero ello no impide concluir que los datos ofrecidos atestiguan una importante reducción de la conflictividad competencial ante el Tribunal Constitucional. Téngase presente, por otro lado, que algunos de los procesos constitucionales de mayor relevancia para el devenir del Estado autonómico no enfrentan propiamente al Estado y a las Comunidades Autónomas al haber sido iniciados por instituciones o fracciones de instituciones estatales. Es el caso, significativamente, de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por 99 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso y el Defensor del Pueblo contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña reformado.

29. Esta reducción se debe, como ya se ha apuntado, al incremento de los desistimientos –forma de terminación de hasta un total de 13 procesos constitucionales en materia de subvenciones–, pues sólo solo en uno, el tramitado con el núm. 5471-2003, ha recaído Sentencia definitiva: la STC 230/2003, de 18 de diciembre. Como ya se ha indicado en otro momento, pende todavía el conflicto positivo de competencia núm. 843-2000, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña respecto de la Resolución del Consejo Superior de Deportes de 8 de septiembre de 1999, sobre subvenciones a Universidades Privadas con programas de ayudas a deportistas de alto nivel. Es éste el conflicto más antiguo en materia de subvenciones y su inicio se remonta a la VI Legislatura.

3.1. Procesos constitucionales extinguidos

Viene siendo habitual, o cuando menos las experiencias habidas tras los cambios de mayorías parlamentarias resultantes de las elecciones generales de 1996 y 2004 así permiten afirmar, que la alternancia en el Gobierno de la Nación conlleva una redefinición de esas relaciones entre las instancias públicas territoriales, al menos de las relaciones “conflictivas”. De este modo, el nuevo Gobierno suele “estrenarse” con un elevado número de desistimientos en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial o en los conflictos positivos de competencia formalizados por su antecesor, sin que falten, como una suerte de contrapartida, los desistimientos de las Comunidades Autónomas.

Ni que decir tiene que tras este primer momento “pacificador” la conflictividad resurge con mayor o menor intensidad en función de múltiples factores, entre los que destacan los de tipo político (solidez de la mayoría parlamentaria que apoya al Gobierno, coincidencia del color político del Gobierno nacional con los Ejecutivos autonómicos, etc.). Cuando ese resurgimiento tiene lugar, se aprecian de manera más diáfana las líneas de continuidad –o de discontinuidad– en la tarea de conformación del Estado autonómico, los ámbitos en los que más discutida se encuentra la posición que ocupa cada una de las instancias territoriales, o las mayores renuencias a aceptar la doctrina constitucional elaborada al efecto.

Con respecto a los conflictos trabados en relación con la actividad subvencionadora de las Administraciones Públicas debe subrayarse que durante la VIII Legislatura se han extinguido, generalmente por desistimiento de la parte actora, 13 de los 20 procesos pendientes al inicio del cuatrienio (cifra esta última idéntica a la de nuevos conflictos planteados en el curso de la Legislatura a la que se contrae esta relación).³⁰

30. Siguen pendientes de resolución los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de Aragón y el Parlamento de Cataluña en relación con la LGS (núms. 931-2004 y 964-2004, respectivamente). A ellos deben añadirse los siguientes conflictos positivos de competencia: 368-2001, iniciado por el Gobierno de Aragón contra la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía de 8 de septiembre de 2000, por la que se regula la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica en el marco del Plan de Fomento para las Energías Renovables; 3549-2001, planteado por el Gobierno de Castilla-La Mancha en relación con el Real Decreto 117/2001, de 9 de febrero, por el que se establece la normativa básica de fomento de las

Cinco de esos desistimientos se han producido a iniciativa del Estado. En cuatro de ellos se controvertían normas y resoluciones autonómicas por las que se establecían ayudas económicas a favor de determinadas categorías de pensionistas.³¹ Indudablemente, estos desistimientos se han visto propiciados por el pronunciamiento de la STC 239/2002, de 11 de diciembre, cuya doctrina asume el Estado central al desistir del recurso de inconstitucionalidad núm. 3895-2003, interpuesto después de dictarse dicha resolución.³² A estos cuatro procesos concluidos a iniciativa del Gobierno de la Nación debe añadirse el desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5175-2003, interpuesto contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 10/2003, de 20 de marzo, de Modulación de Ayudas Agrarias. Esta Ley autonómica, de discutible factura técnica –causa sorpresa que en su art. 3 se hable de “la presente Proposición de Ley”–, hace uso de las facultades moduladoras reconocidas a las autoridades nacio-

inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación; 476-2003, promovido por el Gobierno de Andalucía frente a la Orden MAM/2484/2002, de 4 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales y se convocan para el año 2003, y 4593-2004, formalizado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña frente a la Orden TAS/500/2004, de 13 de febrero, por la que se regula la financiación de las acciones de formación continua en las empresas, incluidos los permisos individuales de formación.

31. Se trata de los conflictos positivos de competencia núms. 4595/1999 (Acuerdo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña de 31 de agosto de 1999, por el que se establece una ayuda económica para determinados pensionistas), 367-2000 (Acuerdo del Gobierno de las Illes Balears de 12 de noviembre de 1999, por el que se aprueba la concesión de una ayuda económica para determinados beneficiarios de pensiones asistenciales y no contributivas), 2055-2001 (Acuerdo del Gobierno de las Illes Balears de 29 de diciembre de 2000, de contenido idéntico al anterior), y el recurso de inconstitucionalidad 3895-2003, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 11/2003, de 7 de marzo, de ayudas extraordinarias a los pensionistas de viudedad.

32. En la STC 239/2002 se desestimaron sendos conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre, y 62/1999, de 9 de marzo, por los que se establecían ayudas económicas complementarias y extraordinarias a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. Entiende en esta resolución el Tribunal Constitucional que “los auxilios económicos objeto de esta controversia competencial tienen una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, de modo que se incardinan en la materia ‘asistencia social’, pues hemos configurado esta materia, en términos de nuestra doctrina anterior, como una ‘técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otros afines o próximos a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualesquiera que éstos sean o también por entidades privadas’ (STC 171/1998, de 23 de julio, FJ 3)” (FJ 9).

nales en el Reglamento (CE) núm. 1257/1999, de 17 de mayo de 1999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), en la ordenación de los pagos directos del Gobierno de Castilla-La Mancha a los agricultores al amparo de los regímenes de ayuda de la política agraria común financiadas total o parcialmente por la Sección Garantía del FEOGA.³³

En este mismo período se han extinguido ocho conflictos positivos de competencia en materia de subvenciones promovidos por las Comunidades Autónomas, principalmente por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, órgano que ha desistido en cinco de los conflictos positivos de competencia que había formalizado respecto de otras tantas normas y resoluciones estatales reguladoras de la concesión de subvenciones en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales.³⁴ Estos desistimientos han seguido a la promulgación del Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, que procede a dar nueva regulación a las subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales para adaptarla a la doctrina establecida en la STC 194/2004, de 4 de noviembre.

A su vez, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña ha desistido en dos conflictos positivos de competencias trabados contra sendas Órdenes del Ministerio de Industria y Energía.³⁵ Por otra parte, en el

33. Previamente al desistimiento del Presidente del Gobierno la Ley impugnada fue modificada por la Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha. Aunque la reforma apenas afectó a algunas cuestiones de detalle –concretándose en una más adecuada redacción del art. 8, rubricado “destino de los fondos procedentes de la modulación” y una nueva definición de la expresión matemática de bonificaciones recogida en el anexo III– cabe pensar que facilitó la posterior desaparición de la controversia competencial.

34. Son éstos los conflictos positivos de competencia 4064/1999 (Real Decreto 940/1999, de 4 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre la determinación y concesión de subvenciones públicas estatales en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales, y la Resolución de la Presidencia del Organismo Autónomo Parques Nacionales 2 de julio de 1999, por la que se convoca la concesión de dichas subvenciones durante el citado año de 1999), 2801-2000 (convocatoria de 13 de enero de 2000 para ese año 2000), 2978-2001 (Resolución de 18 de enero de 2001, que convoca las ayudas para el año 2001), 2493-2002 (Resolución de 3 de diciembre de 2001, de convocatoria para 2002), y 6904-2002, con respecto a la Resolución de 31 de julio de 2002, que convoca las ayudas para 2003.

35. Conflictos positivos de competencia 3546/1997, promovido en relación con la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 8 de abril de 1997, por la que se regula la concesión

ATC 16/2005, de 18 de enero, declara extinguido otro conflicto (tramitado con el núm. 1328-2002), promovido por este mismo órgano autonómico contra diversos preceptos de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 30 de octubre de 2001, sobre subvenciones en materia de formación y empleo. En esta ocasión fue el propio Tribunal Constitucional quien suscitó la eventual desaparición del objeto del proceso al haber sido derogada la Orden Ministerial objeto del conflicto, expresando la actora su conformidad con este criterio pues la derogación de la norma reglamentaria privaba de antemano de todo efecto práctico a una eventual resolución estimatoria.

Finalmente, la utilización del procedimiento voluntario de cooperación introducido en el art. 33.2 LOTC por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, ha evitado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. Concretamente, el acuerdo alcanzado en la Comisión Bilateral de Cooperación se tradujo en una reforma de los preceptos controvertidos mediante la Ley autonómica 5/2007, de 4 de julio, de medidas fiscales y financieras.³⁶

Al concluir la relación de procesos constitucionales vinculados con el ejercicio de la potestad subvencional extinguidos durante el cuatrienio 2004-2008, interesa destacar la estrecha relación entre el desistimiento de la parte actora y la existencia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en otros procesos similares. Puede así intuirse que la definición de una línea jurisprudencial clara y precisa es un buen antídoto para la proliferación de controversias competenciales, siempre y cuando los distintos actores interioricen esa doctrina constitucional y se atengan a ella en el ejercicio de sus funciones públicas. Por ello mismo, la celeridad en la resolución de los procesos constitucionales es un valor primordial, pues interesa no tanto que se extingan so-

de ayudas a la exploración, investigación y desarrollo tecnológico y actividades mineras no energéticas; y 3836/1997, en relación con la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 19 de mayo de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas para actuaciones de reindustrialización y la convocatoria para las solicitudes de dichas ayudas.

36. El dato se reseña en el *Informe sobre conflictividad*, op. cit., p. 47. En relación con el procedimiento voluntario de conciliación, vid. M. González Beilfuss, "La resolución extrajudicial de las discrepancias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas: el mecanismo del artículo 33.2 de la LOTC", en *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008, pp. 17 y ss.

brevemente los conflictos ya formalizados cuanto que no lleguen a plantearse, ya que esto demostraría un funcionamiento del Estado autonómico más armónico y respetuoso con los ámbitos competenciales correspondientes a cada una de las instancias territoriales.

3.2. Formalización de nuevas controversias competenciales relacionadas con el establecimiento de subvenciones. Ámbitos de actividad a los que afectan

Como ya se ha indicado anteriormente, durante la VIII Legislatura se han planteado un total de 20 conflictos positivos de competencia en los cuales se cuestiona la constitucionalidad de normas infralegales y resoluciones estatales sobre medidas de fomento. Desde el punto de vista material se observa un destacado predominio de las materias de formación continua y asistencia social en dichas controversias. Lo cual, examinado desde la perspectiva estrictamente orgánica, pone de manifiesto que el Departamento ministerial cuya actividad subvencionadora ha sido más contestada por las Comunidades Autónomas ha sido, indudablemente, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El envés de la actual situación lo representa la pacificación de las controversias competenciales en materia ambiental, otrora tan abundantes.

3.2.1. Formación profesional continua de trabajadores y funcionarios

De los veinte nuevos conflictos, seis tienen por objeto normas y resoluciones estatales en materia de formación continua de trabajadores y planes de formación de funcionarios.

La financiación de la formación continua de los trabajadores ha sido cuestión controvertida y sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la STC 95/2002, de 25 de abril, donde se establece una clara doctrina acerca de la necesidad de compatibilizar las funciones sociales del Estado con su estructura territorial. Conforme a dicha doctrina –luego reiterada en la STC 190/2002, de 17 de octubre–, el diálogo social no puede alterar el régimen de distribución de competencias. De modo que la materialización de los acuerdos alcanzados entre el Gobierno de la Nación y los diversos agentes sociales habrá de llevarse a cabo desde el respe-

to a los criterios establecidos en el bloque de constitucionalidad para la distribución territorial del poder.

Al tiempo que se elaboraba esta doctrina se aprobó la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que, entre otros extremos, establece el Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales, cuya gestión se atribuye a la Administración General del Estado. La constitucionalidad de esta Ley Orgánica, dictada con invocación de las competencias estatales para el establecimiento de las "condiciones básicas" del art. 149.1.1 CE, legislación laboral (art. 149.1.7) y enseñanza (art. 149.1.30) ha sido cuestionada por la Generalidad de Cataluña.³⁷ En desarrollo de esta Ley Orgánica se dictó el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, donde se regulan distintas iniciativas del subsistema de formación continua también controvertida por varias Comunidades Autónomas.³⁸

Dados estos antecedentes no puede sorprender que las normas dictadas en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, hayan sido impugnadas por diversas Comunidades Autónomas al entender que ignoran las competencias ejecutivas de la legislación laboral que les atribuye el bloque de constitucionalidad.

Especial interés reviste, a este respecto, la impugnación de la Orden TAS/500/2004, de 13 de febrero, reguladora de las acciones de financiación de las acciones de formación continua en las empresas, incluidos los permisos individuales de formación.³⁹ Su interés viene da-

37. Tanto el Parlamento de Cataluña como el Gobierno de la Generalidad de Cataluña han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad, por motivos competenciales, contra la Ley Orgánica 5/2002, pendientes ambos de resolución al redactar estas líneas.

38. Concretamente, promovieron conflicto positivo de competencia contra el Real Decreto 1046/2003, por estimar que ignoraba las competencias autonómicas de ejecución de la legislación laboral, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña (núm. 7264-2003), el Gobierno de la Junta de Galicia (núm. 122-2004), el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (núm. 145-2004) y el Gobierno de Aragón (núm. 198-2004). Aunque este Real Decreto ha sido derogado por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, no parece que la nueva regulación haya satisfecho en exceso las expectativas de las instancias autonómicas a juzgar por los cinco conflictos positivos de competencia que se han entablado contra el mismo. Al amparo de lo previsto en este Real Decreto se dictó la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, impugnada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en el conflicto positivo de competencia núm. 5571-2008.

39. Esta Orden ha sido impugnada por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en el conflicto núm. 4593-2004. La Orden TAS/2783/2004, de 30 de julio, que establece las bases

do por el hecho de que la Orden controvertida establece que esas acciones de formación continua se financiarán mediante bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. Esta opción plantea la duda de hasta qué punto no estamos ante una aplicación indebida del principio de intercambiabilidad de las formas jurídicas, pues cabe preguntarse en qué medida el recurso a la modulación de estas prestaciones patrimoniales de carácter público es mero expediente para que el Estado retenga unas funciones ejecutivas que, en rigor, no le corresponden.

A su vez, la doctrina constitucional sobre distribución de competencias en materia de fomento de la formación continua de los empleados públicos se recoge sustancialmente en las SSTC 190/2002, de 17 de octubre, y 228/2003, de 18 de diciembre. Conforme a dicha doctrina, resulta constitucionalmente legítimo que el Estado destine fondos públicos a la financiación de actividades de este tipo, siempre que no ponga en cuestión las competencias normativas y de gestión que al respecto ostentan las Comunidades Autónomas, que deben disponer de los fondos territorializados que según criterios objetivos les correspondan para dedicarlos a dicho fin (FJ 8 de ambas resoluciones). Obviamente, estos primeros pronunciamientos en la materia no resuelven todos los problemas que puede plantear la financiación de la formación continua de los empleados públicos. Prueba de ello es que en el cuatrienio aquí examinado se han promovido dos nuevos conflictos positivos de competencia donde se controvierte especialmente la gestión de los programas de formación continua de los empleados autonómicos y locales.⁴⁰

reguladoras para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa para la formación de trabajadores, ha sido impugnada por los Ejecutivos autonómicos de Madrid y la Comunidad Valenciana, quienes discuten, en especial, la subordinación de los contratos programas de ámbito autonómico financiables al amparo de esta Orden a la negociación colectiva estatal. Por otro lado, la Orden TAS 2782/2004, igualmente de 30 de julio, de bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas destinadas a las acciones complementarias y de acompañamiento a la formación, ha sido impugnada por el Gobierno de la Comunidad Valenciana en cuanto a la tipología de las acciones susceptibles de financiación, la fijación de los criterios para su valoración técnica y el protagonismo reconocido al Servicio Público de Empleo Estatal para el seguimiento y control de los proyectos beneficiarios de las subvenciones, toda vez que la acción de las Comunidades Autónomas queda reducida al mero "apoyo técnico".

40. En el conflicto positivo de competencia núm. 2947-2005, el Gobierno de la Junta de Galicia impugna la Orden APU/4217/2004, de 22 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras para el desarrollo de planes de formación de los empleados públicos. Entiende en este caso el Ejecutivo autonómico que el grado de detalle de las bases y la asignación de funciones ejecutivas a la Comisión General para la Formación Continua respecto de las acciones de formación continua de los funcionarios autonómicos y locales

3.2.2. Asistencia social

En siete conflictos positivos de competencia planteados en el cuatrienio estudiado se plantea la delimitación de competencias sobre subvenciones en materia de asistencia social. Debe advertirse que las normas controvertidas en todos estos procesos constitucionales no persiguen tanto atender directamente situaciones de necesidad de los ciudadanos –hipótesis que acaso pudiera reconducirse a la Seguridad Social como “función de Estado”, en los términos de la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 3– cuanto establecer medidas de fomento para el desarrollo de actividades que cumplan esa misma finalidad. Las Comunidades Autónomas promotoras de los diversos conflictos positivos de competencia reivindican en esencia la territorialización de este tipo de ayudas, al entender que las reglas controvertidas desconocen sus competencias sobre asistencia social.

Así sucede, destacadamente, en los conflictos positivos de competencia núms. 5250-5005, 7046-2005 y 7625-2006,⁴¹ planteados todos ellos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. En el primero de ellos la Orden Ministerial controvertida exige que las entidades y organizaciones solicitantes de las subvenciones tengan “ámbito de actuación estatal” [art. 3 b)], de modo que la reivindicación competencial deducida por el ejecutivo autonómico hace referencia a la posibilidad de territorialización de la gestión de esas ayudas.⁴² Este re-

vulneran la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución de las bases del régimen estatutario de este personal. De otro lado, en el conflicto positivo de competencia núm. 3030-2006, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña impugna las previsiones sobre gestión de los programas de formación continua de empleados locales contenidas en el IV Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas, publicado por Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, de 17 de octubre de 2005.

41. En el conflicto núm. 5250-2005 se impugna la Orden TAS/893/2005, de 17 de marzo, que establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el área de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales. En el conflicto núm. 7046-2005 la Orden TAS/1948/2005, de 8 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca para el año 2005 la concesión de subvenciones para el desarrollo de proyectos de innovación en los Servicios Sociales. Y en el conflicto 7625-2006 la Orden TAS/893/2006, de 23 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

42. En el conflicto núm. 4682-2008 la Junta de Galicia impugna la Orden TAS/421/2008, de 19 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones

quisito –ámbito nacional, ahora de los proyectos y programas para los que se solicitan las subvenciones– no figura en ninguna de las Órdenes Ministeriales discutidas en los otros dos conflictos, de modo que la controversia no se ciñe exclusivamente a la posibilidad de territorialización de los fondos sino que se discute incluso que el Estado ostente título competencial suficiente para el establecimiento de las ayudas.⁴³

Los conflictos positivos de competencia núms. 1908-2006, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente a la Orden TAS/3441/2005, de 2 de noviembre, y 9881-2006, planteado por la Junta de Castilla y León contra el Real Decreto 918/2006, de 28 de julio, tienen en común que los beneficiarios de las ayudas son entidades locales (municipios y mancomunidades en el primer caso; exclusivamente municipios en el segundo). La singularidad del segundo de estos supuestos radica en el hecho de que el Real Decreto controvertido procede a adjudicar directamente

sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad, que igualmente exige la implantación nacional de los solicitantes.

43. De hecho, entre los beneficiarios de las ayudas convocadas por la Orden TAS/1948/2005, de 8 de junio, figuran la “Fundació PERE CLOSA per la formació i la promoció dels Gitanos de Catalunya” o la “Asociación de Familiares de Alzheimer de la Comarca del Morrazo”, cuyo ámbito territorial no es, evidentemente, nacional (Resolución de 13 de enero de 2006, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se dispone la publicación de las subvenciones concedidas al amparo de lo dispuesto en la referida Orden, publicada en el BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2006). Singularmente ilustrativa de los límites territoriales de los programas financiados al amparo de la Orden TAS/892/2006 resulta la lectura de los anexos a la Resolución de 21 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se dispone la publicación de las subvenciones concedidas al amparo de lo dispuesto en la indicada Orden (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2007).

El conflicto positivo de competencia núm. 6893-2007, donde el Gobierno de la Junta de Galicia impugna la Orden TAS/1051/2007, de 18 de abril, representa un supuesto similar a los ahora referidos. En efecto, la citada Orden TAS/1051/2007, de 18 de abril, por la que se convocan ayudas con cargo al llamado tramo social del IRPF, tras exigir que las entidades solicitantes tengan “ámbito estatal de actuación, según su título constitutivo, que les habilite para desarrollar programas de carácter estatal”, añade “o aquellas otras organizaciones o entidades que propongan programas que se han de ejecutar en sus respectivos ámbitos territoriales (...) siempre que acrediten documentalmente que cumplen los requisitos exigidos por las correspondientes normas autonómicas para ser beneficiarios de subvenciones” [art. 3.1 b)]. La lectura de los anexos a la Resolución de 23 de enero de 2008, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se publican las ayudas concedidas (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2008), resulta, una vez más, sumamente ilustrativa de la amplitud de la intervención estatal realizada al amparo de una Orden Ministerial.

las ayudas económicas a distintos municipios radicados en diversas Comunidades Autónomas. La Comunidad de Castilla y León discute que el Estado ostente título competencial suficiente que le habilite para el establecimiento y adjudicación directa de ayudas a municipios en una materia como la asistencia social de competencia autonómica. Y es que no parece que el recurso al procedimiento de concesión directa de las subvenciones contemplado en la LGS permita soslayar la necesidad de que la instancia adjudicataria ostente competencia por razón de la materia a la que atienden las ayudas.

3.2.3. Otras materias: vivienda, espacios naturales protegidos, becas y ayudas al estudio

Dos han sido las disposiciones estatales en política de vivienda controvertidas en la VIII Legislatura. Por una parte, la creación de la denominada “renta básica de emancipación de los jóvenes” por el Real Decreto 1742/2007, de 2 de noviembre, ha sido impugnada por los Ejecutivos autonómicos de La Rioja (conflicto núm. 1401-2008), Madrid (núm. 1051-2008) y Comunidad Valenciana (núm. 1608-2008). De otra, el Gobierno de la Comunidad de Madrid también ha cuestionado la constitucionalidad de la modificación de las condiciones de cesión y enajenación de viviendas construida con destino al arrendamiento en el marco del Plan Estatal de acceso a la vivienda 2005-2008 llevada a cabo por el Real Decreto 14/2008, de 11 de enero (conflicto núm. 3194-2008).

En los últimos años la controversia competencial en materia de espacios naturales protegidos ha tenido a las Comunidades Autónomas de Andalucía y Aragón como protagonistas destacadas.⁴⁴ Por ello

44. Como se recordará, fueron el Gobierno de Andalucía y las Cortes de Aragón quienes interpusieron los recursos de inconstitucionalidad que dieron lugar a la STC 194/2004, de 10 de diciembre, que se pronuncia sobre la gestión de espacios naturales supraautonómicos. Posteriormente en las SSTC 35/2005 y 36/2005, de 17 de febrero, se resolvieron otros dos recursos de inconstitucionalidad de los Gobiernos autonómicos de Andalucía y Aragón en relación con el régimen de los Planes Rectores de Uso y Gestión de los espacios naturales. En la STC 101/2005, de 20 de abril, se estimó parcialmente el conflicto positivo de competencia formulado por el Gobierno de la Junta de Andalucía contra el Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Finalmente, en la STC 32/2006, de 1 de febrero, se estimaron parcialmente los conflictos positivos de competencia planteados por los Gobiernos de Andalucía y Aragón frente al Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se

mismo, el hecho ya reseñado de que la Junta de Andalucía haya desistido en la mayoría de los conflictos positivos de competencia que había planteado respecto de la previsión estatal de subvenciones en la materia ha contribuido decisivamente a reducir la conflictividad competencial en este ámbito. Por su parte, el Gobierno de Aragón ha impugnado el Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales (conflicto núm. 2076-2006), al entender que la norma reglamentaria no se atiene a la doctrina sobre financiación de espacios protegidos sentada en la STC 194/2004, de 10 de diciembre (FJ 22).

Para concluir esta relación de la conflictividad competencial sobre las medidas de fomento surgida en la VIII Legislatura baste dejar constancia de que en el conflicto positivo de competencia núm. 3321-2008 el Gobierno de la Generalidad de Cataluña impugna diversos preceptos del Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. Concretamente, discute los arts. 1.4 –relativo a las becas y ayudas al estudio no territorializadas– y 41.4 –conforme al cual las becas y ayudas para cursar estudios no presenciales se solicitarán a la Administración educativa de la que dependa al centro que los imparte–, así como la disposición adicional cuarta, referida a los Reales Decretos de traspasos, en la medida en que condiciona el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias en la materia a la existencia del correspondiente Real Decreto de traspaso.

3.3. A modo de conclusión

Los datos ofrecidos permiten afirmar que existe una notable persistencia de la conflictividad competencial relacionada con el ejer-

determina la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos parques y de sus patronatos. La relación de Sentencias del Tribunal Constitucional recientes en materia de espacios naturales protegidos se completa con las SSTC 81/2005, de 6 de abril, y 100/2005, de 20 de abril, que resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Parlamento y el Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Ley 3/1999, de 11 de enero, de creación del Parque Nacional de Sierra Nevada. Como puede apreciarse, en todos estos casos los procesos constitucionales se tramitaron a instancia de los Ejecutivos o He tenido que recopilar los tres tipos de materias, puesto que al ser tan larga la frase, se perdía el tema del que se estaba hablando.

cicio de la potestad subvencional. Dicha conflictividad no se aminora ni tan siquiera en un contexto general de reducción numérica de los procesos constitucionales de contenido competencial, como ha sucedido durante la VIII Legislatura. Contemplada aquella conflictividad desde la perspectiva que nos ofrecen los diversos ámbitos materiales en los que se ejerce la potestad pública que nos ha ocupado en estas líneas, destaca el acusado peso de las controversias suscitadas por las normas y resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Este hecho puede explicarse bien por la mayor resistencia de este ámbito de la organización administrativa estatal a adaptarse a las exigencias propias del Estado autonómico, bien por la necesidad de acotar diversos extremos de la doctrina constitucional en materias tales como la formación continua de trabajadores y empleados públicos o acción social y seguridad social.

Sea como fuere, parece necesario afrontar el reto de “pacificar” el ejercicio de la potestad subvencional. Una tarea que corresponde realizar tanto a las Administraciones territoriales como al Tribunal Constitucional.

Convendría, en este sentido, que se asumiera definitivamente que la gestión centralizada de las subvenciones es una excepción a la preferencia por la ejecución autonómica en aquellas materias en las que las Comunidades Autónomas ostentan un título competencial que les habilite al efecto. Dado ese carácter excepcional, sería preciso que se motivara suficientemente la exclusión de la territorialización por concurrir alguno de los supuestos habilitantes que ha venido definiendo el Tribunal Constitucional en su doctrina. Lo contrario sólo pone de manifiesto la resistencia a desprenderse de ámbitos o modos de intervención nada acordes con la definición del modelo competencial plasmado en el bloque de la constitucionalidad.

Con respecto al Tribunal Constitucional es cierto que su situación actual aconseja ser especialmente prudentes y tratar de recomponer el prestigio que había venido construyendo a lo largo de sus primeras décadas. Sin embargo, no es menos cierto que posiblemente coadyuve a ese objetivo general una mayor atención –que debiera comenzar en el proceso de selección de los integrantes de la institución– a los tradicionalmente denominados asuntos de competencia del Pleno: el control de la constitucionalidad de las leyes y la resolución de las controversias entre las instancias territoriales. No es evidente que la últi-

ma reforma de la LOTC sea suficiente para ello, pero es seguro que proporciona algunos instrumentos procesales que pueden ser empleados para que el Tribunal Constitucional controle de manera real y efectiva al único poder existente, el actual, y deje finalmente de revisar la acción de los poderes pretéritos. Por supuesto, una adecuada ordenación temática del trabajo del Pleno –y ahora también de las Salas– pudiera servir para acelerar la resolución de procesos que amenazan con eternizarse y, también, para evitar el inicio de otros nuevos en los que se reiteran viejos problemas que no demandan nuevas soluciones.

RESUMEN

El ejercicio de la potestad subvencional por las Administraciones Públicas ha sido fuente permanente de controversias competenciales de orden constitucional. La persistencia de la conflictividad en esta materia se aprecia con mayor fuerza en los momentos en los que se produce una disminución de la conflictividad general entre los entes territoriales (Estado y Comunidades Autónomas, en lo que aquí estrictamente interesa). Es el caso, sin ir más lejos, de la VIII Legislatura (2004-2008), en la cual la notable reducción general de controversias competenciales formalizadas ante el Tribunal Constitucional contrasta vivamente con el aumento de las referidas a las subvenciones públicas. En los últimos años han sobrevenido una serie de novedades legislativas en este ámbito que, no exentas de dudas de constitucionalidad ellas mismas, acaso puedan contribuir a reducir esa conflictividad. Para la consecución de este objetivo es precisa tanto la lealtad de las diversas Administraciones territoriales implicadas como la mejor utilización de los instrumentos procesales que el Tribunal Constitucional tiene a su disposición.

Palabras clave: subvenciones; poder de gasto; Tribunal Constitucional; estatutos de autonomía; conflictos de competencia.

RESUM

L'exercici de la potestat subvencional de les administracions públiques ha estat una font permanent de controvèrsies competencials d'ordre constitucional. La persistència de la conflictivitat en aquesta matèria s'aprecia amb més força en els moments en què hi ha una disminució de la conflictivitat general entre els ens territorials (Estat i comunitats autònomes, que és el que estrictament interessa). És el cas, sense anar més lluny, de la VIII legislatura (2004-2008), en la qual la notable reducció general de controvèrsies competencials formalitzades davant el Tribunal Constitucional contrasta vivament amb l'augment de les que fan referència a les subvencions públiques. Els darrers anys hi ha hagut una sèrie de novetats legislatives en aquest àmbit que, no exemptes de dubtes de constitucionalitat, potser podran contribuir a reduir aquesta conflictivitat. Per a la consecució d'aquest objectiu són necessaris tant la lleialtat de les diverses administracions territorials implicades com un millor ús dels instruments processals que el Tribunal Constitucional té a disposició seva.

Paraules clau: subvencions; poder de despesa; Tribunal Constitucional; estatuts d'autonomia; conflictes de competència.

ABSTRACT

The exercise of legal authority over subsidies by Public Authorities has been a permanent source of jurisdictional controversies on a constitutional scale. The persistence of conflicts relating to this is better understood at times when a decrease in the number of general conflicts between the Central Government and the Autonomous Communities occurs. To take an obvious example, this is true for the VIII Legislature (2004-2008), in which the notable reduction in the total number of jurisdictional controversies formally brought before the Constitutional Court is in stark contrast with the increased number of conflicts relating to public subsidies. In recent years several pieces of new legislation have been passed, themselves not exempt from questions regarding their constitutionality, which may contribute to reducing the number of these conflicts. For this objective to be achieved, it will be necessary both for the various involved regional governments to be loyal, and for the procedural instruments that the Constitutional Court has at its disposal to be better used.

Key words: subsidies; control of spending; Constitutional Court; Statutes of Autonomy; jurisdictional conflicts.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 247/2007 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La sentencia 247/2007 del Tribunal Constitucional y el sistema constitucional de distribución competencial. – 2. El recurso frente al Estatuto de Cataluña. La posición de las partes en conflicto en lo referente al nuevo modelo de asunción de competencias. 2.1. La postura del Partido Popular. 2.2. Los argumentos del recurso del Defensor del Pueblo. 2.3. Los argumentos del Parlamento Catalán en defensa de la constitucionalidad de los preceptos impugnados del título IV, “De las competencias”. – 3. La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007. Análisis de sus fundamentos 7 a 10. Los Estatutos de Autonomía y la asunción de competencias. 3.1. Marco general de referencia. El principio dispositivo. 3.2. Estatutos de autonomía y asunción competencial. 3.3. Los tipos de competencias asumibles y el papel de los Estatutos. Competencias residuales y del artículo 149,1 CE. 3.4. Condicionantes para la tarea interpretativa de los Estatutos de Autonomía. La doctrina de la STC 76/1983. 3.5. El límite a la función interpretativa. La reconocibilidad de la competencia estatal. 3.6. Los votos particulares. Escasa atención al problema de la distribución competencial. – 4. Conclusiones que pueden extraerse de la STC 247/2007. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. La sentencia 247/2007 del Tribunal Constitucional y el sistema constitucional de distribución competencial

La sentencia 247/2007 del Tribunal Constitucional tenía como objeto el artículo 20 de la ley orgánica 1/2006 de 10 de abril, de refor-

ma de la ley orgánica 5/1982 de 1 de julio del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se daba nueva redacción a su artículo 17,1. Este precepto estatutario reconoce el derecho de los ciudadanos y ciudadanas de la Comunidad Valenciana a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura.

No obstante lo concreción de la cuestión planteada en el recurso, el Tribunal Constitucional, para resolver dicha cuestión, se ha ocupado de diversos temas de orden general y de singular importancia que afectan a la configuración del modelo de organización territorial del Estado español.

Esta doctrina tiene especial relevancia por diversos motivos: por razón de los temas tratados, por su propio contenido y por el hecho de que pende ante el mismo Tribunal la tramitación del recurso frente al Estatuto de Autonomía de Cataluña, donde todas estas cuestiones se plantean de forma directa, por lo que la doctrina de la STC 247/2007 puede ser de aplicación al resolver el recurso frente al Estatuto catalán.

Una de estas cuestiones fundamentales en relación a nuestro modelo de organización territorial y que es objeto de atención en la STC 247/2007 es la relativa al papel que corresponde a los Estatutos de Autonomía en la configuración del sistema de reparto de competencias entre el estado y la respectiva Comunidad Autónoma. La sentencia se ocupa de esta cuestión de forma específica en sus fundamentos jurídicos 7 a 10.

Si destacamos la importancia del tema competencial en el proceso de reformas estatutarias es porque, como es sabido, estas reformas (las que siguen el modelo catalán, ya que la reforma previa del Estatuto de la Comunidad Valenciana se articuló sobre bases conceptuales diferentes) han tenido como una de sus justificaciones fundamentales el lograr una asunción competencial más extensa y precisa a favor de la Comunidad Autónoma. El debate doctrinal sobre la solución aportada por el Estatuto catalán en relación a este tema ha sido amplio, y se han aportado fundados argumentos a favor y en contra de los preceptos estatutarios.¹

La sentencia que pasamos a comentar seguramente ha tenido en cuenta esta apasionada discusión. Tal vez por ello el Tribunal haya querido avanzar algunas de las reflexiones sobre temas de gran calado que le surgieron al hilo de la resolución del conflicto que era el objeto de la STC 247/2007. Reflexiones que sin duda desbordan los fundamentos necesarios para la resolución del caso planteado, pero que una vez formuladas en el seno de los debates parece que se han querido hacer públicas para así sentar los presupuestos de ulteriores pronunciamientos en los que el Tribunal si deberá entrar a fondo en los temas ahora apuntados.

En el presente trabajo nos limitaremos a analizar el contenido de los fundamentos jurídicos 7 a 10 de la sentencia 247/2007. No pretendemos llevar a cabo una exposición del debate doctrinal sobre el sistema de distribución de competencias en los Estatutos de Autonomía y menos aún terciar en este debate. Nuestro interés se centra en el contenido de la sentencia. Pero precisamente por lo que acaba de exponerse nos ha parecido de interés poner en conexión la doctrina de la sentencia 247/2007 con el recurso interpuesto frente al Estatuto catalán y con las posturas que dentro de este conflicto se han expresado a favor y en contra de su constitucionalidad. Con esta finalidad daremos cuenta, en primer lugar, de los argumentos que las partes en conflicto han utilizado en sede procesal en relación al tema competencial, ya sea para cuestionar su constitucionalidad como para defenderla. A continuación examinaremos el contenido de la sentencia 247/2007 y, por último, expondremos nuestra opinión sobre el alcance que la doctrina contenida en dicha sentencia puede tener en la resolución del recurso frente al Estatuto de Autonomía de Cataluña.

2005, pág. 109 y ss.; Biglino Campos, "Reforma de los Estatutos de Autonomía y distribución de competencias", en el libro colectivo *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Revista Jurídica de Castilla y León, pág. 243 y ss.; Jiménez Asensio, "Reforma del Estatuto de Cataluña y ampliación de competencias", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 70, 2004; Ortega Álvarez, "Legislación básica y Estatutos de Autonomía", en la obra colectiva *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, Madrid CEPC, 2006; De la Quadra Janini, "¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72, 2004; Viver Pi-Sunyer, "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridicoconstitucional", en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, Barcelona 2005, y "Les competències de la Generalitat a l'Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d'intepretació i comparació amb els altres estatuts reformats", en el libro colectivo *La distribució de competències en el nou estatut*, IEA, Barcelona 2007, pág.13 y ss.

2. El recurso frente al Estatuto de Cataluña. La posición de las partes en conflicto en lo referente al nuevo modelo de asunción de competencias

2.1. La postura del Partido Popular

Al enjuiciar la constitucionalidad del Título IV del EAC la parte recurrente comienza afirmando que dicho título incorpora destacadas novedades y que buena parte de las mismas suscitan serios reparos de inconstitucionalidad. En términos generales se cuestiona la técnica adoptada en el EAC para determinar las competencias de la Generalidad “por cuanto que, rectificando en profundidad los criterios hasta ahora seguidos para la determinación de las competencias de titularidad autonómica, termina por afectar directamente las competencias estatales y con ello al propio sistema constitucional de distribución de competencias, en una confesada pretensión de blindaje de las propias competencias tanto frente al Estado como ante el propio Tribunal Constitucional”.

Se expone a continuación la estructura básica del título IV del EAC diferenciando los preceptos donde se define con carácter general el alcance material y funcional de las competencias (la tipología de competencias, exclusivas compartidas y ejecutivas), de aquellos donde, se dice, se especifican los contenidos de las materias en una operación de despiece o desglose de las mismas. A partir de aquí se desarrollan los argumentos en los que se trata de fundar la inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios impugnados,² argumentos que exponemos según el orden en que aparecen en el escrito de la recurrente.

a. Alcance del principio dispositivo

En primer lugar la parte recurrente limita el alcance del principio dispositivo y la posible desigualdad competencial entre Comu-

2. En ocasiones la recurrente recurre a la técnica de exponer en primer lugar la propia concepción de lo que pretende la norma estatutaria para, a continuación, tratar de justificar su inconstitucionalidad.

nidades Autónomas que pudiera derivarse del mismo. Para ello reduce el alcance del reenvío que la Constitución hace a los Estatutos de Autonomía para que concreten las competencias de la respectiva Comunidad Autónoma. Es decir, la recurrente entiende que la capacidad innovadora de los Estatutos de Autonomía para definir sus competencias y el alcance de las mismas se limita a las competencias residuales, esto es, las no relacionadas en el artículo 149,1 CE. Por ello, la desigualdad competencial entre las CC.AA. solo puede existir en el ámbito de las competencias estatales residuales, contingentes o no necesarias.

b. La pretendida desconstitucionalización de nuestro modelo de organización territorial

La parte recurrente afirma que el EAC parte de la idea de la "desconstitucionalización" del sistema de organización territorial, lo que comporta que se reconozca a la norma estatutaria la función de definir el alcance de las competencias estatales al asumir las competencias estatutarias, tanto en su sentido material como funcional.

En este mismo sentido se dice que el EAC "considera que mediante esta intervención estatutaria, definiendo y concretando los aspectos funcionales y materiales que caracterizan a cada una de las competencias, se evitará que lo que la Constitución ha dejado abierto lo siga cerrando el legislador estatal y que, por tanto, buena parte de la definición del sistema de distribución de competencias quede en las manos de uno de los poderes constituidos, el cual, mediante las leyes básicas actúa en la práctica como poder constituyente".

Frente a ello la recurrente afirma que el sistema no está desconstitucionalizado. Reconoce que la Constitución no define el alcance de las competencias que reserva al Estado, pero añade que "esto no significa que la Constitución haya dejado abierto el sistema de reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA. y que, por tanto, sean los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a cerrarlo dentro de las distintas posibilidades que, en principio, encuentran cobertura constitucional. O dicho en otros términos: la pretendida desconstitucionalización del sistema competencial no es tal".

c. Función de la legislación básica estatal

En el supuesto de las bases es el Estado el que en cada caso, con ocasión del ejercicio de su competencia, precisa su extensión. Al llevar a cabo esta función el Estado inevitablemente determina la amplitud de las correlativas competencias autonómicas que queden afectadas.

La función del legislador estatal, al definir lo básico, no carece de límites, pues la regulación básica no puede descender a detalles que de hecho agoten la materia. Pero lo relevante es que el cierre de la relación entre lo básico y la norma de desarrollo corresponde al legislador estatal de lo básico, y no puede corresponder a los Estatutos.

La competencia del legislador estatal para definir lo básico se refuerza si se tiene en cuenta que la Constitución no permite que un mismo concepto presente simultáneamente diversos significados en función de lo que decidan normas infraordenadas a la misma. Difícilmente podría el Estado dictar leyes generales si su competencia para dictarlas tuviera en hipótesis hasta 17 alcances diferentes.³

d. Prohibición de dictar leyes meramente interpretativas. La doctrina de la STC 76/1983

Se debe rechazar, de acuerdo con la doctrina de la STC 76/1983 (LOAPA), que por vía estatutaria se pueda definir con carácter abstracto y general el alcance y contenido de las competencias autonómicas, y de este modo, el de las estatales. La crítica se centra en este punto en los artículos 110, 111 y 112 del EAC. Se rebate asimismo que la doctrina de la STC 76/1983 no sea aplicable cuando es el Estatuto el que elabora la interpretación general al asumir las competencias. Así, se dice que "no parece que a esta conclusión pueda oponerse el argumento de que la *ratio decidendi* de la declaración de inconstitucionalidad de la STC 76/1983 fue la de que el legislador estatal tra-

3. Se establece al respecto un matiz. "No es óbice a lo que se acaba de afirmar el que excepcionalmente se haya admitido la constitucionalidad de algunos preceptos básicos reguladores de objetos circunscritos a una parte limitada del territorio estatal, o también la inaplicación de determinadas bases a ciertas partes del mismo".

taba de imponer su interpretación de los conceptos constitucionales a los órganos de las distintas Comunidades Autónomas y no, por tanto, el mero hecho de que interpretase o definiese con efectos pretendidamente vinculantes los conceptos constitucionales que sirven de base a la delimitación de competencias, razón por la cual, a diferencia de lo que sucede con las leyes ordinarias del Estado, los Estatutos de Autonomía si podrían interpretar de forma vinculante la Constitución”.

e. Rigidez estatutaria

Señala la recurrente que no puede desconocerse la trascendencia de que una operación interpretativa como la que lleva a cabo el Estatuto se contenga en una norma cuya modificación está sometida a una especial rigidez (mayoría absoluta de las Cortes, acuerdo cualificado del Parlamento de Cataluña y referéndum).

f. El contenido funcional atribuido a las competencias autonómicas

Se cuestiona el contenido funcional atribuido a las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas, especialmente en el caso de los dos últimos tipos.

Por lo que se refiere a las competencias compartidas se afirma que el artículo 111 determina una restricción de la competencia básica estatal en la medida en que se ciñe el establecimiento de bases en normas con rango de ley concibiéndose además a estas bases en términos muy estrictos como principios o mínimo común normativo. El contenido del precepto estatutario se opone a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional mucho más matizada. Por otra parte, la salvedad que incluye el artículo 111 (“excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto”) en nada altera la crítica general al precepto.

Por lo que se refiere a las competencias ejecutivas se afirma que su configuración se opone a la doctrina del Tribunal Constitucional en la medida en que se incluye dentro de esta competencia funcional la emanación de reglamentos *ad extra*.

g. La técnica del “desglose”

Se crítica en términos generales la técnica de precisar el contenido de las materias mediante la identificación de las submaterias que incluye dicha materia (se le denomina el “desglose”), y se afirma que en todo caso corresponderá al Tribunal Constitucional determinar si esta clasificación es o no conforme con la Constitución y la doctrina del propio Tribunal. En este sentido se dice que el hecho de que estatutariamente una determinada cuestión o aspecto se reconduzca a una materia de la exclusiva competencia autonómica no puede determinar irremisiblemente el desapoderamiento del Estado para incidir en la misma, siempre que por su contenido el Estado disponga del correspondiente título competencial y así lo haya declarado el Tribunal.

2.2. Los argumentos del recurso del Defensor del Pueblo

a. A través de la técnica utilizada, definir el significado y alcance funcional de las competencias autonómicas y especificar los contenidos de las diversas materias, se pretenden blindar las propias competencias y constreñir el alcance de las correlativas competencias estatales.

b. El recurso de la Constitución a los Estatutos de Autonomía para concretar las competencias autonómicas solo permite a estos disponer de las competencias que constitucionalmente no han quedado reservadas al Estado.

c. El sistema de distribución competencial no está desconstitucionalizado.

d. La función de cierre que corresponde a la legislación básica no pueden ejercerla los Estatutos de Autonomía. El concepto de norma básica no puede cambiar en función de lo que cada Estatuto determine.

e. La doctrina de la STC 76/1983 impide que por vía estatutaria se pueda definir con carácter abstracto y general el alcance y contenido de las competencias autonómicas y con ello, el de las estatales. Esta doctrina es aplicable a los Estatutos de Autonomía.

f. No puede desconocerse la trascendencia de que una operación interpretativa en materia competencial como la que pretende el

Estatuto catalán se lleve a cabo por una norma estatutaria dada la singularidad del proceso de elaboración y reforma de un Estatuto.

g. El contenido funcional asignado a las competencias compartidas y ejecutivas desconoce la jurisprudencia constitucional.

2.3. Los argumentos del Parlamento Catalán en defensa de la constitucionalidad de los preceptos impugnados del título IV, "De las competencias"

El Parlamento catalán sostiene la constitucionalidad del texto estatutario en base a la doctrina que había elaborado para fundar la constitucionalidad del proyecto aprobado en el propio Parlamento catalán. Sus argumentos son los que se exponen a continuación.

a. *El carácter abierto del título VIII de la Constitución*

La parte recurrente afirma que el Estatuto parte de una inexistente "desconstitucionalización" del modelo organizativo territorial. Para el Parlamento de Cataluña lo que ocurre es que el sistema de distribución de competencias no quedó cerrado en el Título VIII de la Constitución. Por ello se afirma que "ni el Título VIII de la Constitución, en general, ni el artículo 147,2-d, en particular, dejan completamente cerrado el régimen jurídico de la distribución competencial, no fijan un criterio metodológico al respecto y no se pronuncian sobre el grado de la densidad normativa en la definición de los ámbitos materiales o en la enumeración de las potestades correspondientes en cada uno de ellos. Por este motivo ningún reproche de inconstitucionalidad pueden merecer la técnica normativa utilizada por la LO 6/2006. Antes al contrario, el esfuerzo por incorporar unos enunciados detallados y precisos supone una indiscutible observancia del principio de seguridad jurídica establecido por el artículo 9,3 de la Constitución".

b. *El principio dispositivo y el artículo 149,1 y de la Constitución*

El artículo 149,1 CE es un precepto abierto a la disponibilidad del legislador estatuyente, como se desprende del principio dispositi-

vo y del artículo 147,2.d de la CE, precepto que establece que la asunción de competencias se hace dentro del marco establecido por la Constitución y, específicamente, dentro del marco establecido por el artículo 149 CE.

Por su parte, el artículo 149,3 CE reconoce también al Estatuto la función de asunción de las materias de su competencia, atribución que incluye el alcance funcional de las mismas.

c. El valor de la jurisprudencia constitucional

Para el Parlamento catalán el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional debe limitarse, en este ámbito de los conflictos de competencia, a la doctrina referida exclusivamente a la interpretación estricta y directa de los enunciados del artículo 149,1 CE. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tiene un valor absoluto ni es inmodificable.

Sobre esta cuestión se añaden una serie de consideraciones de interés sobre la función de la interpretación constitucional, en razón precisamente de la naturaleza de la norma constitucional.⁴

d. Contenido funcional de las competencias

Por lo que se refiere a los artículos 110 a 112 del EAC el Parlamento catalán, frente a la tesis de la parte recurrente según la cual no es posible que un Estatuto defina de manera abstracta el alcance funcional de las competencias estatales de legislación, bases y ejecución, afirma: "esta representación coincide con la recurrente en el punto relativo a

4. Nos referimos a las siguientes consideraciones: "una constitución democrática es esencialmente un marco jurídico abierto que debe permitir el desarrollo de distintas opciones políticas y normativas y ello exige al Tribunal Constitucional que, cuando lleva a cabo su tarea de interpretación del texto constitucional, desempeñe dicho cometido con lo que se conoce como "self restraint", es decir, con moderación o contención al objeto de que su doctrina no limite innecesariamente aquello que constitucionalmente está a la libre disposición del legislador ordinario. Conviene recordar en este punto que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el único, ya que el legislador también lo es, pues únicamente a partir de una determinada interpretación del texto constitucional puede desarrollar su labor normativa".

que un Estatuto de Autonomía no puede definir con carácter general y abstracto los conceptos constitucionales con arreglo a los cuales se lleva a cabo el reparto competencial, pero, al mismo tiempo, quiere afirmar con toda rotundidad que los artículos 110, 111 y 112 del Estatuto no realizan una definición del tipo señalado por la recurrente”.

En este sentido se afirma que la definición de las categorías funcionales de competencias no es “general”, ya que solo es aplicable a las competencias concretas que en cada materia asume la Generalidad, y no es “abstracta”, ya que en cada precepto estatutario de asunción competencial se hace referencia al tipo de función que corresponde ejercer a la Generalidad en cada materia.

Más adelante el Parlamento vuelve sobre esta cuestión al pronunciarse sobre el contenido de los artículos 111 y 112, esto es, los tipos funcionales de las competencias compartidas y ejecutivas.

Por lo que se refiere a las competencias compartidas, el Parlamento afirma que el artículo 111 se limita a recoger la doctrina del Tribunal Constitucional con el fin de garantizar que en el ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo la Generalidad pueda establecer políticas propias. Por otra parte, recuerda que el propio Tribunal ha admitido la posibilidad de que el Estado dicte normas básicas diferenciadas o de que las bases no sean de aplicación a determinadas Comunidades Autónomas.

En relación a las competencias ejecutivas, el Parlamento sostiene que la inclusión de la potestad reglamentaria *ad extra* dentro de este nivel funcional es constitucional, ya que se trata de una potestad que en los términos del artículo 149,3 CE no ha sido atribuida expresamente al Estado por la Constitución.

e. Doctrina de la STC 76/1983

Para el Parlamento no es de aplicación la doctrina de la STC 76/1983, en la medida en que el Estatuto es obra del legislador estatuyente, y por tanto, incluye al legislador estatal y autonómico. Por otra parte el Estatuto se limita a expresar la opción concreta del legislador estatuyente con el fin de configurar un determinado marco competencial para la Comunidad Autónoma de Cataluña.

f. La función que corresponde al Estatuto al asumir las competencias propias

El Estatuto, al asumir las competencias de la Generalidad de Cataluña, ha tenido que interpretar los artículos 149,1 y 3 de la Constitución y ha dado origen con ello, de forma indirecta pero inevitable y desde la vertiente negativa, a una delimitación de las competencias que quedan en manos del Estado.

La concreción de las competencias asumidas por la Generalidad nada tiene que ver con una imposición unilateral al Estado, pues el Estatuto de Autonomía es una ley orgánica estatal elaborada y aprobada de común acuerdo por las instituciones parlamentarias del Estado y de Cataluña, y ratificada en referéndum por los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma.

g. La técnica del “desglose”

En los argumentos del Parlamento catalán no existe una defensa general de la técnica del “desglose”.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007. Análisis de sus fundamentos 7 a 10. Los Estatutos de Autonomía y la asunción de competencias

El objeto de la sentencia 247/2007, como ya hemos señalado, era el precepto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana que reconoció el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento de agua de calidad. Para resolver este concreto conflicto el Tribunal Constitucional elabora una doctrina general sobre la posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema de las fuentes y las materias que pueden ser objeto de regulación en esta norma constitucional. Esta doctrina le permitirá, en primer lugar, dar respuesta a la pregunta de si es o no constitucional la inclusión en un Estatuto de un régimen de derechos y deberes, para llegar posteriormente a pronunciarse sobre el objeto del litigio, esto es, la constitucionalidad de un concreto derecho estatutario, el derecho a un agua de calidad.

Al abordar la reflexión sobre el alcance competencial del propio Estatuto de Autonomía,⁵ el Tribunal Constitucional examina la forma en que los Estatutos pueden proceder a asumir las competencias de la respectiva Comunidad Autónoma, y cuáles son los límites en el ejercicio de esta función estatutaria. Este análisis se lleva a cabo en los fundamentos jurídicos 7 a 10.

La doctrina contenida en estos fundamentos jurídicos es la que nos interesa examinar. De hecho, dado que todas las partes reconocen como una de las funciones propias de los Estatutos de Autonomía el asumir las competencias propias de la respectiva Comunidad Autónoma, –algo, por otra parte, evidente ya que así lo establece el artículo 147,2.d de la Constitución–, el problema reside en delimitar el alcance de esta función estatutaria, lo que se expresa a través de la siguiente pregunta: ¿puede el Estatuto de Autonomía delimitar o determinar el contenido de las competencias estatales al interpretar el contenido de las competencias estatutarias?

Veamos lo que dice el Tribunal Constitucional sobre la pregunta que acabamos de formular.

3.1. Marco general de referencia. El principio dispositivo

Tras recordar que nuestra Constitución establece un Estado compuesto o complejo, el Tribunal afirma que en la configuración del Estado autonómico los Estatutos constituyen una pieza esencial en esta estructura compuesta, en tanto son norma fundacional de las Comunidades Autónomas y son normas a través de las cuales opera el principio dispositivo. En este punto se dice: “este principio, ínsito en la Constitución y que opera dentro del marco jurídico regulado en la misma, otorga un importante margen de decisión al legislador estatutario, pues depende de su determinación, al elaborar y aprobar el Estatuto, incluso, la creación de la Comunidad Autónoma. Los Estatutos de Autonomía son, así, no solo la norma fundacional de la correspondiente Comunidad Autónoma (artículos 143 y 151 CE), sino también la norma expresiva de su acervo institucional y competencial”.

5. Posición y funciones de los Estatutos de Autonomía en el sistema constitucional de fuentes del derecho, contenido constitucionalmente legítimo de los Estatutos, posibilidad de que los Estatutos regulen derechos de los ciudadanos.

3.2. Estatutos de autonomía y asunción competencial

El Tribunal, como hemos apuntado, parte de una constatación indiscutida: corresponde a los Estatutos de Autonomía asumir las competencias de las Comunidades Autónomas dentro del marco establecido por la Constitución. El Tribunal recuerda que hay que partir del hecho de que el artículo 147,2.d "en su relación con el artículo 149,1 y 3 CE da lugar a que *los Estatutos de Autonomía desempeñen un papel de gran relevancia para la configuración del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cual es el de atribuir a las Comunidades Autónomas las competencias que asuman*".

Para reforzar esta afirmación se cita la STC 76/1983 en sus fundamentos jurídicos 4,a y b, donde se dijo que "por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el artículo 147,2.d de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución. Así se articula el sistema competencial mediante la Constitución y los Estatutos de Autonomía en el que estos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquélla".

3.3. Los tipos de competencias asumibles y el papel de los Estatutos. Competencias residuales y del artículo 149,1 CE

La asunción competencial que llevan a cabo los Estatutos tiene diferente intensidad según se trate de competencias residuales o competencias reservadas al Estado en el artículo 149,1 CE.

En el caso de las competencias residuales el Estatuto, al asumir las competencias propias en ejercicio del principio dispositivo, delimita las competencias del Estado. Así, se dice, "de este modo la función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma produce, como efecto reflejo, la delimitación de las que corresponden al Estado en el territorio autonómico de que se trate".

Pero la incidencia del Estatuto sobre las competencias estatales no se limita al supuesto en el que el Estatuto asume competencias residuales. El contenido del Estatuto también puede afectar al alcance

de las competencias que la Constitución reserva al Estado en el artículo 149,1CE.

El Tribunal, en relación a esta cuestión, parte de la siguiente constatación: "la determinación del alcance que puede tener la asunción de competencias por los Estatutos de Autonomía no es cuestión sencilla, pues ha de adecuarse al marco constitucional y éste está dotado de considerable complejidad en este punto". Esta complejidad deriva del hecho de que "la Constitución, que si fija las materias de competencia estatal, *no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones* materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que en última instancia solo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción".

Por tanto se admite que el listado del artículo 149,1 es impreciso en su contenido material y funcional, y se añade que en último término la interpretación del artículo 149,1 corresponderá al propio Tribunal. Pero, antes de llegar a la última palabra del Tribunal, ¿puede el Estatuto tratar de precisar el significado del artículo 149,1 CE, sin perjuicio de la competencia interpretativa final del Tribunal Constitucional? La respuesta a esta pregunta parece ser positiva, cuando al final del fundamento jurídico séptimo se dice: "*los Estatutos pueden libremente asumir competencias, completando así el espacio que la propia Constitución ha dejado desconstitucionalizado, para lo que han de realizar una cierta operación interpretativa con los condicionantes que veremos a continuación*".

El Tribunal reconoce la existencia de un "espacio desconstitucionalizado" en lo relativo a la delimitación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, espacio que en primera instancia puede ser precisado por la norma estatutaria, con unos condicionantes que se exponen a continuación.

3.4. Condicionantes para la tarea interpretativa de los Estatutos de Autonomía. La doctrina de la STC 76/1983

Un primer condicionante puede encontrarse en la propia doctrina del Tribunal sobre los límites de los poderes constituidos para

ocupar la posición del poder constituyente. Se trata de la conocida doctrina del Tribunal en su sentencia 76/1983 (LOAPA). De acuerdo con esta doctrina podría afirmarse que el Estatuto de Autonomía no puede tratar de llevar a cabo interpretaciones generales y abstractas sobre el sistema de distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, tarea que estaría reservada a la Constitución.

En relación con este punto, el Tribunal recuerda en primer lugar su propia doctrina y trata de precisar su significado. Así, con cita de la STC 227/1988, fj 3, recuerda que “es diferente que el legislador estatal realice con pretensiones de validez general una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, con pretensiones de vinculación a las Comunidades Autónomas, y otro muy distinto que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto, dicho legislador deba proceder a una interpretación del alcance y los límites de su propia competencia”.

Por tanto, lo esencial de la doctrina constitucional es que prohíbe al poder constituido llevar a cabo una interpretación abstracta y con voluntad de imponerse a todos, pero no prohíbe una tarea interpretativa limitada al propio ámbito competencial. Al final del fundamento jurídico 8 el Tribunal nos dice: “dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que *los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que al hacerlo no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional*”.

La sentencia 76/1983 tuvo como objeto una ley orgánica estatal. Se podía cuestionar si esta doctrina era también aplicable a un Estatuto de Autonomía. Así, el propio Tribunal dice que “debemos abordar ahora si la doctrina contenida en los dos fundamentos jurí-

dicos anteriores (el 7 y 8) se proyecta con igual alcance respecto del legislador estatutario, extremo éste que el Tribunal se ha planteado pero que aun no ha resuelto”.

Con esta finalidad el Tribunal analiza las fórmulas a través de las cuales los Estatutos han asumido las competencias (fj 9). Pero la respuesta a la pregunta se contiene, a nuestro juicio, en el fj 10. En dicho fundamento jurídico se nos dice en primer lugar que “el legislador estatutario, como cualquier legislador, ha de interpretar necesariamente la Constitución al ejercer la función atributiva de competencias a la correspondiente Comunidad Autónoma que la Constitución le reconoce. Por tanto, puede de modo legítimo realizar operaciones de interpretación de la Constitución sometiéndose, en principio, a los mismos criterios que todo legislador, criterios que han sido expuestos en el fj 8”. Por tanto, aplicaremos al Estatuto la misma doctrina que se elaboró para el legislador de la LOAPA. Esto es, el legislador ordinario puede interpretar la Constitución; lo que no puede pretender es llevar a cabo una interpretación abstracta y con pretensión de valor general.

Aplicando esta doctrina al final del fj 10 se reconoce, en primera instancia, la constitucionalidad del Estatuto cuando, al asumir competencias, interpreta los preceptos constitucionales. Así, se dice que “*el Estatuto, en cuanto norma institucional básica, se dirige hacia los propios poderes de la Comunidad Autónoma singularmente, a la Asamblea Legislativa, ejerciendo una tarea de ordenación de sus respectivas potestades, esto es, fijando el marco normativo en el que aquéllos deben actuar. Con esta perspectiva, el Estatuto de Autonomía puede legítimamente fijar las competencias propias de la Comunidad y establecer su alcance.* El legislador estatutario, actuando así no incurre en vicio de inconstitucionalidad por interpretación de la Constitución, al igual que hemos reconocido lo propio respecto del legislador ordinario, lo que no quiere decir que no pueda incurrir en inconstitucionalidad si infringiera una correcta atribución competencial del Estado”.

En definitiva, la doctrina de la STC 76/1983 se ha fijado en sus estrictos términos a partir de las siguientes premisas:

– el legislador ordinario, cuando ejerce las competencias que tiene reconocidas, interpreta de hecho la Constitución, ya que concreta el alcance material y funcional de lo establecido de forma indeterminada en el artículo 149,1 CE.

– el legislador estatutario, cuando asume las competencias propias en el marco del artículo 149,1 CE, interpreta también la Constitución, al precisar para la respectiva Comunidad Autónoma el alcance material y funcional de lo establecido de forma indeterminada en el artículo 149,1 CE.

– cuando el legislador, ya sea el ordinario o el estatutario, lleva a cabo este cometido no vulnera, en principio, la Constitución. A estos legisladores les compete la función de intérpretes de la Constitución, pues al asumir una competencia o ejercerla necesariamente deben llevar a cabo una interpretación de la Constitución.

– lo que la STC 76/1983 prohibió fue el llevar a cabo una interpretación general y abstracta con vocación de imponerse a todos los poderes públicos.

– en todo caso corresponde en último término al Tribunal Constitucional examinar si los Estatutos de Autonomía han incurrido en algún vicio de inconstitucionalidad al excederse en el margen interpretativo que la Constitución les reconoce.

La consecuencia final es que, sin alterar el contenido de la doctrina de la STC 76/1983, se debe llegar a la conclusión de que un Estatuto de Autonomía, en la medida en que es una norma de aplicación territorial limitada, no puede por su propia naturaleza vulnerar la doctrina de la LOAPA, ya que al interpretar la Constitución mediante la asunción de las competencias propias no lleva a cabo una interpretación abstracta y general de la Constitución, sino que lleva a cabo una concreción del texto constitucional aplicable a una Comunidad Autónoma. Cuestión diversa es que al ejercer esta interpretación el texto estatutario no haya llevado a cabo una correcta interpretación del texto constitucional. En este caso, el Tribunal podrá siempre corregir este error.

3.5. El límite a la función interpretativa. La reconocibilidad de la competencia estatal

Al admitir que el Estatuto posee una función interpretativa de las competencias estatales el Tribunal se ha visto obligado a definir al mismo tiempo los límites de este cometido. Por un lado, como ya hemos señalado, el Tribunal recuerda que en todo caso le corresponde

la última palabra sobre lo establecido por la norma Estatutaria, de modo que la función interpretativa del Estatuto no se puede concebir como un poder absoluto, sino como una tarea sujeta a la revisión del Tribunal Constitucional, cuyo único parámetro, al enjuiciar el Estatuto, será la Constitución y su propia doctrina.

Por otro lado el Tribunal ha querido establecer una doctrina de alcance abstracto y general, señalando un límite infranqueable al legislador estatutario. Para ello ha acudido a un concepto indeterminado: la reconocibilidad de la competencia estatal.

Así, se dice en el fj 10 que el Estatuto puede delimitar las competencias estatales, pero al hacerlo "no puede quebrantar el marco del artículo 149,1 CE desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución".⁶

La generalidad e indeterminación de este límite se complementa con otro de contenido también indeterminado y de alcance en parte finalista. El Tribunal dice que cuando el Estatuto deba llevar a cabo alguna precisión sobre el alcance de las materias de competencia estatal, lo debe hacer "para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella y que, al hacerlo, no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el artículo 149,1 CE de que se trate".

Este límite parece querer imponer al Estatuto, por un lado, algo lógico. Al incidir en la configuración de la competencia estatal mediante la definición de la competencia propia el Estatuto no debe pretender otra cosa que precisar el alcance de su propia competencia (este es el aspecto finalista). Por otro lado, se impone un límite a la capacidad interpretativa del Estatuto. La competencia estatal de-

6. De nuevo el Tribunal Constitucional recurre al arsenal dogmático de la teoría de la garantía institucional, en este caso para aplicarlo a las competencias. Parece querer decirse que cada materia del artículo 149.1 constituye una institución protegida constitucionalmente, de forma que no puede desaparecer en manos del legislador estatuyente. Pero la teoría de la garantía institucional es una teoría de mínimos, ya que trata de salvar "lo que permita la reconocibilidad" de la institución, su núcleo duro. Por tanto parece que con esta construcción se deja a los Estatutos un notable margen de actuación. Mientras no desaparezca la competencia estatal, su alcance puede ser sustancialmente reducido.

be mantenerse en su plenitud, todas sus potencialidades deben respetarse.

Por último no puede dejar de señalarse que en este punto el Tribunal se limita a referirse a las materias competenciales como objeto de la interpretación por parte de la norma estatutaria, sin hacer referencia al alcance funcional de la competencia. Como hemos mencionado, se dice por el Tribunal que si el Estatuto hubiera de hacer “alguna precisión sobre el alcance de las materias de competencia estatal” lo hará en determinada forma, y nada se dice de la función estatal.⁷ No obstante, como vimos anteriormente, cuando el Tribunal alude a la complejidad del sistema de atribución de competencias que requiere ser precisado, se refiere tanto al aspecto material como al funcional de las competencias (fundamento jurídico séptimo). Por tanto no creemos que deba concluirse que el Tribunal solo admite que el Estatuto pueda precisar el aspecto material de la competencia pero no su alcance funcional.

3.6. Los votos particulares. Escasa atención al problema de la distribución competencial

Los diferentes votos particulares que acompañan a la sentencia, muy críticos en relación a alguno de sus fundamentos, no prestan especial atención a los fundamentos jurídicos 7 a 10. Parece que la doctrina de la mayoría sobre la funcionalidad de los Estatutos en el proceso de asunción de las competencias propias y la incidencia que esta función puede tener en la delimitación de las competencias estatales es asumida por la práctica totalidad de los magistrados. Tan solo aparece una voz discrepante en el voto particular del magistrado Rodríguez Zapata, concretamente en su fundamento sexto, donde se opone al argumento de la desconstitucionalización así como a la interpretación que se lleva a cabo del principio dispositivo y del sentido de la doctrina de la sentencia 76/1983.

7. Llama la atención sobre este hecho Ramon Riu, en su artículo “Sobre la reforma de l’estatut de la Comunitat Valenciana”, *RJCat*. 2008, 2, pág. 496. Para el citado autor, de esta frase, se podría deducir que la función delimitadora de competencias que el Tribunal reconoce a los Estatutos se reduce a las materias, pero no a las funciones. No obstante rechaza esta interpretación.

4. Conclusiones que pueden extraerse de la STC 247/2007

A. Si ponemos en conexión el debate suscitado por la redacción del título IV del Estatuto de Autonomía de Cataluña y la sentencia 247/2007, pueden extraerse algunas consideraciones de interés. Como dijimos, la cuestión de fondo subyacente en los diferentes argumentos utilizados por las partes enfrentadas en el recurso frente al título IV del Estatuto catalán era una: ¿pueden los Estatutos determinar o delimitar las competencias del Estado cuando llevan a cabo la función de asumir las competencias propias de la Comunidad Autónoma? En caso afirmativo, ¿con qué alcance?

Pues bien, creemos que la STC 247/2007 aporta una serie de razonamientos de singular interés que permiten presuponer cuál puede ser el fallo de su resolución en la sentencia que dicte (*certus an, incertus quando*) sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Estos razonamientos son los siguientes.

a. Los Estatutos de Autonomía, al asumir las competencias propias de la respectiva Comunidad Autónoma, determinan las competencias del Estado. Ello es así porque:

1. El principio dispositivo que forma parte de nuestro modelo de organización territorial permite que sean las Comunidades Autónomas las que asuman el "quantum" competencial dentro de las competencias residuales. Por tanto el Estado recibe aquello que no asumen los Estatutos.

2. Además, nuestro sistema constitucional de distribución de competencias está en parte indeterminado ("desconstitucionalizado") en la medida en que la Constitución ni precisa el alcance de las materias que corresponden al Estado ni el de las funciones reconocidas al Estado respecto a estas materias. Este hecho crea un "espacio desconstitucionalizado" que puede ser precisado por los Estatutos de Autonomía.

b. Los Estatutos de Autonomía, al precisar el contenido de las materias y de las funciones que configuran las competencias autonómicas, no incurrir en la prohibición establecida en la STC 76/1983. La doctrina de esta sentencia impide que el legislador ordinario (lo que es aplicable al legislador estatuyente) lleve a cabo operaciones inter-

pretativas abstractas y generales. Pero dado que los Estatutos de Autonomía se refieren a una Comunidad Autónoma en concreto, no tratan de formular una interpretación abstracta y general. El Estatuto de Autonomía, a diferencia de la LOAPA, se puede calificar de norma aplicativa, norma que trata de hacer efectivos mediante su concreción los preceptos constitucionales. Por ello los Estatutos no se ven afectados en este punto por la doctrina de la STC 76/1983.

c. En el ejercicio de su función interpretativa, los Estatutos de Autonomía tienen un límite infranqueable. La determinación o delimitación de las competencias estatales que puede llevar a cabo la norma estatutaria debe dejar a salvo en todo caso la "recognoscibilidad" de la competencia estatal, y debe tratar de hacer posible el desarrollo completo de las funciones propias de dicha competencia.

d. En todo caso el Tribunal Constitucional determinará si el Estatuto de Autonomía, en el ejercicio de su función delimitadora o determinante de las competencias estatales, ha respetado o no la Constitución.

B. Ciertamente esta doctrina de la STC 247/2007 tiene mucho de "abstracta", en la medida en que se ha elaborado como marco general para la resolución de un conflicto que seguramente no requería esta construcción doctrinal previa. Por tanto se ha llevado a cabo sin tener como referencia un precepto concreto al que aplicarse. Por el contrario, y como acabamos de señalar, el contenido de la sentencia guarda relación directa con las cuestiones planteadas en el recurso interpuesto frente al Estatuto de Autonomía de Cataluña y a las que nos hemos referido en la primera parte de este trabajo. Por ello, teniendo en cuenta las líneas argumentales de las partes enfrentadas en este conflicto, avanzaremos a continuación unas hipótesis sobre la incidencia que puede tener la doctrina de la STC 247/2007 en la sentencia que ha de resolver el recurso frente al Estatuto de Autonomía de Cataluña.

a. Frente a los argumentos de carácter más general de las partes recurrentes, según los cuales los Estatutos de Autonomía no pueden delimitar o determinar las competencias estatales, y menos en el supuesto de las competencias del artículo 149,1 CE, la STC 247/2007 reconoce que el Estatuto de Autonomía es norma constitucionalmente apta para determinar el alcance de las competencias estatales cuando lleva a cabo su función de asunción de las competencias propias autonómicas.

El principio dispositivo, ínsito en nuestro modelo de organización territorial, y la indeterminación de las competencias estatales definidas en el artículo 149,1 CE, lo que se califica como “espacio desconstitucionalizado”,⁸ justifican la función de los Estatutos como normas que concretan el sistema de reparto competencial. Las mismas razones avalan que el Estatuto, al delimitar las competencias propias de la Comunidad Autónoma (función que nadie discute), lleve a cabo una paralela configuración del alcance de las competencias estatales.

b. La doctrina de la LOAPA no es aplicable a los Estatutos de Autonomía cuando los mismos tratan de precisar el alcance de las competencias autonómicas propias. Al llevar a cabo este cometido los Estatutos no realizan una interpretación abstracta y general de la Constitución que pudiera calificarse como actuación que trata de suplantar al poder constituyente. Los Estatutos actúan en este caso como una norma “aplicativa” de la Constitución. Por tanto, no es que la sentencia 247/2007 module la doctrina de la LOAPA con referencia a los Estatutos, sino que precisa su significado y, como consecuencia de ello, pone de relieve que al asumir las competencias propias los Estatutos no tratan de ejercer las funciones propias del poder constituyente sino que ejercen las que corresponden al Estatuto como poder constituido.

c. Estos razonamientos, contenidos en la STC 247/2007, creemos que permiten salvar la estructura del Estatuto de Autonomía catalán en el tema competencial frente a la crítica general formulada a esta regulación, crítica basada en esencia en la afirmación de que el Estatuto imponía de forma unilateral una nueva configuración de las competencias estatales. Creemos que puede concluirse que los principios que informan el título IV del Estatuto catalán, y por tanto el modelo de distribución de competencias entre el Estado y la Generalidad que en él se diseña, es conforme con la Constitución.

Ahora bien, la STC 247/2007 reserva la última palabra al Tribunal y fija unos límites a la función estatutaria. Si los preceptos concretos

8. Sobre el significado del principio dispositivo, y su relación con la “desconstitucionalización” del modelo de organización territorial, puede verse el interesante trabajo de Fossas, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP-Marcial Pons, Madrid 2007.

del título IV del Estatuto catalán respetan o no estos límites es algo que no está prejuzgado. Estos límites entrarán en juego y se precisarán cuando el Tribunal entre a examinar de forma singularizada el articulado del Estatuto catalán y, en concreto, los preceptos que asumen competencias específicas precisando su contenido material mediante la relación de submaterias. Entonces el Tribunal tendrá que valorar si el precepto estatuario, al llevar a cabo la delimitación funcional y material de la competencia propia de la Generalidad, ha respetado o no el límite de la “recognoscibilidad” de la competencia estatal correlativa.

Para llevar a cabo este juicio parece que el Tribunal admite que su único parámetro de referencia será el texto constitucional. Por tanto, como se ha dicho, si la “decisión estatutaria podrá ser controlada por el Tribunal, pero, el único canon o parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las normas estatutarias –es decir, el texto constitucional– prácticamente nada dice al respecto, el alcance del control jurisdiccional necesariamente muy limitado habrá de ser”.⁹

d. Las mismas consideraciones anteriores creo que pueden hacerse respecto de la definición que hace el Estatuto, con carácter general, de las funciones que se ejercerán respecto de las diferentes competencias materiales. Esto es, respecto del contenido de los artículos 110 a 112 del EAC.

La STC 247/2007 reconoce también la indeterminación de los títulos funcionales y su posible concreción vía estatutaria. Si esta concreción se lleva a cabo con la finalidad de ser aplicable solo al Estatuto catalán, su único límite será de nuevo la “recognoscibilidad” de la competencia estatal, lo que resolverá el Tribunal al examinar el precepto estatutario. Por tanto, si tomamos como ejemplo el artículo 111 del EAC, uno de los que más críticas ha suscitado, la STC 247/2007 viene a decirnos que por el hecho de definir el alcance de lo básico en relación a las competencias de la Generalidad de Cataluña, el citado pre-

9. Fernández Farreres, G. *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?* Comentario a la STC 247/2007 de 12 de diciembre sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Trabajo en prensa que debo a la cortesía de su autor. El autor critica con dureza la doctrina del Tribunal en esta sentencia, y en particular, el olvido de la propia doctrina del Tribunal y su aportación para la “constitucionalización” del modelo de organización territorial hoy existente, modelo que, a su juicio, la sentencia ignora.

cepto no es inconstitucional. Ahora bien, el Tribunal se reserva el examen en profundidad de este artículo 111 para determinar si el mismo respeta el concepto de lo básico establecido en la Constitución, o bien para establecer que la redacción del artículo 111 solo es conforme a la Constitución si dicha redacción se interpreta en la forma que establece el Tribunal.

En definitiva, la STC 247/2007 proporciona, a nuestro juicio, en los fundamentos jurídicos por nosotros examinados, un bagaje conceptual amplio en base al cual poder encajar dentro del sistema constitucional el título IV del EAC. En todo caso parece que la estructura de dicho título no debe verse afectada. Tal vez algún precepto concreto puede ser cuestionado si se entiende que la definición material de la competencia estatutaria hace irreconocible la competencia estatal afectada. Tampoco parece que la definición genérica de las funciones competenciales se oponga a la Constitución, aunque también en este caso podría introducirse algún matiz a la redacción de los artículos 110 a 112, o bien una precisión interpretativa sobre su contenido, si de nuevo se entiende que el precepto estatutario afecta al núcleo esencial de la función que corresponde al Estado.¹⁰

10. Estas precisiones finales no deben entenderse en el sentido de que estimemos que existen preceptos estatutarios contrarios a la Constitución. Simplemente se trata de identificar aquellas limitadas cuestiones sobre las que estimamos existe una mayor posibilidad de que pudiera producirse un pronunciamiento de inconstitucionalidad en la sentencia del Tribunal constitucional que se dicte sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (siempre que, obviamente, se mantenga la doctrina elaborada en la STC 247/2007).

RESUMEN

El trabajo tiene como objeto el estudio de los fundamentos 7 a 10 de la Sentencia 247/2007 del Tribunal Constitucional, en los que se analiza el papel de los Estatutos de Autonomía en la configuración del sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y la incidencia que puede tener esta doctrina en la futura sentencia sobre el Estatuto catalán. Para vincular la Sentencia 247/2007 con la futura sentencia sobre el Estatuto catalán se exponen, por un lado, los argumentos de las partes recurrentes, Partido Popular y Defensor del Pueblo, y los del Parlamento catalán y, por otro, los argumentos del Tribunal Constitucional en relación con el alcance de los Estatutos de Autonomía en la delimitación de su ámbito competencial. La puesta en común de los argumentos de los recurrentes y la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en una sentencia que se pronuncia sobre muchas de las cuestiones planteadas en los recursos citados, permite concluir el trabajo con una serie de consideraciones sobre el previsible contenido de la futura sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán en la parte relativa al nuevo modelo de distribución competencial.

Palabras clave: Estatuto de Autonomía; distribución de competencias; principio dispositivo; desconstitucionalización; materia competencial; función competencial; LOAPA.

RESUM

El treball té per objecte l'estudi dels fonaments 7 a 10 de la Sentència 247/2007 del Tribunal Constitucional, en què s'analitzen el paper dels estatuts d'autonomia en la configuració del sistema de repartiment competencial entre l'Estat i les comunitats autònomes i la incidència que pot tenir aquesta doctrina en la futura sentència sobre l'Estatut català. Per vincular la Sentència 247/2007 amb la futura sentència sobre l'Estatut català s'exposen, d'una banda, els arguments de les parts recurrents, el Partit Popular i el Defensor del Poble, i els del Parlament català i, de l'altra, els arguments del Tribunal Constitucional amb relació a l'abast dels estatuts d'autonomia en la delimitació del seu àmbit competencial. La posada en comú dels arguments dels recurrents i la doctrina del Tribunal Constitucional, inclosa en una sentència que es pronuncia sobre moltes qüestions plantejades en aquests recursos, permet concloure el treball amb una sèrie de consideracions sobre el contingut previsible de la futura sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut català en la part relativa al nou model de distribució competencial.

Paraules clau: Estatut d'autonomia; distribució de competències; principi dispositiu; desconstitucionalització; matèria competencial; funció competencial; LOAPA.

ABSTRACT

The aim of this study is to examine articles 7 to 10 of ruling 247/2007 of the Constitutional Court, in which the role of the Statutes of Autonomy in the division of jurisdictions between the Central Government and the Autonomous Communities is analysed, and the impact that the ruling in this case may have on the future ruling on the Catalan Statute. To link ruling 247/2007 with the future ruling on the Catalan Statute, on one side the appellant parties – the *Partido Popular* and the ombudsman, and the Parliament of Catalonia, on the other, the Constitutional Court makes its arguments regarding the extent to which the Statutes of Autonomy limit its jurisdiction. Public knowledge of the appellants' arguments and the Constitutional Court's decision regarding this case, which are included in a ruling from previous appeals that pronounces on many of the issues covered in the mentioned appeals, allows the study to close with a series of considerations about the future ruling of the Constitutional Court on the part of the Catalan Statute relating to the new model for distribution of jurisdictions.

Key words: Statute of Autonomy; distribution of jurisdictions; dispositive principle; deconstitutionalisation; jurisdictional material; jurisdictional function; Organic Law Harmonizing the Autonomous Process (LOAPA).

LA RELACIÓN DERECHOS-ESTADO AUTONÓMICO EN LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO VALENCIANO

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El análisis del contenido constitucionalmente legítimo del Estatuto como presupuesto. – 3. La igualdad frente a las declaraciones estatutarias de derechos. 3.1. Introducción. 3.2. La distinción entre la igualdad integradora de la autonomía y la igualdad del art. 14 CE. 3.3. El art. 149.1.1 y las declaraciones estatutarias de derechos. 3.4. El alcance del art. 139.1. 3.5. La concreción de la posibilidad de que los Estatutos contengan legítimamente derechos, y la diferenciación entre tipos de derechos. – 4. Conclusiones. – Bibliografía citada. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Introducción

La sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que resuelve la impugnación del gobierno aragonés contra el art. 20 de la LO 1/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que da nueva redacción al art. 17 de éste,¹ va, como es sabido, bastante más allá de lo que la resolución de dicha impugnación demandaba estrictamente, y opta por realizar un repaso de los principales problemas que se suscitan en relación a los nuevos Estatutos de

Artículo recibido el 31/07/2008; aceptado el 22/09/2008.

1. Es de interés traer a colación la observación de Ramon Riu, que recuerda cómo pocos días antes de impugnar ese precepto, que recoge el derecho al agua, con la argumentación por parte del Gobierno aragonés de que la inclusión en el EACV de una declaración de derechos excedería del contenido constitucionalmente legítimo de un Estatuto, el Pleno de las Cortes de Aragón aprobaba su propuesta de Estatuto, que recogía la correspondiente declaración de derechos, incluyendo el derecho al agua, sin que ello hiciera que el Gobierno aragonés desistiera del recurso o cuando menos modificara su línea de defensa. El citado autor recoge en su artículo otras paradojas de no menor interés. *Vid.* Riu Fortuny, R., "Sobre la reforma de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana. Comentari a la Sentència del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de desembre", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 2008, págs. 485 ss.

Autonomía, comenzando así a elaborar la doctrina que habrá de ser aplicada en la resolución de ulteriores impugnaciones estatutarias y, señaladamente, en las relativas al estatuto catalán.

Son, pues, muy diversos los temas que el Tribunal trata en esta sentencia antes de centrarse, finalmente, en la resolución del objeto del litigio.² De todos ellos, en estas páginas se tratará únicamente de la relación derechos-Estado autonómico, analizándose, en consecuencia, la doctrina sentada por el Tribunal en relación con los diversos aspectos que en este ámbito se suscitan: la función de los arts. 139.1 y 149.1.1 y la posibilidad de que los Estatutos contengan declaraciones de derechos.³ Constituyen, como se ve, facetas distintas de la cuestión principal, con lo cual se dan cita un principio general de la organización territorial del Estado que aborda la cuestión de la igualdad de derechos a lo largo del territorio; un título competencial cuya materia son los derechos y deberes constitucionales, y, finalmente, el problema de determinar cómo pueden (y si pueden) los Estatutos complementar a la Constitución o incluso ir más allá de lo que va ésta en la tarea de reconocer y garantizar derechos a los ciudadanos de la respectiva Comunidad, problema en cuya resolución habrá también que determinar si inciden los dos preceptos constitucionales previamente mencionados.

2. Sobre todos ellos *vid.* Riu Fortuny, R., "Comentari...", *op. cit.*, y Fernández Farreres, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

3. Cuestión ésta sobre la que como es sabido la doctrina venía debatiendo con intensidad desde la aprobación del estatuto catalán: véanse las contribuciones de Paloma Biglino, Víctor Ferreres y Marc Carrillo en el libro *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006; así como Díez-Picazo Giménez, L.M., "¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?", *REDC*, 78, 2006, págs. 63-75; Caamaño Domínguez, F., "Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)", *REDC*, 79, 2007, págs. 33-46; Díez-Picazo Giménez, L.M., "De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño", *REDC*, 81, 2007, págs. 63-70; Ortega Álvarez, L., "Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía", en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Barcelona, IEA, 2007; Carrillo, M., "Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía", *REDC*, 80, 2007, págs. 49-73; y Aparicio Pérez, M.A. y Barceló Serramalera, M., "Los derechos públicos estatutarios", disponible en línea en la web de la Fundación Giménez Abad así como en Aparicio Pérez, M.A. (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 13-38.

2. El análisis del contenido constitucionalmente legítimo del Estatuto como presupuesto

La solución a la cuestión de si el Estatuto puede contener o no derechos exige, lógicamente, el examen previo de cuál es el contenido constitucionalmente legítimo de aquél, pues una interpretación muy restrictiva de dicho ámbito haría ociosa desde el inicio cualquier otra consideración sobre el problema, al no aparecer los derechos como uno de los contenidos necesarios del art. 147.2 CE.

El Tribunal, contra lo que un sector doctrinal había venido sosteniendo,⁴ realiza una interpretación amplia de dicho contenido, incluyendo tanto lo previsto literalmente en los arts. 147.2 y 3 CE y en otras normas constitucionales que remiten a los estatutos, como otros posibles contenidos conectados con los anteriores y que se hayan ligados a la naturaleza y función de la norma estatutaria como norma institucional básica, en aplicación del principio dispositivo. En cuanto a esto último, partiendo de diversa jurisprudencia anterior, el Tribunal concluye que la misma "permite sostener la legitimidad constitucional de un contenido estatutario configurado "dentro de los términos de la Constitución" (art. 147.1 CE), siempre que esté conectado con las específicas previsiones constitucionales relativas al cometido de los Estatutos" (FJ 11).

A tal efecto, el Tribunal partirá del hecho de que no ha limitado en el pasado la organización institucional autonómica al entramado citado en el art. 147.2 CE, y de la constatación de que las CC.AA. de vía lenta han asumido el esquema institucional de las de vía rápida, todo lo cual apunta a que la operatividad del principio dispositivo permite a los Estatutos rebasar legítimamente el esquema del art. 147.2 (que deviene así el listado del contenido estatutario necesario o mínimo), siempre que ello se haga en el marco de la Constitución. Es, a estos efectos, necesario reproducir algunas de las ideas clave que el Tribunal desgrana en su FJ 12 porque, de una parte, resuelven la cuestión de que tratamos pero, de otra, muestran una potencialidad de la que luego el Tribunal, al resolver la concreta cuestión de si los

4. Vid. por ejemplo los trabajos citados de Díez-Picazo. En contraste, fundamentando la existencia de un contenido posible junto al necesario del 147 CE y a los demás previstos en otros preceptos constitucionales, véanse los trabajos también mencionados de Carrillo y Caamaño.

Estatutos pueden, y hasta qué punto o con qué efectos pueden, recoger declaraciones de derechos, prescindirá parcialmente. Así, el razonamiento central del Tribunal en este punto gira en torno a dos ejes:

a) el papel del principio dispositivo como fuente de la apertura estatutaria a otros contenidos, dentro de la sujeción al marco constitucional:

“El principio dispositivo ofrece, así, un margen importante en este punto a las diferentes opciones de las Comunidades Autónomas, margen tanto sustantivo como de densidad normativa, pero que opera, reiterémoslo de nuevo, dentro de los límites que se deriven de la Constitución” (FJ 12).

b) y como consecuencia de lo anterior, la distinción entre contenido mínimo o necesario, contenido adicional y contenido complementario no recogido constitucionalmente: dicho contenido mínimo o necesario es el recogido en el art. 147.2 CE; el adicional es el integrado por “las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos” (FJ 12); y, tras todo lo anterior, que como hemos visto se halla recogido *expressis verbis* en la Constitución, se añadiría como contenido complementario también posible todo aquello que:

“Aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada Comunidad Autónoma” (FJ 12).⁵

5. Confluyen aquí dos elementos que no tienen por qué estar necesariamente unidos. El Tribunal pide, en primer lugar, que las cuestiones que integran el “contenido complementario” del que hemos hablado estén conectadas con las previsiones constitucionales expresas sobre el contenido mínimo o necesario y el adicional. En segundo lugar, para que tal contenido complementario constituya un complemento adecuado al resto de contenidos estatutarios, pide que exista una adecuación de dicho complemento a “la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los Estatutos, en cuanto norma institucional básica”. Pero nótese que si una determinada cuestión cumple con este último requisito de adecuación, parece ocioso exigir además el primer requisito de la conexión con las previsiones constitucionales expresas mencionadas.

E interesa una cuestión, derivada de la anterior, a la que habrá que volver más adelante, y que se refiere al haz de relaciones que está llamado a regular el Estatuto:

“Los Estatutos de Autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional a que hemos aludido, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro” (FJ 12. Cursiva mía).

Interesa también subrayar esta referencia última porque en ella hubiera podido fundamentarse sin mayor problema la inclusión de declaraciones de derechos en los Estatutos, en tanto que es una forma de regular la relación de los poderes e instituciones autonómicas con los ciudadanos, al establecer límites o condicionamientos, en unos casos, y fines o directrices, en otros, al ejercicio de las competencias de aquellos, con el fin de garantizar al mismo tiempo posiciones jurídicas de los ciudadanos.⁶ El TC, como se verá, no seguirá esta posible vía.

3. La igualdad frente a las declaraciones estatutarias de derechos

3.1. Introducción

Hemos visto en el apartado anterior que la interpretación amplia que del posible contenido estatutario realiza el TC permite seguir ahondando en la cuestión de si los Estatutos pueden contener derechos, sin descartar *a radice* esta posibilidad como hubiera sucedido de haber acogido aquél una concepción muy restrictiva de tal

6. Se manifiesta contrario a este razonamiento del TC Fernández Farreres, para quien “Esta afirmación (...) no deriva, desde luego, de los precedentes hasta este momento referidos. Es más: se trata de una conclusión que no se justifica en razonamiento alguno”. *Vid.* Fernández Farreres, G., *¿Hacia una nueva doctrina...*, *op. cit.*, págs. 100-101.

contenido. Sin embargo, ello es condición necesaria, pero no suficiente, para poder resolver el problema planteado acerca de la posible inclusión de declaraciones de derechos en los Estatutos: debe aún estudiarse hasta qué punto la exigencia constitucional de igualdad entre los españoles modula o no la posibilidad estudiada. Para ello han de tratarse diversas vertientes o manifestaciones de dicha igualdad.

3.2. La distinción entre la igualdad integradora de la autonomía y la igualdad del art. 14 CE

El Tribunal, en el FJ 4c de la sentencia, comienza por deslindar de forma clara el ámbito en que se proyecta el principio de igualdad del ámbito que es propio de los principios de unidad, autonomía y solidaridad:

“Importa precisar el ámbito en que se proyecta el principio de igualdad y también su alcance, pues lo hace, esencialmente, en un ámbito distinto al que es propio de aquellos otros tres principios [unidad, autonomía, solidaridad] (...) En efecto, ha de advertirse que la jurisprudencia constitucional (...) ha precisado expresamente que el principio de igualdad, que se predica de los ciudadanos, no excluye la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas”

Y tras ello cita su sentencia 37/81, reiterada en otras posteriores, según la cual:

“la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento”.

Al tiempo que, con cita de la 76/83, se vincula implícitamente el alcance de dicha igualdad con la fijación por el Estado de las condiciones básicas de los derechos:

“es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas”.

Naturalmente la anterior conclusión es cierta pero parcial, pues al lado de las condiciones básicas del art.149.1.1 operan otros títulos competenciales del Estado que inciden sobre concretos derechos ampliando el ámbito de igualdad mencionado. Al mismo tiempo, en relación con los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo, opera la reserva de ley orgánica.⁷ Por ello el propio Tribunal, algunos párrafos más adelante, complementará adecuadamente esta explicación al decir que:

“conviene apuntar ya la idea de que la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles se garantiza por Ley de las Cortes Generales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE), pero las Leyes autonómicas, garantizada esa igualdad fundamental en la materia de que se trate, pueden también incidir en dichas posiciones jurídicas, si han asumido competencias sobre las mismas”.

Volvamos, no obstante, como lo hace el Tribunal, de nuevo al inicio. El principio de igualdad opera “en el ámbito de los ciudadanos, en concreto, de sus condiciones de vida” y dado que “la estructura del poder se proyecta sobre los ciudadanos a través de las potestades que la Constitución atribuye, precisamente, a los diversos entes de naturaleza política” y tales potestades “se ejercen en la esfera de la ciudadanía en la que sí opera el principio de igualdad”, de ello se sigue que éste impone “ciertos límites a la acción de los poderes públicos”, de manera que incide así “en el despliegue del principio de autonomía pero no puede desvirtuarlo” (FJ 4c).

Por tanto, el ámbito propio del principio de igualdad del art. 14 es uno, e “impide, en lo que aquí interesa, que las normas establezcan diferenciaciones no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo legislador” y es distinto en cambio “el ámbito de las reglas constitucionales que confieren competencias exclusivas al Estado o que limitan las divergencias resultantes del ejercicio por las Comunidades Autónomas

7. Que desde la STC 173/98 cobra función de título competencial *de facto*, en la medida en que la mencionada sentencia atribuía al Estado ex art. 81.1 (sin mención a título competencial alguno como debiera ser el 149.1.1) la regulación del tramo de desarrollo directo de los derechos fundamentales. Sobre ello *vid.* Cabellos Espiérrez, M.A., “La relación entre ley orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales: Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio”, *Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público*, 25, 1999, pags. 87-118.

de sus competencias propias. Estos últimos preceptos (y, entre ellos, los arts. 139.1, 149.1.1 y 149.1.18, invocados en la presente cuestión) aseguran, con técnicas diversas, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía". Se trata de una igualdad que el Tribunal denomina "integradora de la autonomía", que es distinta de la del 14 (en la ley y en la aplicación de la ley), que no es "medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas".

Esta distinción entre igualdad integradora de la autonomía, que da la medida del grado de igualdad que debe existir en el sistema autonómico y a partir del cual puede legítimamente abrirse paso a la diversidad, y el principio de igualdad del art. 14, resulta especialmente importante y estará implícitamente en la base del resto de la construcción que deba realizarse en torno al binomio igualdad de derechos-Estado compuesto. En palabras del Tribunal, la diversidad normativa que deriva de la Constitución, y que no es total, sino limitada por diversos preceptos (especialmente los arts. 139.1, 149.1.1, pero no exclusivamente, como ya se ha dicho) no se opone al principio de igualdad del art. 14. Corresponde, por tanto, ahora, comprobar la virtualidad y el alcance de los dos preceptos mencionados en tanto que tienen un papel central en la tarea de asegurar el grado necesario de igualdad de derechos y limitar la diversidad consustancial a un Estado compuesto.

El Tribunal construye su argumentación posterior en torno a ello de un modo un tanto asistemático. Comienza, ciertamente, analizando el papel del art. 139.1. A continuación, formalmente bajo este paraguas pero materialmente retomando lo dicho en el FJ 12 sobre el contenido del Estatuto, procede a resolver la cuestión de fondo y, finalmente resuelta ésta, se detiene aún a tratar brevemente el papel del art. 149.1.1 CE. Dada la función marginal de éste en la resolución del problema que tratamos, comenzaremos por referirnos a él para después pasar al núcleo del pronunciamiento del Tribunal.

3.3. El art. 149.1.1 y las declaraciones estatutarias de derechos

La doctrina no ha sido del todo unívoca en cuanto a la función del art. 149.1.1 como límite a las declaraciones estatutarias de dere-

chos,⁸ cuestión a la que deberá dedicarse el Tribunal. Éste, cuando examina el art.139.1, se refiere brevemente en el FJ 14 al art. 149.1.1 como uno de los límites a la diferenciación entre ciudadanos de distintas CC.AA., al señalar que preceptos como los arts. 53.1, 81.1, 149.1.1 y en general los subapartados del art. 149 que otorguen competencias al Estado, aseguran un ámbito de igualdad. En concreto, a los arts. 81.1 y 149.1.1 los trata el Tribunal conjuntamente como garantes de las “posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales” (FJ 14).

Pero el tratamiento algo más detenido del precepto lo realiza el TC en el FJ 17. En primer lugar, procede el Tribunal a dejar claro cuál es la materia del art. 149.1.1:

a) el objeto de este título no es cualquier derecho sino solo los recogidos en la CE (y trae a colación su STC 61/97, que se refería a los “derechos constitucionales en sentido estricto” y a los “deberes básicos”).

b) consecuencia de ello es que el art.149.1.1 no se proyecta sobre los “derechos, principios o directrices estatutarios en sentido estricto, es decir, sobre los preceptos estatutarios de tal carácter que no reproduzcan derechos constitucionales”.

Con ello se niega que exista una afectación general del art.149.1.1 CE sobre cuantos derechos o principios pudiera un Estatuto recoger, de modo que el mencionado título hubiera de constituir un límite o impedimento general a la posibilidad de que los Estatutos recojan derechos o principios. Por el contrario, tan solo operará (si leemos *sensu contrario* la consideración del Tribunal que acabamos de mencionar) sobre los preceptos estatutarios que reproduzcan derechos constitucionales. Lo relevante es el modo como el Tribunal indica que operará sobre estos, pues viene a complementar la concepción que del precepto realizó en la STC 61/97.

8. Dicha función de límite la formula Carrillo en su contribución al libro *Derechos...*, *op. cit.*, pág. 74, en que habla de sujeción del Estatuto a las condiciones básicas. Contra esa función de límite del 149.1.1, y coincidiendo sustancialmente con la que después sería la posición del TC, *vid.* Aparicio/Barceló, *op. cit.*, págs. 16-17. También en contra, pero sin ulterior argumentación, *vid.* el primero de los trabajos de Díez-Picazo y el de Caamaño, antes citados, que coinciden en este punto.

En ésta, el Tribunal señaló, entre otras muchas consideraciones realizadas en torno al art.149.1.1,⁹ que éste no constituía un título por el que el Estado pudiera dictar unas bases susceptibles de desarrollo, sino “el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad” de modo que el título que tratamos otorga al Estado “la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara” (FJ 7). El Tribunal no argumenta el porqué de estas conclusiones, sino que las enuncia como algo evidente en sí mismo, como veremos que volverá a hacer en otro orden de cosas en la STC 247/2007.

Pero es que, además, el Tribunal indica que, mientras no se dicten las condiciones básicas, las CC.AA. podrán entrar en el terreno de estas:

“mientras no se dicten las condiciones básicas, los legisladores autonómicos pueden dictar normas aun cuando ocupen campos propios de aquellas, siendo desplazadas sus normas cuando el legislador estatal las dicte finalmente” (STC 61/97, 178/2004 y posteriores).

Devienen así las condiciones básicas algo distinto a las bases, que el Estado dicta o no, según su criterio, y que, según establecería el Tribunal en su sentencia 173/1998, si no se dictan dejan abierto un terreno normativo a las CC.AA., que se cierra (y las normas de éstas quedan desplazadas) en cuanto las condiciones básicas aparecen, teorización ésta tan original como huérfana de fundamentación (más allá de su propia y apodíctica formulación) en la sentencia de 1998.¹⁰

9. Sobre ellas *vid.*, desde diversas perspectivas, Cabellos Espiérrez, M.A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001; Sáenz Royo, E., *Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Madrid, Civitas, 2003; Barnés Vázquez, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*, IEA, Barcelona, 2004; Cabellos Espiérrez, M.A., “La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las CC.AA. a partir del art. 149.1.1 CE”, en: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, IEA, Barcelona, 2007, págs. 83-112.

10. “En tanto que esa legislación estatal [que contenga las condiciones básicas] no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión

La sentencia 247/2007 añade nuevos matices a la doctrina surgida en 1997, que permiten identificar cuál es, según el Tribunal, la función del art. 149.1.1. Dice el Tribunal:

“el Estado regula los derechos constitucionales de acuerdo con las competencias que tiene sobre cada uno de ellos y, en todo caso, partiendo de lo dispuesto en el art. 81.1 CE para los supuestos en que este precepto sea de aplicación. Con mayor precisión, en puridad el art. 149.1.1 CE no habilita propiamente al Estado para regular el contenido normativo sustantivo de los derechos constitucionales, sino un aspecto diferente, cual es el de “las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Por tanto, no cabe identificar el contenido normativo de los derechos constitucionales y las condiciones básicas con arreglo a las cuales dichos derechos han de ser ejercidos, de manera que las señaladas condiciones básicas solo permiten al Estado establecer una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos cuando ello fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate. Por tal razón, y ello es esencial para entender la función encomendada a este precepto constitucional, nuestra doctrina entiende que no puede invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del art. 149.1.1 CE, sino que ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la “condición básica” del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida” (FJ 17).

Debe resaltarse que se diga ahora que “en puridad el art. 149.1.1 CE no habilita propiamente al Estado para regular el contenido nor-

competencial, ya que el art. 149.1.1 C.E., más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas, éstas entrarán en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación de los distintos tipos de asociaciones” (FJ 9).

mativo sustantivo de los derechos constitucionales”, porque la STC 61/97 parecía aludir en cambio a la regulación de un determinado tramo de los derechos. Por una parte decía del art.149.1.1 CE que:

“en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la “materia” sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. [Y] las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que estos se insertan (...)” (STC 61/97, FJ 7b).

Con lo que parece identificarse a las condiciones básicas con una parte del contenido normativo sustantivo del derecho. Y asimismo indica el TC que:

“las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas (...) corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico”.

Cabía deducir de esto último que el art.149.1.1 sí que permite regular parte del régimen jurídico de tales “derechos constitucionales en sentido estricto, así como [de] los deberes básicos”. Con todas las dudas que puedan tenerse sobre el alcance de dicha regulación,¹¹ parece que el TC se decanta por la tesis de que las condiciones básicas son parte de la regulación sustantiva del derecho, y no algo distinto que haya de actuar como presupuesto, complemento o como elemento favorecedor del ejercicio de los derechos, aunque en el FJ 8, cuando se intentan categorizar las condiciones básicas, no deja de verse al final un guiño a esta última posibilidad. Dice el Tribunal:

“Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las

11. Seguida en la 173/98, por más que en esta al concurrir la reserva de ley orgánica por el tema tratado (derecho de asociación) la complejidad aumentaba.

“condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta (...) Dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (...); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (...); etc.” (STC 61/97, FJ 8).

Con la STC 247/2007, parece que el Tribunal (que nos dice que el 149.1.1 “no habilita propiamente al Estado para regular el contenido normativo sustantivo de los derechos constitucionales”) facilita o se decanta por la segunda opción (presupuesto concreto, elemento favorecedor, complemento normativo puntual) dándole incluso un matiz que la doctrina ya había defendido en los años 80, descartándolo en los 90: el art. 149.1.1 como título que permitiría al Estado reestablecer la igualdad en el ejercicio de los derechos siempre que considerara aquélla rota o en peligro, lo que indudablemente da al precepto una potencialidad innegable.¹² Frente al carácter pretendidamente restrictivo de la sentencia 247/07, en realidad se da al art. 149.1.1 una potencialidad mayor que la que se derivaba de la STC 61/97 que, al fin y al cabo, aunque decía que el 149.1.1 no encerraba una competencia básica del Estado, hacía un esfuerzo por definir qué regularía éste, y se movía esencialmente en el terreno de lo que sería un tramo de los derechos perteneciente a su regulación sustantiva. Ahora, el Estado podrá dictar condiciones básicas siempre que ello “fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad [de derechos o deberes] que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate” (FJ 17) y además esa acción impeditiva de la diversidad no se conecta a la regulación de un tramo del contenido norma-

12. Sobre esta orientación, sus defensores, y con una argumentación sólida acerca de los peligros de la misma, *vid.* Tudela Aranda, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994, págs. 288 ss.

tivo sustantivo sino que puede ir más allá de esto. La STC 247/07, por tanto, parte de la de 1997, pero en su formulación amplía el campo de acción que ésta fijaba al Estado.

Por otra parte, si la referencia a la "excesiva diversidad" apunta a la necesidad de utilizar el principio de proporcionalidad para enjuiciar la actuación del legislador estatal (a él recurrieron en relación con el art. 149.1.1 las SSTC 133 y 135/06), ya podemos dar por descontado que el límite para éste será en la práctica inexistente. En definitiva: para evitar otorgarle carácter de límite general a las regulaciones estatutarias en tanto que título que fija una reserva a favor del Estado de un determinado tramo de los derechos, el art. 149.1.1 deviene así el precepto al que el Estado podrá acudir saltuariamente siempre que considere que puede haber en un derecho una "excesiva diversidad" a lo largo del territorio. Como Tudela apuntaba, un "título de intervención puntual"¹³ para ir deshaciendo reales o presuntas diversidades o desigualdades.

Sea como fuere, e independientemente de la opinión que merezcan las matizaciones/ampliaciones que introduce la sentencia que tratamos, la consecuencia a la que permite llegar ésta es que incluso en relación con los derechos constitucionales que puedan reproducir los Estatutos, el art. 149.1.1 no operará como límite impeditivo con carácter previo y general. El 149.1.1, cuyo ámbito de actuación es más imprevisible desde ahora y que no se liga al contenido normativo de los derechos, y que será actuado cuando se detecte "una diversidad excesiva", no puede lógicamente constituir un límite general a los Estatutos, como si fijara una reserva normativa estatal donde ninguna norma autonómica pudiera entrar; en tanto que no es tal límite, se deriva de ello que no puede "invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad" sino que ha de "aducirse en cada caso la condición básica que se considere infringida" (FJ 17). Por tanto, con base en la jurisprudencia referida, los Estatutos pueden referirse en sus catálogos de derechos a derechos constitucionales cuando atribuyan competencia a la Comunidad Autónoma sobre la materia de que se trate. Y hay que recordar que la sentencia parte de que cuando hablamos de derechos constitucionales no estamos aludiendo a los principios rectores del capítulo III de la Constitución (*vid.* FJ 13b, al que

13. *Vid.* Tudela Aranda, J., *op. cit.*, ídem.

luego se aludirá), que son los que nutren buena parte de los listados estatutarios.¹⁴

3.4. El alcance del art. 139.1

Corresponde entrar ahora en uno de los núcleos de la sentencia, el papel del art.139.1, que determinará de modo relevante la solución que finalmente se adoptará en lo relativo a si los Estatutos pueden contener derechos.

El Tribunal comienza razonando la imposibilidad de entender que el art. 139 CE consagre una uniformidad absoluta. Al prever la Constitución en el capítulo segundo de su título primero una serie de “derechos constitucionales propiamente dichos (...) que por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales” se establece un principio de igualdad sustancial, que no uniformidad. Ello es así, dice el Tribunal, por cuanto al ser directamente aplicables, vincular a todos los poderes públicos, y ser resistentes frente al legislador, que no puede contradecir su contenido esencial, se fija de este modo un “sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de estos derechos”, reforzado en cuanto a una parte de ellos por el hecho de que, además, se exija ley orgánica para su desarrollo. Pero a partir de esta igualdad sustancial, los derechos, que pueden ser objeto de reparto competencial, son susceptibles de modulaciones de Comunidad en Comunidad.

Hasta aquí recoge y detalla el Tribunal su propia jurisprudencia dominante desde la STC 37/81. Más sorprendente resulta, en cambio, que después intente unir los contrarios o, dicho de otro modo, intente hacer pasar por compatibles o coherentes dos orientaciones jurisprudenciales opuestas entre sí. Se trata de la visión de la relación entre derechos y Estado compuesta contenida en la temprana STC 25/81, incompatible con la naturaleza compuesta del Estado, y la que, con mejor criterio, se impondría poco después, a partir de la ya mencionada STC 37/81. La primera, cabe recordar, decía que por ser los de-

14. La desconexión entre el art. 149.1.1 y los principios rectores, de mantenerse, puede desde luego tener consecuencias futuras para el Estado, que cada vez más está partiendo en sus normas de la idea de que el art. 149.1.1 le da competencias sobre principios rectores que no tiene por otro título.

rechos fundamentales elemento fundamental del ordenamiento y darle sus contenidos básicos a éste,¹⁵ atañen al conjunto estatal y por ello "no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado", y establecen un "status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles" (FJ 5).¹⁶

Tal afirmación de la no afectación de los derechos por la estructura compuesta del Estado, caída en un piadoso olvido desde entonces y criticada por la doctrina,¹⁷ es de nuevo traída a colación por el Tribunal (FJ 13a) para acto seguido decir que "ahora bien, junto a ello hemos afirmado igualmente que no existe una homogeneidad absoluta de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio nacional".¹⁸ Bien se ve que mejor que "junto a ello", sería más exacto decir "contra ello".

15. "(...) Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos (...) Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. (...) En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado" (FJ 5).

16. Los derechos fundamentales fundamentarían dicho status, siendo "decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas", al tiempo que serían elemento unificador. Por ello, y como patrimonio común de los ciudadanos y elementos constitutivos del ordenamiento jurídico, establecen "una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna" (FJ 5).

17. Así, De Otto hizo notar cómo, en su opinión, los argumentos empleados por el Tribunal no se hallan suficientemente interconectados entre sí, en tanto que "la afirmación de que los derechos fundamentales constituyen un "status jurídico-constitucional unitario (...)" no dice lo mismo que la de que establecen "una vinculación directa entre los individuos y el Estado", pues lo cierto es que los derechos fundamentales se pueden tener también frente a los poderes públicos autonómicos y ello nada dice sobre quién los ha de regular" (*vid.* De Otto, I., "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 160). Para Barceló, la construcción del TC encierra un carácter valorativo o axiológico, pues que la estructura del Estado afecte o no a la de los derechos y deberes fundamentales "sólo es aceptable en caso de que el derecho positivo así lo establezca", lo que en nuestro Derecho no es así en cuanto que "existe un reparto competencial que positiviza la cuestión" (*vid.* Barceló Serramalera, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 70).

18. Alude el Tribunal al FJ 2 de su STC 37/81, según la cual el art. 139.1 CE: "(...) no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio

Sea como fuere, se reafirma el Tribunal en que los ciudadanos pueden ver cómo sus derechos varían parcialmente en función del territorio como consecuencia del reparto competencial que se dé en relación con un derecho entre Estado y CC.AA., siendo ello consecuencia natural del carácter compuesto del Estado que, por tanto, y pese a lo que dijera la STC 25/81, *sí* están “afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado”.¹⁹

Se da, pues, una igualdad solo en lo esencial, que el Tribunal construye de un modo ciertamente confuso:

a) comienza el Tribunal hablando, como primer límite a la diversidad, de “la necesaria *igualdad en todo el territorio nacional del régimen de los derechos constitucionales en sentido estricto*, ex arts. 53.1 y 81.1 CE, lo que impone, respecto a dichos derechos constitucionales, *la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles* (SSTC 25/1981, de 14 de julio, 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2, 37/1987, de 26 de marzo, FJ 19; ó 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5, entre otras muchas)”.

– Nótese que lo que comienza siendo igualdad del régimen de los derechos pasa a ser como por ensalmo igualdad solo “en las posiciones jurídicas fundamentales”. Asimismo, el art. 53.1 no contiene una reserva de ley dirigida solo al Estado, sino que se refiere a que el ejercicio de los derechos se regulará por ley, respetando su contenido esencial, pero por quien esté en cada caso apoderado competencialmente para ello. Así pues, la cita del art. 53.1 no sirve en realidad a los propósitos del Tribunal de formar un bloque de artículos que limiten la diversidad.

nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva (...) de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional”.

19. Las reflexiones del Tribunal se proyectan, cabe recordar, sobre los derechos del cap. II del título I, que el Tribunal ya hemos visto que denomina “derechos constitucionales propiamente dichos (...) que por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales”. En cuanto a los principios rectores, el Tribunal se limita a recordar que no son aplicables y justiciables inmediatamente, si bien se proyectan sobre las competencias normativas no sólo del Estado sino también de las CC.AA. (FJ 13b).

– Por otra parte, la referencia al art. 81.1, sin más, evade el problema de que, o es éste un título competencial por sí mismo, o si no lo es necesita en cada caso de un auténtico título (el 149.1.1 u otro) que dé cobertura competencial al Estado.

b) A continuación, el art.149.1.1 y el resto de títulos alusivos a derechos son tratados por el Tribunal aparte, como “segundo límite a la diversidad”.

c) Para, finalmente, unir ambos (81.1, 149.1.1, y otros títulos del 149.1) y configurar (ahora sin el 53.1, olvidado para la causa) un único límite a la diversidad, a partir del cual las CC.AA. podrán establecer sus propias políticas diferenciadas con la diversidad de regímenes jurídicos consiguientes.

Todos estos vaivenes son expuestos en tan solo tres breves párrafos consecutivos, pero lo más sorprendente es que como conclusión se siga un cuarto que carece de vínculo lógico con los anteriores pero que, en cambio, resulta muy relevante porque viene a optar por un determinado entendimiento doctrinal del art. 139.1 que se aparta de la jurisprudencia de los años 80 sobre el mencionado precepto:

“En suma, de todo lo dicho se desprende que el art. 139.1 CE (“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado”), encuentra virtualidad y proyección en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas en el que se suman el criterio de igualdad sustancial en cuanto a los derechos constitucionales y el criterio de igualdad que se deriva de la intervención legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma” (FJ 14).

Y es que la interpretación tradicional del TC, fijada en la STC 37/81, partía a la vez de dos artículos, el 139.1 y el 149.1.1, de modo que el grado de igualdad a asegurar con base en aquél sería el cubierto por las condiciones básicas mencionadas en éste.²⁰ No habría pues uniformidad, “con la reserva (...) de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades”. En la jurisprudencia

20. Que en algunas sentencias se extendía al cubierto igualmente por otros títulos que apoderasen al Estado para regular concretos derechos.

dencia sucesiva los arts. 139.1 y 149.1.1 serían citados con frecuencia conjuntamente, hasta que desde principios de los años 90 la cita del 139.1 se va haciendo progresivamente más infrecuente. Con todo, Ignacio de Otto subrayó tempranamente que el hecho de partir del tenor literal del art. 139.1, aunque fuera limitándolo con la interpretación descrita, obligaba a comparar las posiciones jurídicas de los ciudadanos en los distintos territorios, y a comparar en definitiva ordenamientos autonómicos, lo que no dejaba de ser problemático.²¹ Al mismo tiempo, si el 139.1 se liga a los títulos competenciales, deviene en sí mismo superfluo. Por ello el citado autor propugnaba una interpretación distinta, que se hizo dominante en la doctrina, y por la cual el art.139.1 se dirigía a cada Comunidad, ordenando a cada una no tratar de modo diferente a quienes en ella se hallasen por razón de su origen o procedencia, y a no vincular a la condición de vecino más derechos y deberes que los que por su propia naturaleza hayan de atribuirse con tal criterio, de modo que en los demás casos “los no vecinos, en la medida en que sean afectados por el ordenamiento autonómico, lo sean en pie de igualdad con los que ostentan la vecindad del mismo”.²² De esta interpretación, en cambio, apenas hallamos rastros en la jurisprudencia, y aun cuando parece acogerse no siempre es así en realidad (la STC 173/98 habla de tratar de modo igual a *los residentes*),²³ y es mérito de la sentencia que comentamos haber

21. De Otto, “Los derechos...” *op. cit.*, págs. 148 ss.

22. *Vid.* De Otto, *op. cit.*, pág. 155. La posible aplicación del precepto ha sido estudiada por Pemán Gavín, partiendo de la aceptación de la interpretación de De Otto, en relación con determinados grupos de supuestos en que los legisladores autonómicos introducían diferencias entre residentes y no residentes, que en alguno de los supuestos analizados podían resultar de dudosa razonabilidad. Tales sectores son: sufragio activo y pasivo, fomento o promoción de actividades económicas por las CC.AA., asistencia social, acceso a la función pública autonómica, acceso a la contratación administrativa, acceso al mercado de trabajo y tributos de las CC.AA. De igual modo estudia la exigencia de determinados períodos mínimos en alguno de estos casos para acceder a determinada prestación, y todo ello tanto en el ámbito autonómico como local. *Vid.* Pemán Gavín, J., *Igualdad de los ciudadanos...*, *op. cit.*, págs. 130 ss.

23. En la STC 284/93, de 30 de septiembre, se admite implícitamente al decirse que una ley catalana de comercio interior no vulnera los arts. 139.1 y 149.1.1 porque no impiden “la actividad comercial en ese ámbito territorial de las empresas cuya radicación se halle fuera del mismo” (FJ 2). En cambio, en la STC 337/94, de 23 de diciembre, pese a que el Parlamento de Cataluña en sus alegaciones (apartado e de los antecedentes) sostuvo la tesis de Otto, el TC no dedicó ni una sola línea a analizarla, reiterando su tradicional cita de la 37/81 y concordantes (*vid.* FJ 19). Posteriormente, en la STC 173/98, de 23 de julio, refiriéndose al art. 139.1, tras reiterar la doctrina tradicional (el art. 139.1 “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento

dado expresamente un paso hacia su aceptación en la medida en que su formulación genérica no limita la virtualidad del art.139.1 a asegurar la igualdad sólo entre los residentes, sino que puede proyectarse también a quienes no lo son.

Naturalmente pudiera objetarse que el tenor literal del precepto parece decir otra cosa, esto es, se halla más orientado a formular un mandato de igualación general en todo el territorio nacional.²⁴ Pero es sabido que la interpretación literal no constituye el único método interpretativo posible, ni desde luego el más útil en Derecho constitucional, y al mismo tiempo una necesaria interpretación sistemática del precepto con el resto del título VIII hace de esta la única interpretación posible pues, en su literalidad, el art. 139.1 sería completamente incompatible con el Estado autonómico. Debe en-

de la que resulte...”, expuso el Tribunal que “para las Comunidades Autónomas este precepto también establece una limitación (...) y (...) dado el ámbito de aplicación territorialmente limitado de la legislación autonómica lo primero que en ella debe preservarse es el trato igual que en ella debe dispensarse a todos los residentes en una determinada Comunidad Autónoma” (FJ 10). Pero al limitarse a los residentes no se dice qué pasa, por ejemplo, con los no residentes que se hallen accidentalmente en una Comunidad que no sea la suya y pretendan ejercer un derecho, y que pudieran ser discriminados.

24. En tal sentido se pronuncia el voto del magistrado Conde Martín de Hijas, que señala: “no me parece convincente el expediente dialéctico de rebajar el significado constitucional del principio que nos ocupa, limitando su proyección al ámbito interno de cada una de las Comunidades Autónomas, eludiendo implícitamente su virtualidad en cuanto elemento constitucional de unidad en el ámbito extra e intraautonómico, que creo que es la virtualidad esencial del principio. Sin esa virtualidad realmente carece de significado propio, que no sea el de una simple reproducción en el ámbito intraautonómico de la exigencia general del art. 14 CE”. Pero como se ha dicho el art. 139.1 (de quien el propio magistrado reconoce su “radicalidad expresiva” no sólo es incompatible con la estructura compuesta del Estado sino que su propia formulación literal resulta falsa: ¿tienen, por ejemplo, exactamente los mismos derechos en materia educativa los ciudadanos de las diversas Comunidades Autónomas o, a causa del ejercicio por estas de su legítima competencia de desarrollo, tales derechos educativos son sólo en parte idénticos a lo largo del Estado? Por otra parte, no es cierta la inutilidad del art. 139.1 de interpretarse como lo interpretó De Otto y ahora el Tribunal: como subrayara en su momento Pemán Gavín, el art. 139.1 vendría a actuar como una prolongación del 14 añadiendo a este una más de las “suspected categories” (a semejanza de las que ya figuran expresamente en el art.14) respecto de las cuales cualquier diferenciación exige un plus de justificación. *Vid.* Pemán Gavín, J., *Igualdad...*, op. cit., pág. 148. También se opone a la interpretación que realiza la sentencia del 139.1, pero sin los razonamientos que aportaba el magistrado Conde, el magistrado Rodríguez-Zapata, que reivindica la literalidad del precepto y afirma que la “deconstrucción del significado” del mismo “daña gravemente (...) el principio constitucional de igualdad”. Se supone que el magistrado parte del principio de igualdad que sería de aplicación en un Estado unitario-centralizado.

tenderse, pues, que la igualdad derechos y obligaciones de los españoles en cualquier parte del Estado se predica en relación con el ordenamiento autonómico ante el que aquellos se hallen en cada caso.

Lo relevante a nuestros efectos es que, así entendido, el art. 139.1 CE deja de suponer obstáculo alguno a la diferenciación de regímenes de derechos de una Comunidad a otra por obra de los Estatutos, en tanto que su virtualidad se produce *dentro de* cada Comunidad. Pero el propio Tribunal, como veremos, no será después del todo coherente con su propia formulación del art. 139.1, en tanto que sí que acabará utilizándolo, como veremos en el próximo apartado, para introducir límites a la posibilidad de que los Estatutos contengan derechos.

3.5. La concreción de la posibilidad de que los Estatutos contengan legítimamente derechos, y la diferenciación entre tipos de derechos

Ya se ha visto que el contenido estatutario constitucionalmente lícito va más allá de una concepción restrictiva del mismo, y que los arts. 139.1 y 149.1.1 en nada obstan a que se contengan declaraciones de derechos en los Estatutos.²⁵ Corresponde, ahora, ver hasta qué punto y con qué efectos son estas, a juicio del Tribunal, posibles.

Ya se dijo antes que el Tribunal acepta en el FJ 12 que el contenido estatutario va más allá del expresamente enumerado en la Constitución para alcanzar también "(...) otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro". Pero a la hora de resolver si los estatutos pueden contener derechos, contradice o prescinde en cierto modo de esta afirmación anterior situando en un plano distinto

25. Véase un riguroso análisis de los diversos tipos de derechos estatutarios, desde el punto de vista de su naturaleza, exigibilidad, garantía, etc., en De la Quadra-Salcedo Janini, T., "El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre", *RGDC*, 5, 2008, esp. págs. 20 ss.

los contenidos estatutarios expresamente mencionados en la Constitución y aquellos otros que se derivan de ellos, de modo que será distinta la naturaleza de los derechos ligados a unos y a otros.

Así, la "capacidad que la Constitución reconoce a los Estatutos de Autonomía para ordenar la organización y funcionamiento de sus Cámaras legislativas dentro del marco constitucional, tiene efectos en los ciudadanos, determinando con ello la posible existencia de verdaderos derechos subjetivos (así, respecto del sufragio activo y pasivo)". Lo mismo ocurre con el resto de las instituciones de gobierno autonómicas: "son los Estatutos, precisamente, la concreta fuente constitucionalmente prevista para dotar de sentido y alcance material a la institución de que se trate con la orientación que cada uno de ellos considere adecuada dentro del marco de la Constitución. De este modo, dichas regulaciones estatutarias, llamadas constitucionalmente a producir una vinculación directa de los poderes públicos de la Comunidad, pueden generar también verdaderos derechos subjetivos" (FJ 15b).

Cuando los derechos no nacen de la concreción de los mencionados aspectos institucionales, directamente aludidos en la Constitución como contenido necesario del Estatuto, sino que presentan meramente una relación con las competencias, la solución que adopta el TC va a ser otra, y no se generaría ese efecto: al atribuir competencias, los Estatutos puede ser que impongan a los poderes públicos autonómicos "de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan [fijar tales criterios] de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan". Tales mandatos han de estar "conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto" y "aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas

(arts. 81.1 y 149.1 CE)".²⁶ La conclusión de todo ello no puede expresarse de modo más rotundo:

"Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, *cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos*, que, aunque les vinculen, solo pueden tener la eficacia antes señalada" (FJ 15c. *Cursiva mía*).

El problema es que esta solución:

a) contradice la previa aseveración del TC de que el Estatuto podía contener tanto cuestiones expresamente previstas en la Constitución como otras derivadas de estas y vinculadas al carácter de norma institucional básica de aquél, sin que de esta afirmación haya nada que lleve a concluir que unas van a tener una naturaleza distinta a las otras.

b) pero es que, además, esa dualidad de naturalezas, por la cual unas materias estatutarias generan en el Estatuto la capacidad de enunciar derechos subjetivos, y otras materias estatutarias, por así decirlo de peor derecho, son inhábiles para engendrar otra cosa que no sean meros mandatos, no es en absoluto explicada por el TC, que la enuncia como evidente, cuando es de todo menos tal cosa.²⁷ En consecuencia, la distinción entre unos preceptos estatutarios llamados a "producir una vinculación directa de los poderes públicos" que podrán generar derechos subjetivos y otros (los destinados a atribuir competencias) a los que lo anterior "no les es predicable en la misma medida" (F.J. 15c)

26. Esta última alusión al art. "149.1" ha de entenderse referida al 149.1.1. El propio Tribunal lo explicita unos párrafos antes: "Así pues, una vez garantizadas, de un lado, las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE) y, de otro, la señalada igualdad material prevista para las áreas de competencia estatal (art. 149.1 CE), nuestra Constitución permite que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos" (FJ 14).

27. Para Fernández Farreres, tal distinción nace de un salto argumental del TC sin que se explicita justificación alguna. *Op. cit.*, pág. 114.

carece de fundamentación.²⁸ ¿Acaso los preceptos referidos a competencias no vinculan directamente a los poderes públicos?

c) por otra parte, difícilmente se puede entender que el Estatuto, como había dicho el TC, sea norma hábil para regular “las relaciones de [los] poderes e instituciones [autonómicos] con los (...) ciudadanos” (FJ 12) si inmediatamente tal regulación no alcanza a poder reconocer a éstos derechos subjetivos que, no lo olvidemos, estaban llamados a actuar como contrapeso a las competencias autonómicas. Y ya pierde toda lógica el razonamiento jurisprudencial en tanto que de él se deriva que algo que va a poder hacer la ley autonómica no va a poder hacerlo el Estatuto, con lo cual se crea una especie de reserva de ley autonómica para el reconocimiento efectivo de los derechos cuya función es, sorprendentemente, la exclusión de la norma estatutaria, o su reducción a mero anuncio de los derechos que, en su caso, otra norma creará.²⁹

Así pues, los derechos estatutarios fundados en competencias, “han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos”.³⁰ Al mismo tiempo, en el FJ 15 el Tribunal parece dar a entender que la rebaja de los derechos ligados a competencias a la mera condición de mandatos es necesaria para que aquellos no vulneren el art. 139.1,³¹ lo que no es coherente con la doctrina pre-

28. En esta distinción relativa a la mayor o menor eficacia de los preceptos estatutarios (unos, vinculación directa de los poderes públicos y generación de derechos subjetivos; otros, vinculación de aquellos a través de mandatos, de manera además que el legislador tiene un margen de maniobra a la hora de hacer estos realidad, y de decidir cuándo, con lo que la vinculación no es tan intensa como en el primer caso) parece basarse la posterior distinción del Tribunal entre unos derechos y otros. La imposibilidad de calificar a los segundos como derechos subjetivos nacería, pues, del hecho de nacer de preceptos estatutarios que, según el Tribunal, no vinculan a los poderes públicos con la misma intensidad y efectos que otros. No derivaría, por tanto, en mi opinión, y contra lo que expone Fernández Farreres, del hecho de que los derechos estén reconocidos en los Estatutos, de modo tal que de ello se siga que “en definitiva, queda asentado que los Estatutos no pueden contener derechos subjetivos” (*op. cit.*, pág. 118).

29. La contradicción que supone negar al Estatuto lo que desde siempre ha hecho la ley autonómica ha sido subrayada, entre otros, por Caamaño, en “Sí, pueden...”, *op. cit.*, pág. 35, y Carrillo, en “Los derechos...”, *op. cit.*, pág. 68.

30. Lo que para Fernández Farreres es una afirmación “manifiestamente injustificada y, por tanto, arbitraria”. *Op. cit.*, pág. 120.

31. *Vid.* FJ 15c: “De este modo, las referidas prescripciones en los Estatutos tampoco quebrantan el art. 139.1, pues aparte de ser manifestación del ejercicio por el legislador estatutario de un cometido que la Constitución le atribuye, dan lugar a que, en su desarrollo, las asambleas de las CC.AA. puedan en ejercicio de su autonomía política establecer derechos

viamente asentada por el Tribunal que hace innecesaria dicha operación: si el 139.1 es una prohibición de trato diferente en el ámbito autonómico por razón de vecindad, en nada puede oponerse a la previsión de derechos estatutarios siempre que estos no vulneren tal prohibición. Además, es contradictorio en sí mismo que unos derechos (los ligados a instituciones) no planteen problemas en relación con ese precepto, y el resto sí, sin que se sepa la causa.

Indica asimismo el Tribunal que de este modo los mandatos/derechos estatutarios devendrán derechos subjetivos cuando el legislador autonómico así los configure, "al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)". Pero por de pronto, esto es innecesario en el caso de aquellos derechos estatutarios que en la Constitución son meros principios rectores, pues estos ni están alcanzados por la reserva de ley orgánica ni por la competencia estatal del art.149.1.1. Nada debiera obstar, por tanto, a que tales derechos sean recogidos en los Estatutos como derechos subjetivos.

La exclusión de los principios rectores del ámbito de actuación del 149.1.1 se derivaría del hecho de que el Tribunal establece que los derechos constitucionales propiamente dichos son los del capítulo II del título I: "En cuanto a los derechos constitucionales propiamente dichos, esto es, aquéllos que la Constitución recoge en su título I, capítulo II, que, por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales (...)" (FJ 13 a) mientras que de otra parte recuerda en el FJ 17 que, como ya dijera en su STC 61/97, "la 'materia' sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos" (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7)". Así pues, parece clara en la voluntad del Tribunal la exclusión de los principios rectores del ámbito material al que se refiere el art.149.1.1, claridad esta en la que la jurisprudencia, por cierto, no se había prodigado al tratar este asunto.

(...) salvaguardando el sustrato de igualdad general en todo el territorio (...) y las competencias que la misma [la CE] atribuye al Estado". La explicación es completamente gratuita, y no guarda relación con lo que se quiere demostrar. Que las asambleas establezcan derechos no tiene relación alguna con el sustrato de igualdad (al contrario, se generarán diferencias legítimas de régimen jurídico derivadas de la existencia de una pluralidad de ordenamientos autonómicos) y las competencias estatales se hallan igual de seguras o igual de en peligro tanto si se da al derecho estatutario naturaleza de tal o de mandato.

En cuanto a los derechos constitucionales, vemos que el Tribunal incluye en esta rúbrica todos los del capítulo II. Una parte de ellos, obviamente, está afectada por la reserva de ley orgánica, y todos están afectados por el art. 149.1.1 ¿Todo ello excluye que los Estatutos puedan referirse a alguno? El Tribunal realiza una argumentación un tanto zigzagueante. En primer lugar dice que:

“hay que señalar que teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía”.

Pareciera que, dicho esto, no hay nada más que hablar. De inmediato, sin embargo, el Tribunal va a contradecir su anterior aserto:

“Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correcto transcribir en las leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 12, entre otras) lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, solo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario” (FJ 15d).

Pueden, pues, regular derechos constitucionales si (a) los reproducen o (b) yendo más allá de esto, hay no obstante relación con las competencias autonómicas, caso este en el que, no obstante, los derechos serán meros mandatos, a la espera de que el legislador autonómico proceda a su regulación integrando las previsiones estatales dictadas ex art. 81.1 y 149.1.1.³²

32. Se desprende de la sentencia el rechazo de la tesis de la “reserva de Constitución” en relación con los derechos fundamentales, en el sentido en que la había propuesto Díez-Picazo, en “¿Pueden los Estatutos...?”, *op. cit.*, pág. 71. Contra esta tesis, véase Caamaño, “Sí, pueden...”, *op. cit.*, págs. 38 ss., quien señala que “No existen unos derechos

Aquí en realidad se da una respuesta distinta a la que sería coherente con lo que anteriormente ha dicho el TC. En efecto, cuando éste ha hablado mucho antes, en su FJ 6, de la relación entre Estatutos y otras leyes orgánicas a las que la Constitución encomienda una regulación concreta, ha concluido que:

“Los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (arts. 81.1, 122.1, 149.1.29, 152.1 ó 157.3 CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria” (FJ 6).

Dicho lo cual el Tribunal establece que:

“la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, [supone] que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito (STC 154/2005, de 9 de junio, FFJJ 4 y 5, con referencia a otras), circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación. Pues bien, en caso de colisión, será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria.

reservados a la Constitución (...) Que los derechos estén en la Constitución no impide que también puedan hallarse en otros lugares. Lo que la Constitución exige es que, allí donde estén, su presencia siempre sea *secundum constitutionem*” (pág. 38), y Aparicio/Barceló, *op. cit.*, pág. 8: “Ni existe tal reserva de Constitución en la propia Constitución para el reconocimiento y desarrollo de derechos y deberes de carácter público (...) ni las reservas de ley constitucionales impiden o excluyen los naturales supuestos de colaboración internormativa (...) tanto con los Estatutos de Autonomía, como con las leyes autonómicas o como con cualquier otro tipo de normas” y recuerdan que esta colaboración deviene obligada por cuanto “no existe una cláusula general de atribución al Estado a las CC.AA. sobre la regulación de derechos y deberes constitucionales”. En esto último abunda también Caamaño, *op. cit.*, pág. 42, que añade que “en un sistema multinivel del poder político es inevitable la simultaneidad de legisladores de los derechos fundamentales” si bien ni siquiera pretenden los estatutos reconocer nuevos derechos fundamentales.

Si, como vemos, en caso de conflicto el Tribunal no dice qué sucederá, sino que se reserva la solución del mismo incluso avanzando que ésta no tendría que afectar necesariamente a la validez de la norma estatutaria, sino que también pudiera afectar meramente a la eficacia de la misma, doctrina esta³³ que será por ejemplo de aplicación en relación con el título dedicado al Poder Judicial, no se entiende por qué no ha de aplicarse también en el ámbito que tratamos, de modo que el Estatuto pueda prever derechos subjetivos incluso en relación con derechos constitucionales, siempre que haya vinculación con una competencia autonómica y que, en caso de conflicto, cuando esté en juego la reserva del art. 81.1, el Tribunal se defina sobre la eficacia y la validez de los preceptos estatutarios caso por caso. Una declaración general de conversión de derechos en mandatos, en cambio, no parece acorde con la doctrina del FJ 6, y desde luego menos aún con lo que expresamente disponen los textos estatutarios. O se dice con carácter general que incluso en estos casos los Estatutos pueden contener derechos, con independencia de que luego el TC se pronuncie sobre cada uno cuando se suscite el correspondiente litigio, o se dice, en la línea de diversos votos particulares, que en ningún caso podrán los Estatutos abarcar la regulación de estos derechos so pena de incurrir en inconstitucionalidad.³⁴ Pero la solución de la cons-

33. Criticada en el voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas, para quien el resultado de la colisión debiera afectar siempre a la validez de la norma estatutaria.

34. El voto del magistrado Conde Martín de Hijas, por ejemplo, parte de la base de que las declaraciones de derechos no son materia estatutaria, por cuanto en su opinión "ni son incluíbles en ninguna previsión expresa de la Constitución, ni pueden considerarse complemento adecuado de ninguna previsión constitucional, comprendida esa adecuación en los términos estrictos que en el pasaje referido se indican. La simple conexión hipotética de la declaración de derechos con una concreta competencia atribuida en el Estatuto a la Comunidad Autónoma lo es con un contenido del Estatuto; pero no con una previsión constitucional, que es, según se ha dicho, el elemento clave para determinar el contenido constitucionalmente posible de un Estatuto de Autonomía. En todo caso, para que pudiera afirmarse la conexión, sería necesario que la norma estatutaria concernida la estableciera de modo inequívoco; y no es tal el caso, si en la norma no se alude directamente a competencia alguna de la que pueda considerarse directriz de ejercicio, y si la norma en cuestión se incluye en título no alusivo a las competencias, y previo al referido a éstas, bajo el enunciado genérico de derechos". En este punto, sin embargo, es más convincente la sentencia, que parte de un concepto no restrictivo de materia estatutaria. La distinción "conexión con contenido del Estatuto/conexión con previsión constitucional" es artificiosa, por cuanto si un determinado contenido es incardinable en el ámbito del contenido estatutario constitucionalmente admisible, y en la medida en que éste no se limita a lo expresamente enumerado por la CE, no se ve por qué deba exigirse además una expresa previsión constitucional (cuando se está partiendo de que el contenido estatutario posible va más allá de éstas). Los ulteriores requisitos que enuncia el

titucionalidad con rebaja/conversión de la naturaleza del precepto es la única que jurídicamente no se ve cómo fundamentar.³⁵ Y cuando ni siquiera están en juego derechos de los aludidos por el art. 81, entonces ya no se entiende qué peligro se quiere conjurar.

En lo referido al 149.1.1, ya que el Tribunal lo ha configurado como un título de intervención puntual que el Estado utilizará cuando lo estime conveniente para asegurar la igualdad en las condiciones básicas, y hasta tanto esto no suceda el legislador autonómico puede intervenir (siendo desplazadas sus normas cuando las condiciones básicas sean dictadas) el precepto, respecto del cual ya hay que perder toda esperanza de poder otorgarle, tras esto, un contenido previsible o identificable, no puede operar como límite alguno a los Estatutos. La rebaja de derechos a mandatos, por tanto, no genera a estos efectos ventaja alguna. Será una vez que se dicten las condiciones básicas que habrá que resolver la posible contradicción entre las

magistrado (que la norma que recoge el derecho aluda expresamente a una competencia, y que se contenga en el título sobre competencias) no se derivan de la Constitución ni se ve se ve por qué han de exigirse cumulativamente, una vez que se ha reputado lícito un contenido estatutario relativo a derechos cuando se dé un vínculo con competencias que recoja el propio Estatuto (tanto da si en un título u otro, porque el Estatuto es uno, y tanto da si con referencia o no –por lo demás innecesaria por obvia– a la competencia correspondiente en cada caso). Por su parte, el magistrado Delgado Barrio indica en su voto que “no caben derechos subjetivos en los estatutos de autonomía (...) pues el Estatuto es norma atributiva de competencias y no de ejercicio de estas, ejercicio que corresponde a las Comunidades Autónomas (...) en su legislación”. Pero puede objetarse a ello que al reconocer derechos el Estatuto no está ejerciendo competencias, sino estableciendo límites al legislador autonómico para cuando éste las ejercite, mediante el reconocimiento a los ciudadanos de posiciones jurídicas frente a aquél. La nota dramático-clínica la aporta el voto del magistrado Rodríguez-Zapata, para quien “los Estatutos de autonomía devienen, con esa construcción [de la sentencia] una fuente patógena del sistema de fuentes del Derecho, en cuanto lo hacen crecer de forma imprevisible y desordenada sin que la sentencia haya arbitrado ninguna terapia o mecanismo que permitan resolver las antinomias que surgirán en el sistema (...)”.

35. *Vid.* en tal sentido el voto del magistrado Conde Martín de Hijas, que califica el razonamiento del Tribunal de “recurso dialéctico, (...) inaceptable, [por el que] se nieg[a] apriorísticamente la condición de derechos propiamente tales a los así declarados por el texto estatutario de que se trate, para salvarlos de la invalidez, transformándolos en meros principios, orientaciones o directrices para el ejercicio de las competencias atribuidas en el Estatuto a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, y ello sin condicionar esa apreciación a un juicio concreto sobre los términos precisos de la norma estatutaria de que se trate”. Por su parte, critica el magistrado García Calvo en su voto que con su decisión de mutar la naturaleza de los derechos estatutarios, llevada por el principio de conservación de la norma, el Tribunal se convierte “en mucho más que en un legislador negativo”.

mismas y el derecho estatutario (a ello nos referiremos en las conclusiones) pero no antes.

Finalmente, tampoco sirve la teorización del Tribunal para evitar una vulneración del art. 139.1 CE que, precisamente gracias a la previa interpretación que del mismo hizo el TC, no podía darse. Dice el TC, una vez ha expuesto su tesis de que los derechos ligados a competencias son meros mandatos, que:

“De este modo, las referidas prescripciones de los Estatutos tampoco quebrantan el art. 139.1 CE, pues aparte de ser manifestación del ejercicio por el legislador estatutario de un cometido que la Constitución le atribuye, dan lugar a que, en su desarrollo, las Asambleas de las Comunidades Autónomas puedan en ejercicio de su autonomía política establecer derechos, con sometimiento a los límites constitucionales expuestos, salvaguardando, de un lado, el sustrato de igualdad general en todo el territorio nacional de los derechos regulados en la Constitución y, de otro, las competencias que la misma atribuye al Estado” (FJ 15c).

Sin embargo, desde el momento en que hemos interpretado que el art. 139.1 no es sino un mandato de igualdad de los españoles ante cada ordenamiento autonómico, está claro que tal mandato solo quebraría si los Estatutos les tratasen desigualmente sin justificación, pero no por el mero hecho de que a todos ellos se les reconozca en el territorio autonómico un derecho u otro, incluso subjetivo. El peligro que el TC viene a conjurar ahora, por tanto, no existía porque su previa interpretación del art. 139.1 ya lo había desactivado.

Por último, cabe reseñar otro elemento destacable de la sentencia: al analizar el precepto impugnado del Estatuto valenciano, el TC va descartando su oposición a diversos preceptos constitucionales y uno de los elementos que destaca el Tribunal es que los derechos que proclama el nuevo art. 17.1 EACV están condicionados en tanto que se reconocen “de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal”. Ello lleva al Tribunal a concluir que no estamos ante un derecho:

“el derecho estatutario así enunciado presenta como rasgo distintivo el de no ser ejercitable de modo directo e inmediato en

vía jurisdiccional, pues solo podrá serlo cuando los poderes autonómicos lo instrumenten y, aún ello, de acuerdo con la Constitución, "la legislación estatal" o "la ley", estatal o autonómica, según los casos. Es decir, el art. 17.1 EAV, aunque formalizado en su dicción como derecho, se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los "poderes públicos valencianos".

Sin embargo, cabe señalar que la remisión a una ley no tiene por qué privar a un derecho de su carácter como tal.³⁶ Y en segundo lugar, se echa en falta que se contenga en el fallo la referencia a que el art. 17.1 EACV es constitucional si se entiende como mandato a los poderes públicos condicionado a la actuación de estos. Si no se hace, y es lo que ocurre en el fallo de esta sentencia, no se sabe bien para qué se ha elaborado previamente toda la doctrina de los derechos que no son tales sino que son en realidad mandatos, y que a la hora de fallar se olvida, como si fuera indiferente lo que se dijera en el fallo. Si se acaba de decir que "el art. 17.1 EAV, aunque formalizado en su dicción como derecho, se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los "poderes públicos valencianos" es contradictorio un fallo que, al menos formalmente, mantiene el carácter de derecho del art. 17.1 EACV sin cortapisa alguna. Podría decirse que el contenido del fallo debe interpretarse a la luz de la argumentación jurídica de la sentencia, pero también cabe preguntarse si no sería és-

36. Mucho más acertada que la sentencia, a mi juicio, es en este punto la tesis del magistrado Conde Martín de Hijas en su voto: "Si la estructura de la norma es tal, que propiamente puede verse en ella el establecimiento del derecho, el que la ulterior regulación de sus términos se remita a una norma infraordenada a la que lo establece, no resta virtualidad jurídica a la consagración estatutaria del derecho. El derecho de que se trata "se tiene" por su consagración genérica en la norma estatutaria, sin que su existencia dependa ya de la ulterior norma de desarrollo, y ello independientemente de la eventual indefinición del contenido y de las dificultades que puedan derivarse de esa indefinición en el momento de su justiciabilidad. El derecho existe por su consagración legal. Y ese debe ser el dato de partida. Si se entendiera que la existencia del derecho está condicionada por la norma que después de su establecimiento estatutario debe regular los términos del mismo, se estaría incurriendo en un error similar al que supondría sostener que los derechos establecidos en la Constitución, que ésta remite a una regulación legal, no tienen propiamente existencia hasta que esa regulación legal se produzca. Una inteligencia tal, que rechazo, supone invertir los términos del fenómeno constitucional o estatuario (o incluso pudiera decirse legal en los derechos de menor entidad de simple establecimiento legal) del establecimiento del derecho, convirtiendo en condición de existencia del mismo la regulación infraordenada, cuando es la regulación infraordenada la que debe estar condicionada por la proclamación del derecho".

ta la que debiera ser leída a la luz del fallo. Es ésta, en fin, una más de las perplejidades que provoca la sentencia, cuya literalidad, no obstante, deja pocas dudas, pese al fallo, de que el Tribunal ha querido que de esos derechos, sorprendentemente, solo quede el nombre, "la dicción" (FJ 18), "la veste con que se revisten" (FJ 15c) pero nada más, no la sustancia. Y, ciertamente, el nombre no hace la cosa.

4. Conclusiones

Son varias las cuestiones que como hemos visto aborda el TC en relación con el tema objeto de estas páginas. Por centrarnos ahora únicamente en el núcleo de las mismas, cabe recordar que el Tribunal realiza un correcto tratamiento del art. 139.1, a través del cual asume una interpretación del mismo que en la jurisprudencia anterior solo se había apuntado, y que hubiera conseguido, de haber sido consecuente el Tribunal con su propio planteamiento, negar sin mayor dificultad la hipótesis de la vulneración del art.139.1 por el hecho de que se prevean derechos en los Estatutos. Sin embargo, ya se ha visto que acto seguido el Tribunal parece temer que los derechos ligados a competencias puedan producir tal vulneración, con la consecuencia ya vista para los mismos.

En relación con el art. 149.1.1, el Tribunal parte de la STC 61/97 en los términos ya vistos pero potencia la vertiente del precepto como título de intervención siempre que el Estado considere que existe demasiada diversidad en el régimen de un derecho a lo largo del territorio. Esto permite disipar toda duda sobre si el precepto citado se ve vulnerado por la existencia de las declaraciones estatutarias de derechos, pero al precio de dotar al 149.1.1 de un carácter aún más imprevisible que el que ya tenía, especialmente en la práctica normativa estatal, pues el Estado siempre se mostró escasamente vinculado por los intentos jurisprudenciales (STC 61/97) de limitar la potencialidad del art. 149.1.1, intentos que ahora quedan más difuminados que nunca, como ya lo quedaron por ejemplo con el recurso al principio de proporcionalidad que realizó la STC 133/06, reiterado en la 135/06.

En general, el Tribunal, al enfrentarse al problema de si los Estatutos pueden contener declaraciones de derechos, sigue un camino cuando menos singular: encuentra la vía para sustentar la respuesta afirmativa (la apertura a un contenido estatutario más allá del art.

147.2; la referencia al Estatuto como norma que regula también las relaciones entre los poderes autonómicos y los ciudadanos) pero acaba prescindiendo de todo ello en favor de una interpretación expuesta de manera críptica, cuyas bases apenas se explicitan y que se construye sobre un razonamiento del que lo menos que se puede decir es que está plagado de saltos, y que concluye con la mencionada división entre derechos que lo son y derechos que (diga lo que diga el Estatuto) no son sino meros mandatos al legislador. Tal distinción, ni se deriva cabalmente de la distinción de contenidos posibles del Estatuto previamente aceptada por el Tribunal, ni se justifica suficientemente, ni deja de arrojar consecuencias tan singulares como la de que lo que el legislador autonómico puede hacer (y ha venido haciendo desde siempre) no lo puede hacer la norma estatutaria.

Parece subyacer en la sentencia el miedo de que los derechos estatutarios pretendan ser derechos fundamentales, y por ello se vacía su capacidad de vincular al legislador, para evitar esa posible identificación.³⁷ La precaución es innecesaria: ni los Estatutos pretenden crear derechos fundamentales (en todo caso concretan o completan algunos de los que ya prevé la Constitución), ni podrían hacerlo válidamente, y no se comprende por qué no podrían los Estatutos limitar al legislador autonómico a través de la formulación de derechos estatutarios, incluso en el caso de derechos que previamente se reconocen en la Constitución como fundamentales, en la medida en que a través del propio Estatuto la Comunidad asuma competencias en dicha materia, y en tanto que, como ya se ha dicho, no hay una reserva constitucional en esta materia, y que la colaboración internormativa es posible.³⁸ Pero además, la mayoría de los derechos que recogen los Estatutos no son en la Constitución más que principios rectores.

También puede subyacer en la sentencia, como ha señalado de la Quadra-Salcedo Janini, el temor a que los derechos estatutarios limiten o afecten las competencias estatales, o las condicionen de alguna forma. También es un temor infundado, en la medida en que el

37. Identificación que Díez-Picazo afirmaba al decir que "llámense como se llamen, los derechos proclamados en los Estatutos tienen la pretensión de vincular al legislador, y lo que distingue a un derecho fundamental de otro que no es fundamental es, precisamente, que el primero resulta indisponible para el legislador". *Vid.* "De nuevo sobre...", *op. cit.*, pág. 63.

38. *Vid.* las referencias antes hechas a los trabajos de Caamaño y Aparicio/Barceló.

Estatuto ha de ser interpretado sistemáticamente. Por referirnos al caso del catalán, su art. 37.4 indica que:

“Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España”.

Es una previsión que, aunque pudiera considerarse innecesaria³⁹ dado que, aunque no estuviera, el Estatuto tendría que interpretarse igualmente en tales sentidos, no deja de ser significativa por el alcance que conscientemente el propio Estatuto reconoce a su declaración de derechos. No se pretende limitar o reducir los derechos constitucionales (pues en los concretos casos en que los Estatutos se refieren a ellos lo hacen para concretarlos o regular alguna de sus vertientes, cosa bien distinta a limitar o reducir). Y la referencia a la no alteración del régimen competencial, o la no creación de títulos nuevos o modificación de los existentes ha de entenderse desde la distinción entre titularidad y ejercicio: se asegura que la titularidad que el Estado tiene sobre sus competencias no puede variar. Otra cosa es, naturalmente, que luego el Estado pueda ejercitarlas en el sentido de anular la existencia de un derecho estatutario: a eso no sería lógico entender que apunta el precepto citado.

Lo que se pretende con las declaraciones de derechos, y esta es la novedad en este punto de los nuevos Estatutos, es limitar a los poderes públicos autonómicos en cuanto al número de opciones posibles que pueden adoptar al ejercer sus competencias, y ofrecer a los ciudadanos una posición de garantía frente a dichos poderes, bajo el punto de partida de que, como recuerdan Aparicio y Barceló, hoy en día ya no es posible disociar en las actuales democracias entre ejercicio del poder político y reconocimiento de derechos.⁴⁰

39. Aparicio y Barceló la tachan de inútil, y creen que complica innecesariamente el panorama competencial. *Op. cit.*, pág. 13.

40. *Vid.* Aparicio/Barceló, *op. cit.*, pág. 3.

Y ha de recordarse algo fundamental y que con frecuencia parece pasarse por alto: los Estatutos, además de normas institucionales básicas de las CC.AA., son normas estatales. Si el Estatuto, al reconocer un derecho estatutario, lo ha hecho con unas características que se apartan en algún aspecto de las bases correspondientes a ese derecho (en el caso de que éste sea objeto de reparto en régimen de compartición) o a las condiciones básicas, lo que debiera corresponder no es rebajar el contenido del derecho estatutario, o decir que se halla sometido a lo que el Estado dicte en cada momento en sus normas básicas o en sus condiciones básicas (muchas veces en méro reglamento) sino asumir que en esa Comunidad Autónoma el propio Estado ha querido que dicho aspecto del derecho sea distinto, y que esto es consecuencia del carácter compuesto del Estado y del propio principio de autonomía; el Estado es titular de sus competencias, pero debe ser coherente al ejercerlas con lo que haya incluido en la norma (no en vano aprobada por la Cortes) estatutaria.⁴¹

41. No comparto, pues, la tesis de de la Quadra (*op. cit.*, págs. 41 ss.) que afirma la “inaplicabilidad (...) de aquellos derechos estatutarios que se opongan a la regulación del Estado adoptada en ejercicio válido de sus competencias”, con la conclusión de que, por ejemplo, una contradicción entre el art. 20 EAC (derecho a expresar las voluntades anticipadas) y la ley general de sanidad al regular este punto, ha de llevar a considerar el contenido estatutario inexigible “en aplicación del propio Estatuto al considerar que los derechos recogidos en el Estatuto no suponen una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos, o la modificación de los ya existentes” previsión esta que “está condicionando la exigibilidad directa de los derechos a su compatibilidad con el sistema de distribución de competencias” quedando tales derechos “al albur de las modificaciones sobre el alcance de lo básico, y por reflejo del alcance del desarrollo, que realice el Estado en trance de dictar las bases” (*Op. cit.*, págs. 40-42). La misma tesis viene a sostener Ortega Álvarez: “sea cual sea la materia en la que los estatutos reconocen derechos, éstos no desplazan al ámbito reservado al Estado en materia de derechos fundamentales, en virtud del art. 81. Lo mismo sucede con relación a los derechos fundamentales que aparecen en el listado de competencias estatales del art. 149.1. En este sentido, los derechos estatutarios no tienen que limitar la extensión del ámbito de lo básico que pueda deducirse de la interpretación dada hasta ahora a los títulos competenciales estatales, en especial los referidos a la cláusula de igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1), medios de comunicación social (art. 149.1.27) y educación (art. 149.1.30)” (“Los derechos...”, *op. cit.*, pág. 73). Sin embargo, en mi opinión la finalidad del precepto no es operar tal degradación de rango sobre todos los derechos, cual sí de materias conexas se tratase, disponiendo así que los preceptos estatutarios sobre derechos se someterán incluso a las normas no solo legales sino reglamentarias con que de ordinario dicta el Estado las bases y las condiciones básicas. La finalidad del artículo 37 es la de evitar la interpretación de los derechos en el sentido de entender que mutan el reparto competencial, o que dan al legislador autonómico nuevas competencias, pero no en el sentido de operar sobre el propio Estatuto convirtiéndolo parte de sus preceptos en normas inferiores *de facto* a los propios reglamentos estatales, no ya solo a las leyes ordinarias, o en normas parcialmente en blanco, cuyo contenido y contorno iría fijando y delimitando el Estado *ad libitum*.

Tan solo se puede hacer excepción a esto en aquellos casos (pocos en los Estatutos) en que nos hallemos ante un derecho fundamental afectado por la reserva de ley orgánica; en tal caso, ya hemos visto qué dice el TC en relación con una posible contradicción entre Estatuto y ley orgánica a la que la Constitución expresamente reserva algo. Pero en el resto de casos, convertir los derechos en mandatos o, en la interpretación alternativa descrita, mantenerlos como derechos pero hacer prevalecer frente a la ley orgánica estatutaria lo que en cada momento vayan diciendo las normas básicas y las condiciones básicas estatales (en ley ordinaria o en reglamento) supondría no reconocer a los Estatutos la función, el valor y la posición que tienen en nuestro ordenamiento, que es precisamente lo que hace el TC con su solución de la conversión de los derechos en mandatos.

Bibliografía citada

APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ SERRAMALERA, M., "Los derechos públicos estatutarios", en: Aparicio Pérez, M.A. (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 13-38. También disponible en línea en la web de la Fundación Giménez Abad.

BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 CE*, IEA, Barcelona, 2004.

BIGLINO CAMPOS, P., "Los espejismos de la tabla de derechos", en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)", *REDC*, 79, 2007, págs. 33-46.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., "La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las CC.AA. a partir del art. 149.1.1 CE", en: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, IEA, Barcelona, 2007, págs. 83-112.

—. "La relación entre ley orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales: comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio", *Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público*, 25, 1999.

—. *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001.

CARRILLO, M., "Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía", REDC, 80, 2007, págs. 49-73.

———. "La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos", en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., "El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre", RGDC, 5, 2008.

DE OTTO, I., "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., "¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?", REDC, 78, 2006, págs. 63-75.

———. "De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño", REDC, 81, 2007, págs. 63-70.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

FERRERES COMELLA, V., "Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña", en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2006.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía", en: *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Barcelona, IEA, 2007, págs. 55-82.

PEMÁN GAVIN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992.

RIU FORTUNY, R., "Sobre la reforma de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana. Comentari a la Sentència del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de desembre", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 2008, págs. 485-504.

SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política: una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Madrid, Civitas, 2003.

TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP/Civitas, Madrid, 1994.

RESUMEN

La STC 247/2007, de 12 de diciembre, al resolver la impugnación del Gobierno aragonés contra el nuevo artículo 17 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, opta por realizar un repaso de los principales problemas que se suscitan en relación con los nuevos Estatutos de Autonomía. De entre los temas tratados, este artículo se centra en el de la relación derechos-Estado autonómico, y se analiza en consecuencia la doctrina sentada por el Tribunal en relación con los diversos aspectos que en este ámbito se plantean: la función del artículo 139.1 y del mandato de igualdad que contiene; la del artículo 149.1.1, en tanto que título competencial del Estado que vincula igualdad y derechos, y finalmente la posibilidad de que los estatutos contengan declaraciones de derechos. De estos tres aspectos, el tratado de manera más discutible es este último, en la medida en que el Tribunal distingue entre derechos que serán tales y derechos que serán meros mandatos al legislador, sin que la sentencia establezca un fundamento claro que permita basar dicha distinción.

Palabras clave: Estatutos de Autonomía; derechos; igualdad.

RESUM

La STC 247/2007, de 12 de desembre, en resoldre la impugnació del Govern aragonès contra el nou art. 17 de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, opta per realitzar un repàs dels principals problemes que se susciten en relació amb els nous estatuts d'autonomia. D'entre els temes tractats, aquest article se centra en el de la relació drets-Estat autonòmic, analitzant-se en conseqüència la doctrina establerta pel Tribunal en relació amb els diversos aspectes que en aquest àmbit es plantegen: la funció de l'art. 139.1 CE i del mandat d'igualtat que conté; la de l'art.149.1.1 CE en tant que títol competencial de l'Estat que vincula igualtat i drets, i finalment la possibilitat que els estatuts continguin declaracions de drets. D'aquests tres aspectes, el tractat de manera més discutible és aquest últim, en la mesura que el Tribunal distingeix entre drets que seran tals i drets que seran mers mandats al legislador, sense que la sentència estableixi un fonament clar en què basar aquesta distinció.

Paraules clau: estatuts d'autonomia; drets; igualtat.

ABSTRACT

Constitutional Court ruling 247/2007, of 12 December, dealing with the challenge brought by the government of the Autonomous Community of Aragon against the new art. 17 of the Statute of Autonomy of the Autonomous

Community of Valencia, chooses to review the main questions arising from the approval of the new Statutes of Autonomy. Among the number of issues dealt with in the ruling, this article focuses on analysing a specific one: the relationship between citizens' rights and the territorial distribution of powers between the Central Government and Autonomous Communities. It is in relation to this that the article analyses the Court's case law as it relates to three fundamental aspects of the matter: the function of the art. 139.1 of the Spanish Constitution (SC) and the equality mandate that it contains; the function of art. 149.1.1 SC, within the Central Government's jurisdiction, in linking together equality and rights; and finally whether the statutes of autonomy can contain bills of rights. Of these three aspects, the one treated as most debatable is this last one, since the Court establishes a distinction between rights that will actually be rights and rights that will be mere mandates to the legislator, without establishing a clear basis on which this distinction can be made.

Key words: Statutes of Autonomy; rights; equality principle.

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA A LA LUZ DEL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA Y DE LA LEY CATALANA 18/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DEL DERECHO A LA VIVIENDA¹

Juli Ponce Solé

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona²

SUMARIO: 1. Introducción. Reticencias estatales para adaptarse al marco constitucional y estatutario y escenarios futuros. – 2. El modelo existente de distribución de competencias en materia de vivienda *con anterioridad* a la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. 2.1. Las competencias estatales y autonómicas. a) Las materias ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. a.1 Ordenación del territorio y vivienda. a.2 La Ordenación del Territorio y las relaciones entre los diferentes niveles de poder. La STC 61/1997, de 20 de marzo. a.3 La relación entre la materia urbanismo y la materia vivienda b) Vivienda y otras competencias estatales. b.1 Desde la perspectiva jurídico-privada. b.2 Desde la perspectiva del Derecho público. 2.2. Las competencias locales a) Marco general. b) El desarrollo de la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial y la autonomía municipal. – 3. El modelo existente de distribución de competencias en materia de vivienda *tras* la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. 3.1. La vivienda y las relaciones Estado-Generalidad. 3.2. La vivienda y el nivel de poder local. 3.3. ¿Un cambio de modelo? La gobernanza y la vivienda. – 4. La ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 4.1. El dictamen del Consejo Consultivo a propósito del proyecto de ley del derecho a la vivienda. 4.2. Las competencias sobre vivienda en la Ley del derecho a la vivienda. a) El título I de la ley catalana del derecho a la vivienda. b) La distribución de competencias entre el nivel estatal, el autonómico y el local en el texto de la ley: visión general. – 5. Conclusión: urge actuar. Bibliografía citada y documentación referida. – *Resumen-Resum-Abstract*.

Artículo recibido el 16/05/2008; aceptado el 28/07/2008.

1. Ponce Solé, Juli y Sibina Tomàs, Domènec (coords.): *El Derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008.

2. jponce@ub.edu

1. Introducción. Reticencias estatales para adaptarse al marco constitucional y estatutario y escenarios futuros

Ya nadie duda hoy en día que existe una *crisis de vivienda* digna, asequible y no segregada en España. En este sentido, es ciertamente revelador el terminante Informe elaborado en 2008, tras su visita a España a finales de 2006, por el señor Miloon Kothari, Relator especial sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada de la Organización de Naciones Unidas, nombrado por la Comisión de Derechos Humanos.³ Asimismo, el propio *Síndic de Greuges*, en el caso catalán, ha puesto de relieve los graves problemas de alojamiento que sufre la sociedad catalana.⁴

Desde la perspectiva de la distribución territorial del poder en materia de vivienda, el estudio de la (no muy brillante) historia del Derecho de la vivienda en España hace inevitable aludir al modelo centralista predominante históricamente y, en lo que ahora interesa, existente en el momento inmediatamente anterior a la aprobación de la Constitución de 1978. Modelo que tuvo su expresión organizativa en el Ministerio de la Vivienda, creado en 1957 y desaparecido en 1977.⁵

Con la Constitución de 1978, como es sabido, se produce la entrada en un modelo de estado compuesto, donde la descentralización afecta también al ejercicio del poder público en materia de vivienda (téngase en cuenta el art. 148.1.3 CE y el art. 9.9 del EAC de 1979, que considera la competencia en esta materia como "exclusiva"). Sin embargo, como es sabido también, el Estado ha continuado desplegando políticas públicas en materia de vivienda. Significativo es, en este sentido, la *resurrección* del Ministerio de Vivienda en 2004⁶ y la apro-

3. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/105/34/PDF/G0810534.pdf?OpenElement> (última consulta efectuada: 9 de mayo de 2008).

4. Informe extraordinario de julio de 2007, El dret a l'habitatge: obstacles i límits, consultable en: http://www.sindic.cat/ficheros/informes/52_INFORME-HABITATGE%2020070628.pdf (última consulta efectuada: 16 de mayo de 2008).

5. Sobre la historia del Derecho de la vivienda, puede consultarse Gómez Giménez, María Luisa: *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*, Montecorvo-Grupo Pinar, 2006, Villar Palasí, J. L., *La protección pública a la vivienda*, Madrid, 1981.

6. Nacido mediante Decreto Ley de 25 de febrero de 1957, su *deceso* se produce por Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio y su *resurrección* por Real Decreto 553/2004, de 17 de abril.

bación de normas jurídicas referidas a esta materia, con el respaldo, como veremos, del TC, al amparo, esencialmente, del art. 149.1.13 CE, referido a la competencia estatal exclusiva sobre “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

En el ámbito local, la LBRL y la legislación autonómica de desarrollo han aludido a las competencias municipales en materia de vivienda, con referencia, en su caso, a las previsiones de la legislación sectorial (art. 25.2 d LBRL, Ley catalana de vivienda de 1991; pero téngase en cuenta también el art. 28 LBRL), pero el papel local en la materia, condicionado, entre otras razones, por consideraciones de orden financiero, ha sido, como en general el de todos los poderes públicos en este ámbito, discreto.

Puede afirmarse que el Derecho relativo a la distribución de competencias en materia de vivienda “en acción”, no solo el que encontramos en “los libros”, utilizando la conocida distinción del movimiento realista norteamericano,⁷ se ha caracterizado por una resistencia estatal a aceptar el cambio de papel que el modelo descentralizado supone, amparada por su mantenimiento de recursos financieros.

El nuevo Estatuto de Autonomía Catalán de 2006 (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en adelante, EAC) intenta imprimir un cambio en la situación descrita, mediante diversas técnicas jurídicas (así, la definición expresa de las competencias exclusivas, entre las que se encuentra la de vivienda, art. 110 en conexión con el art. 137; una precisión detallada de las submaterias incluidas en el art. 137; la inclusión de la cláusula “respetando” la legislación estatal –en materia de telecomunicaciones, art. 137.2–; la limitación de la expansividad de las competencias básicas estatales, art. 111, desde una perspectiva formal y material, y la incorporación de la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en relación con la actividad de fomento, art. 114).

Que lo consiga o no, en general y, en lo que ahora interesa, en el ámbito de la vivienda, dependerá de cambios en la actuación estatal desarrollada hasta el momento y, en última instancia, de la juris-

7. Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review* 44, pp. 12-36.

prudencia futura del TC en materia de vivienda, que es la que interesa ahora.⁸

Dadas las conexiones de la materia vivienda con otras materias (señaladamente urbanismo y ordenación del territorio), una exposición completa y detallada del régimen competencial exigiría una complejidad y detalle que, por razones de espacio, no estamos en condiciones de poder ofrecer en este momento. Por ello, el análisis deberá ser necesariamente breve y, en ocasiones, habrán de simplificarse algunas complejas cuestiones (como por ejemplo, las referidas a las conexiones entre urbanismo y vivienda).⁹

El estudio se dividirá en tres apartados. En primer lugar, se efectuará un análisis de la situación existente desde la aprobación de la Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía catalán de 1979 hasta la entrada en vigor del EAC, analizando la más relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo recaída en el ámbito que nos ocupa. En segundo lugar, se analizará el impacto que el EAC supone sobre la situación preexistente. Finalmente, se analizará el desarrollo legal más relevante del EAC en materia de vivienda, la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, de vivienda (en adelante, LDV), e incluiremos un análisis forzosamente conciso del Dictamen 282 de 2007 del Consejo Consultivo que conoció del proyecto tramitado en el Parlamento catalán), la cual entró en vigor el día 9 de abril de 2008, es decir, pocas semanas antes de redactar estas líneas. Este análisis, necesariamente conciso, finalizará con una valoración global y provisional (a la espera de su aplicación concreta futura) de la regulación competencial que en materia de vivienda efectúa esta ley.

8. Desde una perspectiva general, puede consultarse, por ejemplo, el análisis "L'Estatut de 2006", del profesor Carles Viver Pi-Sunyer, en *Activitat Parlamentària*, núm. 10, octubre de 2006, p. 34 y ss., y, específicamente, sobre los condicionantes relativos a la concreción futura del Estatuto, p. 36 y ss., donde se hace referencia, entre otros, precisamente, a "los poderes públicos estatales, que han de modificar prácticas muy enraizadas, sobre todo las burocracias ministeriales", y se citan, entre los elementos normativos, la concepción de los "títulos horizontales, como por ejemplo, singularmente, los artículos 149.1.1 y 149.1.13 CE". Sobre la distribución de competencias en el nuevo EAC, en general, puede consultarse, AA.VV., *La distribució de competències en el nou Estatut*, IEA, 2007.

9. En general, puede consultarse los diversos trabajos incluidos en Ponce Solé, J. (coord.), *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

2. El modelo existente de distribución de competencias en materia de vivienda con anterioridad a la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006

En este primer apartado distinguiremos, por un lado, la distribución de competencias entre el nivel estatal y autonómico (2.1) y, por otro, entre el reparto competencial entre el nivel autonómico y el local (2.2)

2.1. Las competencias estatales y autonómicas

Entrando, en primer lugar, en el análisis del modelo de distribución de competencias vigente con anterioridad al EAC,¹⁰ la primera cuestión que hay que tener en cuenta es la delimitación de la materia vivienda, especialmente con respecto a otras materias también aludidas en el art. 148.1.3º CE y en los distintos Estatutos de Autonomía, es decir, las de urbanismo y ordenación del territorio, así como el impacto que diversos títulos competenciales tienen sobre estas dos materias y, en consecuencia, sobre la vivienda. Tras este primer análisis, se estudiarán las conexiones de la materia vivienda con otras materias sobre las que el Estado ostenta competencias, lo que le está permitiendo, como veremos, incidir, de nuevo, en aquélla.

a. Las materias ordenación del territorio, urbanismo y vivienda

a.1. Ordenación del territorio y vivienda

En el caso español, la primera referencia legislativa sobre ordenación del territorio apareció en la Ley de Reforma del Suelo de 1975 (arts. 7 y 8) de donde pasó al Texto Refundido de 1976, y considera la planificación territorial (Plan Nacional de Ordenación y Planes Directores Territoriales de Coordinación) como una parte integrante del "planeamiento urbanístico del territorio nacional", conjuntamente con los

10. Sobre este tema, para mayor detalle, puede acudirse a Ponce Solé, Juli, "Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio", en *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, p. 800 y ss.

Planes Generales Municipales (art. 6). Esta conexión (más bien confusión) entre ordenación/planeamiento territorial y ordenación/planeamiento urbanístico ha continuado existiendo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido muy clara al respecto, más bien tiende a confundir ambas materias. La razón quizás puede ser debida a la perspectiva adoptada para hacer frente a los concretos problemas jurídicos planteados, los cuales siempre han versado sobre la articulación entre la competencia *autonómica* sobre urbanismo y ordenación del territorio y otras competencias *estatales* con incidencia territorial, de cariz general (planificación económica, dominio público) o sectorial (medio ambiente, puertos...).¹¹ Por eso, a falta de conflictos con el nivel local, por ejemplo, el Tribunal Constitucional no se ha visto forzado, hasta el momento, a distinguir entre las dos materias de competencia autonómica.

Las profundas relaciones entre urbanismo y vivienda y ordenación del territorio están siendo reconocidas paulatinamente por la legislación autonómica en España.¹² Ésta ha recogido diversos principios

11. Son de interés las SSTC 149/1991, de 14 de julio, 36/1994, de 10 de febrero, 28/1997, de 13 de febrero y 40/1998, de 19 de febrero.

12. En el ámbito europeo y por lo que se refiere a la ordenación del territorio, es preciso referirse a la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983, impulsada por el Consejo de Europa y elaborada por la Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio, que define la ordenación del territorio como la expresión espacial "de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad", y la considera una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como enfoque interdisciplinario y global. El objetivo de dicha Carta es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector. El documento adopta, pues, una visión muy general sobre la ordenación del territorio. Por lo que se refiere a la Unión Europea, a pesar de que no haya un otorgamiento específico de funciones en este ámbito, diversos elementos derivados del Derecho originario europeo hacen augurar un creciente papel de la Unión Europea, plasmado en documentos como la *Perspectiva de Desarrollo del Territorio Europeo* (documento elaborado por el Comité de Desarrollo Territorial después de la discusión final de la reunión de los Ministros responsables de la ordenación del territorio de la Unión Europea, en el año 1999. Se trata de un marco de orientación política, sin capacidad legal para obligar a los Estados miembros ni a la Comisión Europea en sus respectivos ámbitos de competencias, resultado de un proceso de colaboración entre el nivel europeo y el nivel estatal.), el *Dictamen del Comité de las Regiones o el Informe del Parlamento Europeo sobre política de vivienda y política regional*. En éstos dos últimos, de contenido semejante, se insiste en la perspectiva de interrelación entre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y en la necesidad de coordinación entre las distintas políticas públicas y los distintos niveles de poder. No podemos sin embargo detenernos aquí en este aspecto. Nos remitimos a Chiti, M. P. "Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio", en Civitarese, S., Ferrari, E., Urbani, P., *Il governo del territorio*, Giuffrè editore, Milán, 2003, p. 162 y ss.

y directrices de actuación pública que conectan a la vivienda con su entorno (véanse por ejemplo el art. 3 de la Ley gallega 4/2003, de 29 de julio, de vivienda) e incluso en el art. 2 de la Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda, puede ya hallarse una definición de vivienda más completa y que incluye una referencia al medio ambiente urbano en el que se inserta la misma.

La legislación autonómica más reciente también ha conectado la ordenación del territorio con el urbanismo y la vivienda específicamente (por ejemplo, Ley canaria 2/2003, de 30 de enero, de vivienda, cuyos artículos 26 y ss. y 73 y ss. aluden a los Planes insulares de Ordenación y a los Planes de Vivienda como instrumento de ordenación supramunicipal de la vivienda, a la que luego haremos referencia). Estos enfoques se advierten con toda claridad también en la Ley catalana del derecho a la vivienda, especialmente en su Título II.

En cualquier caso, es bueno entender que cuando se habla de ordenación del territorio se acostumbra a utilizar, al menos, en dos sentidos diferentes.¹³ Por una parte, en sentido amplio, se identifica con una política pública desarrollada mediante el ejercicio de diversos títulos competenciales, unos generales (por ejemplo, en el nivel estatal puede ser la competencia sobre medio ambiente, art. 149.1.123 CE; en el nivel autonómico la propia competencia sobre ordenación del territorio; en el nivel local, la competencia sobre urbanismo) y otros más específicos (por ejemplo, en el nivel estatal pueden ser Defensa, art. 149.1.4, Obras públicas, art. 149.1.24, entre otros; en el nivel autonómico pueden ser agricultura u obras públicas de interés autonómico también; y en el nivel local, vivienda, por ejemplo).¹⁴

Por otra parte, hay una segunda acepción más concreta, en la que la materia ordenación del territorio hace referencia ya a "un

13. López Ramón, Fernando (2005), *Introducción en el Derecho urbanístico*, Marcial Pones, p. 56 y ss., propone tres maneras de entender la ordenación del territorio. Una, "sectorial" ligada históricamente a la realización de grandes obras públicas. Otra, "económica", vinculada a los planes de desarrollo llevados a cabo bajo la Dictadura de Franco. Finalmente, una tercera "geográfica", donde los planes tienen un papel fundamental. Nosotros nos concentraremos en esta tercera.

14. A este sentido amplio se refiere la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1 B, cuando señala que la ordenación del territorio es "una política más que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud". Este sentido amplio, no técnico, no es de interés a los efectos del presente análisis.

conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo" (STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 3).

Este conjunto de actuaciones planificadoras tienen además un objetivo de coordinación y armonización de las diferentes actividades públicas sobre el territorio (STC 149/1991, FJ 1 B, STC 36/1994, FJ 3), armonización que se desarrolla en cuatro sentidos: entre las diferentes políticas sectoriales de la Comunidad Autónoma (*vivienda*, turismo, carreteras, etc.); entre las políticas estatales con incidencia territorial desarrolladas en ejercicio de competencias del art. 149.1 CE y la ordenación territorial autonómica; entre la ordenación territorial de diferentes CC.AA., y entre la ordenación territorial autonómica y la ordenación urbanística municipal (incluyendo aspectos referidos a la vivienda).¹⁵

En esta última vertiente es, especialmente, donde se plantean las dificultades de precisión de la materia ordenación del territorio frente al urbanismo. De hecho, las modernas legislaciones autonómicas están tendiendo a legislar agrupando la planificación territorial y urbanística en los mismos textos legales. En la doctrina española y europea, sin embargo, ambas materias han sido consideradas diferentes, sobre la base de diversos criterios.¹⁶ Así, de un lado, la perspectiva física: el urbanismo se ocuparía de los problemas de micro-ordenación en la esfera municipal, mientras la ordenación territorial se ocuparía de la macro-ordenación desde la perspectiva supramunicipal, incluso de nivel europeo, como vimos. Por otra parte, mientras el urbanismo se plasma en un cuerpo de reglas jurídicas bastante constrictoras, la ordenación del territorio hace uso, sobre todo, de técnicas de orientación (directrices) y de fomento, aunque también puede utilizar *normas de aplicación directa* (véase ahora el art. 11.1,

15. En este ámbito, es destacable el papel de las aprobaciones definitivas autonómicas del planeamiento urbanístico, auténticos actos coordinadores de ordenación territorial. Ténganse en cuenta las SSTC 159/2001, de 5 de julio, y 51/2004, de 13 de abril, referidas además específicamente al ordenamiento jurídico catalán (Decreto Legislativo 1/1990).

16. *Vid.* Menéndez Rexach, A., "La ordenación del territorio y la ordenación urbanística en la legislación estatal y de las Comunidades Autónomas", en *Manual de Derecho Urbanístico*, INAP, Madrid, 2001, p. 9 y ss.

12.8 y 17.4 de la ley catalana del derecho a la vivienda, en referencia al Plan Territorial Sectorial de Vivienda).¹⁷

A pesar de estas diferencias, ambas funciones, urbanismo y ordenación del territorio, comparten un instrumento común de actuación: el plan, sea urbanístico o territorial (STC 36/1994, FJ 6):

a.2. La Ordenación del Territorio y las relaciones entre los diferentes niveles de poder. La STC 61/1997, de 20 de marzo

Como ya hemos dicho, fue en la legislación estatal del suelo donde se incorporó por primera vez la planificación territorial, en los años setenta del pasado siglo. El Texto Refundido de 1976 hacía alusión a ella en diversos artículos (7, 8, 9, 29, 30) y el Decreto Legislativo 1/1992 también mencionaba la planificación territorial. Pero la STC 61/1997 (FJ 22) detuvo en seco la regulación estatal de estos planes, al considerarla una vulneración de la competencia exclusiva autonómica.

Por otro lado, el texto refundido de la ley de suelo estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), se refiere frecuentemente a la "ordenación territorial", a la que alude junto a la "ordenación urbanística". Establece, por tanto, una serie de determinaciones de aplicación a todo el territorio del Estado (por ejemplo, art. 2, principio de desarrollo sostenible, art. 3, art. 15).

Dada la capacidad estatal para decidir la ubicación de infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en las distintas CC.AA. (por ejemplo, STC 56/1986, sobre comisarías en el País Vasco), antes de la aprobación del EAC, Lopez Ramón aboga por considerar la competencia autonómica en la materia como concurrente y por apli-

17. La STS de 20 de febrero de 2003 (RJ 1003\2126) señala, en referencia a los Planes Insulares de Ordenación Territorial canarios, a los que reconoce la posibilidad de "clasificar y desclasificar suelo, regular usos e intensidades y establecer estándares urbanísticos, siempre que ello sea necesario para el cumplimiento de las finalidades" de dichos instrumentos: "las CC.AA. pueden configurar en su normativa figuras de planeamiento o de ordenación distintas a las conocidas en la legislación estatal, que en este aspecto es solo supletoria, y, entre ellas, planes que se superpongan a los meramente locales, en aras de intereses supramunicipales".

car la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE en caso de conflicto sobre dicha localización, sin perjuicio de el necesario establecimiento de mecanismos de cooperación o colaboración entre todas las instancias de poder territorial, a imagen y semejanza de algunos países europeos descentralizados.¹⁸ Nos parece altamente discutible la consideración de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio como concurrente y la aplicación de la cláusula de prevalencia pensada para conflictos normativos.¹⁹

Estas dos últimas referencias nos conducen a una reflexión final sobre el papel coordinador de las decisiones y planes de ordenación del territorio, específicamente en lo que ahora interesa sobre vivienda, y sobre la importancia que tiene el procedimiento de adopción de decisiones en la garantía de tal coordinación y, en lo que nos interesa más específicamente, en la garantía de la autonomía municipal.

Desde la perspectiva de la coordinación, ésta se constituye en principio jurídico desde la propia CE, y en parte integrante del *deber constitucional de buena administración*, que se sitúa en sintonía en este punto con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como ha destacado el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea y el propio Tribunal Supremo Español.²⁰ Los instrumentos de ordenación territorial colaboran a esa buena administración y a la necesaria coordinación de los intereses locales con los supralocales.

Aunque no se acostumbra a establecer esta relación, es preciso, a mi juicio, entender los planes territoriales en conexión con el art. 59 LBRL, que establece, como es sabido, la posibilidad de que las leyes sectoriales, cuando sea preciso, atribuyan a instancias superiores la facultad de coordinar la actividad de la Administración local, mediante, en su caso, la aprobación de “planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente”. Ahora bien, en la tramita-

18. López Ramón, Fernando (2005), p. 61 y ss.

19. Tanto el Estatuto de 1979 (art. 9.9) como el EAC (art. 137) han definido esta competencia como exclusiva de la *Generalitat*.

20. Ponce Solé, Juli (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid.

ción de dichos planes, por ejemplo, los territoriales, debe observarse lo previsto en el art. 58.2 LBR (en conexión con el art. 59 y también de acuerdo con los arts. 103.1 CE, 4.1 b Ley 30/1992, 2.1 LBRL y 4.6 CE-AL), que exige una participación de las Administraciones que no formulan ni aprueban dichos planes, la cual "permita armonizar los intereses públicos afectados".²¹ *El procedimiento debido se constituye, pues, tanto en garante de la coordinación como del respeto de la autonomía local.*

a.3. La relación entre la materia urbanismo y la materia vivienda

Con respecto a las relaciones entre *urbanismo* y *vivienda*, es muy reveladora la STC 61/1997, de 20 de marzo, que permite entender con claridad las estrechas conexiones entre urbanismo y vivienda.²² El primero se ocuparía del uso del suelo en general, y, por tanto, allí donde se haya clasificado suelo como urbanizable o urbano (y, en casos excepcionales, también en suelo no urbanizable) la existencia de suelo calificado como residencial permitirá la construcción de viviendas. Por su parte, la materia vivienda se referiría solo a un uso posible del suelo, a una única función urbanística, de entre la panoplia de las consi-

21. Que podría verse reforzada ahora por el Consell de Governos Locals del art. 84 EAC, al que aludiremos luego.

22. FJ 6: "...el urbanismo (...) alude a una disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, (...), se traduce en la "ordenación urbanística" como objeto normativo de las leyes urbanísticas... Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades... tales como las referidas en el planeamiento, la gestión o la ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultadas dominicales sobre el uso del suelo y la edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación. [El contenido del urbanismo sería] la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y en cuyo servicio se disponen de las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos... Si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE, párrafo 1º); una serie de importantes principios rectores de la política... urbanística, a los que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias los Entes públicos, a saber: la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 CE, párrafo 1º); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 CE párrafo 2º)."

deradas por el urbanismo (industria, comercio, equipamientos...). Esta parece ser una primera distinción útil entre ambas materias.

Sin embargo, la existencia y condiciones de las viviendas (entendidas no solo como productos industriales) y su relación con otras funciones urbanas, hace posible y condiciona toda una serie de derechos constitucionales, entre ellos, por supuesto, el derecho del art. 47 CE (y ahora 26 EAC),²³ pero no únicamente. El entendimiento de la vivienda no solo como el mero soporte físico habitacional sino también como el medio ambiente urbano en el que éste se inserta supone reconocer la posible afectación de derechos tales como la salud, la intimidad, el medio ambiente, etc.²⁴

Para dar cuenta de este sentido amplio de vivienda, la doctrina francesa y el propio Derecho francés utilizan el concepto de *habitat*, que "*correspond au logement dans son environnement urbain et social*".²⁵ La nueva ley catalana del derecho a la vivienda parece recoger tal idea en su art. 16.2, letra d, precisamente al establecer la directriz para el planeamiento urbanístico de que debe velar "para garantizar el derecho de todos los habitantes a disfrutar de condiciones de vida urbana y de *habitat* que favorezcan la cohesión social y para asegurar en cada núcleo la coexistencia del uso residencial con otros usos y la diversidad de tipos de vivienda", para respetar el principio de integración de la vivienda en el entorno (art. 16.1).

23. En este sentido, cabe recordar aquí el FJ 15 de la STC 247/1997, de 12 de diciembre, recaída a propósito del Estatuto Valenciano pero con consideraciones generales aplicables por igual al resto. De la misma se desprende la consideración de que los Estatutos no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos, *cualquiera que sea la literalidad del precepto*, necesitados de interposición legislativa para su justiciabilidad directa, es cuanto menos sorprendente. En el caso del derecho a la vivienda del art. 26 del EAC, éste quedaría "degradado", de acuerdo con tal doctrina, al mismo nivel que el art. 47 (cfr. art. 39 del EAC. ¿Qué ocurre entonces con las garantías previstas en los arts. 37 y 38 del EAC, entre ellas la judicial?). No parece muy prometedora esta sentencia del TC en relación con la fuerza del derecho a la vivienda en el EAC, aunque habrá que esperar a ulteriores concreciones para poder obtener una conclusión más fundamentada.

24. Véase al respecto el clásico trabajo de Bassols Coma, M., ya aludido antes, "Consideraciones sobre el Derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", *RDU*, 85, 1983, p. 167 y ss.

25. Deschamps, E., *Le Droit Public et la Ségrégation Urbaine (1943-1997)*, LGDJ, 1998, p. 23. Así, *Loi Urbanisme et Habitat*, de 2 de julio de 2003.

Teniendo en cuenta esta complejidad, algunas instituciones jurídicas que articulan la relación entre urbanismo y vivienda se encuentran en el ámbito competencial estatal, de acuerdo con la jurisprudencia del TC.

Efectivamente, la STC 61/1997, de 20 de marzo ha establecido la conocida doctrina del TC sobre la posibilidad estatal de incidir en el urbanismo a través de los títulos competenciales contemplados en el art. 149.1 CE, apartados 1, 8, 13, 18 y 23. Algunas de las regulaciones estatales, pues, inciden en la vivienda y suponen, por tanto, una primera puerta de acceso estatal a esta materia.

Es el caso, por ejemplo, de los patrimonios públicos de suelo, que tanta importancia tienen en relación con la vivienda protegida (arts. 38 y 39 del Texto Refundido de la ley de suelo estatal, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), del derecho de superficie (arts. 40 y 41 del mismo texto legal) o de las valoraciones de suelo a efectos expropiatorios (art. 21 y ss. del mencionado Real Decreto Legislativo 2/2008).

También es el caso, que consideramos separadamente por su relevancia, de la utilización estatal de títulos transversales como el art. 149.1.1 o 149.1.13 CE para incidir en la cuestión de la reserva de suelo para vivienda protegida, prevista ahora en el art. 10 de la LS 2007.

Desde una perspectiva histórica,²⁶ cabe notar que en la legislación estatal de 1956, 1975 y 1976 no se contenía ninguna previsión explícita sobre la posibilidad u obligación del planeamiento urbanístico de calificar terrenos para la construcción de viviendas asequibles.

La importante STS de 1 de junio de 1987 (art. 5906), auténtico *leading case* seguido por numerosas sentencias posteriores, se enfrentó directamente, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (en adelante, TRLS/1976), a la cuestión de las reservas para viviendas sociales. El Tribunal Supremo señaló que la ley no autorizaba al plan de urbanismo, mero reglamento, a imponer un régi-

26. Puede consultarse, Ponce Solé, Juli (2004), "Solidaridad, cohesión social y Derecho público: a propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible", en AA.VV. *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Fundació Carles Pi i Sunyer-CEMCI-UIM, Barcelona.

men especial para la construcción, pues tal régimen carecía de mecanismos de compensación; y que la construcción de vivienda protegida estaba asociada a un régimen de fomento, de elección voluntaria, dado que “el sentido de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia discurre pues, por el cauce del fomento y no por el de la técnica urbanística de la vinculación del suelo”.²⁷

A partir de esta sentencia del Tribunal Supremo, se reiteran hasta la saciedad dichos argumentos en numerosas sentencias posteriores. Así, por ejemplo, STS de 23 de octubre de 1989 (art. 7470), que llega, incluso, a considerar como una desviación de poder el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico para el logro de vivienda protegida.²⁸

La reforma del TRLS/1976 por la Ley del Suelo de 1990 (en adelante, LS/1990) supuso la introducción explícita en la legislación urbanística estatal de la posibilidad del planeamiento de reservar suelo para viviendas protegidas. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (en adelante, TRLS/1992) previó en su art. 3.2, letra h, la facultad de “calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”, mientras en su art. 98.3 consideraba tal calificación como un uso específico, al que debía asignarse el correspondiente coeficiente de ponderación para proceder a la equidistribución de cargas y beneficios en el área en que estuviere incluido.

Ni la aprobación de la LS/1990 ni la del TRLS/1992 hicieron variar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sentencia TC 61/1997, de 20 de marzo, anuló, como es sabido, gran parte del TRLS/1992. Entre los preceptos anulados se encontraron tanto el art. 3.2, letra h, como el art. 98.3, por motivos puramente competenciales. Tal anulación puso fin a la regulación estatal sobre esta cuestión.

27. La doctrina jurídica ha sido crítica con esta sentencia, partiendo de la a) negación de la identificación de los planes de urbanismo con meros reglamentos burocráticos de acuerdo con el art. 140 de la Constitución, b) del rechazo a la afirmación de la necesidad de que la política pública de vivienda asequible se lleve a cabo únicamente mediante técnicas de fomento y c) de la afirmación de la existencia de instrumentos para proceder a la necesaria distribución equitativa de las cargas generadas por la reserva, mediante las técnicas del aprovechamiento medio y tipo y la aplicación de coeficientes correctores (un ejemplo del control judicial de la incorrecta fijación de los mismos puede hallarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de noviembre de 2004, JUR 2004\43189).

28. Véase también, por ejemplo, STS de 27 de enero de 2001 (RJ 2001\2624).

Quedaba abierta la puerta, sin embargo, al posible papel que futuras regulaciones estatales pudieran tener al respecto, partiendo de la conexión entre las reservas de vivienda protegida con el art. 149.1.1CE y la competencia estatal para establecer las condiciones básicas que pudieran garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana delimitado por la función social de tales viviendas y/o de su derecho a la vivienda (aunque esta última relación no fue explorada por la mayoría del TC en su sentencia 152/1988, de 20 de julio, fue sostenida en el voto particular de Rubio Llorente).

En esta línea, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la ley de suelo estatal, establece una reserva de ámbito estatal para vivienda sujeta a un régimen de protección pública, y contiene una regulación material en su art. 10 b y un régimen transitorio al que luego nos referiremos. Asimismo, debe hacerse alguna consideración al título competencial empleado por el Estado para regular esta cuestión.

La regulación material exige una reserva para vivienda con un régimen de protección pública que al menos permita establecer su precio máximo de venta o alquiler, que se cifra en un estándar mínimo del 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización (art. 10 b). La Ley estatal prevé también que la legislación autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo pueda aumentar o reducir tal reserva, siempre, en el segundo caso, que se califique de excepcional y respete diversos límites,²⁹ entre los que se halla que la distribución de su localización sea respetuosa con el principio de cohesión social.

En el caso catalán, debe tenerse en cuenta, sobre todo, el art. 57.3 de la Ley de urbanismo vigente, y los preceptos concordantes, los cuales cifran ahora, tras la modificación operada por el Decreto Ley 1/2007, al adaptarse a la LS, en un 30% el estándar genérico establecido para los POUM (del cual un 20% se tiene que destinar a vi-

29. La reducción podrá ser para determinados municipios o actuaciones, siempre que cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en los instrumentos de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación.

viendas con protección oficial de régimen general y de régimen especial y un 10% a viviendas con protección oficial de precio concertado, de conformidad con la DA 5ª de la LDV).³⁰ Un 30% que aumenta hasta el 40% (con un 10% destinado a nueva tipología de viviendas de protección oficial que cree la normativa de vivienda) en el caso de municipios de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca.³¹ En el caso de las denominadas *Áreas Residenciales Estratégicas*, el estándar de reserva de suelo para viviendas protegidas alcanza el 50%.³²

30. Reserva urbanística para viviendas de protección oficial.

1. A efectos de establecer la reserva mínima para viviendas de protección pública establecida por el primer párrafo del artículo 57.3 del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, solo pueden tenerse en cuenta las viviendas de protección oficial de régimen especial y de régimen general, tal y como las define el Decreto 244/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007, o las que determinen como equivalentes los sucesivos decretos de desarrollo de los planes de vivienda, ya estén destinados a la venta, al alquiler o a otras formas de cesión de uso. 2. A efectos de establecer la reserva mínima para la construcción de viviendas objeto de otras medidas de estímulo de la vivienda asequible establecida por el segundo párrafo del artículo 57.3 del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, pueden tenerse en cuenta todas las modalidades de viviendas de protección oficial que establezcan los decretos de desarrollo de los planes de vivienda.

31. De acuerdo con la reforma de la ley de urbanismo operada por el Decreto Ley 1/2007, el primero dictado por el parlamento catalán en virtud de la habilitación estatutaria ahora existente. Concretamente, la DA 19ª de la ley de urbanismo señala que "cuando la normativa en materia de vivienda cree una nueva tipología de vivienda con protección oficial, otra que la de precio concertado, los planes de ordenación urbanística municipal de los municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca y sus modificaciones y revisiones, además de las reservas mínimas que establece el artículo 57.3, tienen que hacer una reserva mínima adicional del 10% del techo que se califique para el uso residencial de nueva implantación, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, para la construcción de viviendas destinadas a esta nueva tipología. Esta reserva mínima adicional del 10% también es obligatoria en los municipios de más de diez mil habitantes y capitales de comarca con planeamiento general no adaptado a la Ley de urbanismo en los supuestos establecidos en las letras a y b de la disposición transitoria segunda.3 de la Ley de urbanismo."

32. Estas áreas son, de acuerdo con la DA 21ª de la ley de urbanismo de Cataluña "aquellas actuaciones de interés supramunicipal que reúnen los requisitos que establece el apartado 2, y que son promovidas por la Administración de la Generalidad con la finalidad de subsanar el déficit de suelo de uso residencial, para hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a una vivienda digna y adecuada, mediante planes directores urbanísticos que comportan la ordenación y la transformación de las áreas delimitadas, y, en su caso, la modificación de la clasificación urbanística del suelo o de las condiciones de desarrollo previstas por el planeamiento vigente." Aunque no podamos por razón de espacio analizar esta larga DA, estas áreas son una respuesta tanto a la necesidad de vivienda asequible como al "parón" inmobiliario, e intentan, en esta segunda dirección, reactivar el sector de la construcción. El Preámbulo del Decreto Ley 1/2007, de 18 de octubre, el primero que dicta el Parlamento Catalán, gracias a la habilitación contenida en el Estatuto de Autonomía modificado en 2006, es explícito al respecto.

En el ámbito de las áreas urbanas ya construidas, particular importancia tiene la posibilidad de inyectar vivienda protegida, por lo que cobran relevancia preceptos como el art. 66.4 del Decreto catalán 305/2006, de 18 de julio, que desarrolla la ley de urbanismo catalana. Dicha ley prevé que el planeamiento pueda establecer calificaciones relativas a vivienda protegida en *suelo urbano consolidado*, tanto en caso de *nuevas construcciones* como de *gran rehabilitación de las existentes*, que destinen total o parcialmente la edificación a vivienda protegida. Ahora, el art. 17.3 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, reitera tal habilitación, con rango legal, con ciertas limitaciones, y el art. 17.4 consagra la habilitación legal para que el planeamiento territorial establezca calificaciones urbanísticas para viviendas de protección oficial en suelo urbano consolidado en caso de nueva construcción o gran rehabilitación (de acuerdo con ciertos límites y orientaciones legales, entre ellos solo la destinación parcial de edificios con más de 5.000 metros cuadrados de techo total edificable, hasta no más de un máximo del 20% del mismo). Sin duda, tales previsiones habrán de permitir políticas públicas dirigidas al logro de la sostenibilidad y la mezcla social también en las áreas urbanas ya construidas y no sometidas a operaciones de reforma interior.³³

Un aspecto importante conectado con la mezcla social sobre el territorio como antídoto a la segregación urbana es *la distribución de la reserva sobre el territorio*, puesto que *las reservas de viviendas protegidas*, para dar lugar a un hábitat digno y adecuado, deben evitar concentraciones espaciales y ser repartidas equilibradamente por el territorio. En este sentido, lo mejor parece, en principio, una distribución uniforme por todos los sectores, aunque a falta de orientación legal explícita, quedará en manos de la discrecionalidad planificadora, en el marco de los principios generales antes mencionados, la decisión sobre la concreta ubicación (un ejemplo al respecto puede hallarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2005, RJCA 2005\815, a la que aludiremos luego). El legislador puede orientar dicha discrecionalidad directamente, a favor de

33. En el Dictamen 282 de 2007 emitido por el Consejo Consultivo de la Generalidad en relación con el proyecto de LDV se suscitó la posible inconstitucionalidad del art. 17 en el punto que se refiere en el texto. El dictamen concluyó que tanto desde una perspectiva material (debido a la delimitación legal de la función social prevista en el art. 33 CE) como desde una perspectiva competencial (bajo el amparo del art. 149.5, letra A, EAC) el art. 17 era respetuoso con la CE y el EAC.

la mezcla y la cohesión social. Un buen ejemplo en esta línea es el art. 57.4 del Decreto Legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, el cual señala que “Las reservas para la construcción de viviendas de protección pública se han de emplazar evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.2, para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos en razón de su nivel de renta”. En la misma línea, ahora, se pronuncia el art. 17.2 de la nueva LDV.

Desde la perspectiva competencial, en la exposición de motivos de la LS parece hacerse descansar las provisiones sobre reserva de suelo para vivienda protegida en el art. 149.1.13 CE,³⁴ opción *discutible constitucionalmente*, a la vista del FJ 24, apartado d, de la STC 61/1997, pues niega que este título otorgara cobertura competencial a una previsión del TRLS/1992, referida específicamente a la calificación de terrenos para viviendas protegidas.³⁵ Se trataba del art. 98.3 (con origen en el art. 35.3 de la LS 1990), el cual señalaba que:

“Si el planeamiento calificara terrenos con destino a la producción de viviendas de protección oficial u otro régimen de protección pública, considerará esta calificación como un uso específico, asignándosele el coeficiente de ponderación que, justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del área en que quede incluido.”

El citado FJ 24, apartado d, de la STC 61/1997, descarta que el art. 47 CE otorgue competencias al Estado en este punto y niega también que lo haga el art. 149.1.13 CE, pues “su clara conexión con la

34. “Mención aparte merece la reserva de suelo residencial para la vivienda protegida porque, como ya se ha recordado, es la propia Constitución la que vincula la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda. A la vista de la senda extraordinariamente prolongada e intensa de expansión de nuestros mercados inmobiliarios, y en particular del residencial, parece hoy razonable encajar en el concepto material de las bases de la ordenación de la economía la garantía de una oferta mínima de suelo para vivienda asequible, por su incidencia directa sobre dichos mercados y su relevancia para las políticas de suelo y vivienda, sin que ello obste para que pueda ser adaptada por la legislación de las Comunidades Autónomas a su modelo urbanístico y sus diversas necesidades”

35. En contra de lo aquí sostenido, Iglesias, 2005, p. 540, aunque sin consideración específica al FJ citado.

promoción indirecta y mediata de viviendas de protección pública” no puede tener “la virtualidad de atraer hacia el art. 149.1.13 CE la regulación de carácter básico de la materia”, por lo que se anula dicho precepto al invadir competencias autonómicas.

Esta decisión particular no es sino la expresión concreta de los razonamientos del TC sobre el papel del art. 149.1.13 CE en el ámbito urbanístico (SSTC 61/1997, FJ 36 y 164/2001, FJ 9).

b. Vivienda y otras competencias estatales

Es evidente que la vivienda, entendida de manera restringida, como toda construcción fija destinada a ser residencia de personas físicas, o utilizada como tal, es un sector de producción industrial, muy importante en España, como es sabido, el cual produce unos bienes, las viviendas, que entran en el tráfico jurídico como bienes puramente privados cuando se trata de la llamada vivienda “libre”.

b.1. Desde la perspectiva jurídico-privada

Ahora bien, su consideración de bien privado y la existencia de relaciones puramente jurídico-privadas a su alrededor (compra, venta, alquiler...), no excluyen, naturalmente, la regulación jurídica de sus efectos. Juegan aquí los arts. 149.1.6 y 149.1.8 CE, que dan lugar, por ejemplo, a la elaboración de la normativa estatal sobre alquileres (así, la ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos*), propiedad (ley 49/1960, de 21 de julio, *sobre Propiedad Horizontal*), o aspectos de la construcción (ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de Ordenación de la Edificación*, Disposición Final Primera, letra a, en relación, por ejemplo, con el art. 6 referido a la recepción de la obra). Ésta es, en consecuencia, una segunda puerta de entrada del legislador estatal a la vivienda.

b.2. Desde la perspectiva del Derecho público

Pero las viviendas no son solo bienes privados. Son también bienes que inciden, directa o indirectamente, en derechos constitucionales. La necesidad de proteger los intereses generales y de hacer efec-

tivos estos derechos constitucionales justifica la intervención administrativa, ante los *fallos del mercado*. Esta intervención, sin embargo, se desarrolla de diversas maneras, con un grado de incidencia diferente sobre los privados y con un régimen competencial que se modula dependiendo del tipo de intervención pública.

En primer lugar, la intervención pública sobre la vivienda puede buscar proteger el interés general mediante *el establecimiento de limitaciones y condiciones en el ejercicio de la actividad privada*. Aquí la materia vivienda conecta con otras diversas materias contenidas en la CE y en los Estatutos de Autonomía: industria (149.1.13 CE), sanidad (149.1.16), comunicaciones (149.1.21), medio ambiente (149.1.23, en relación concretamente a la sostenibilidad en relación con las viviendas), energía (149.1.25), seguros (149.1.11) o titulaciones profesionales (art. 149.1.30). Casi todas estas materias, y las correspondientes funciones estatales sobre las mismas, han sido aludidas en la Disposición Final Primera de la ya mencionada ley estatal 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, como fundamento constitucional para la aprobación de dicha ley.³⁶ También la ley estatal General de Sanidad de 25 de abril de 1986 se refiere en la vivienda (art. 18.6, 19 letra y o 42.3 letra c).³⁷

De igual manera, es importante tener en cuenta el relevante papel de la intervención pública con el fin de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, de conformidad con el art. 51.3 CE y para velar por el correcto funcionamiento del mercado inmobiliario (teniendo en cuenta también la materia comercio interior). Éstos son ámbitos en los que las competencias autonómicas pueden ser relevantes y cuyo ejercicio ha de posibilitar una regulación administrativa adecuada de las relaciones entre privados. En defensa del consumidor en el ámbito de la vivienda, como el TC ha reconocido con carácter general, se acepta, incluso, la exigencia autonómica de ins-

36. De igual manera, la Disposición Final Segunda autorizaba al Gobierno la aprobación de un Código Técnico de la Edificación, con el fin de establecer las exigencias que tienen que reunir los edificios de acuerdo con el art. 3. Se aplicarían, hasta su aprobación, las Normas Básicas de Edificación (NBE) que regulan las condiciones técnicas de los edificios aludidas a la misma Disposición Final Segunda. Dicho Código ha sido aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

37. Sobre todos estos aspectos es de interés Bassols Coma, M. (1989), "La vivienda como producto finalista de las ordenaciones territorial y urbanística", *Ciudad y Territorio* 80-2, p. 21 y ss

cripción en determinados registros administrativos para el desarrollo de actividades comerciales (lo que avala los diversos registros administrativos creados por la LDV para la homologación de los agentes vinculados a la vivienda: constructores y agentes inmobiliarios, DA 13^a, art. 55.4).³⁸

En este tipo de actividad tienen especial importancia las autorizaciones administrativas (licencia de edificación, licencia de primera ocupación, licencia de cambio de uso) y la denominada tradicionalmente cédula de habitabilidad, como control administrativo sobre la aptitud de una vivienda para ser destinada a residencia humana desde la perspectiva de su habitabilidad, y que actúa como garantía del derecho a la salud. Todas estas técnicas se hallan en manos autonómicas en virtud de la competencia sobre vivienda, si bien su posible relación con el urbanismo y los títulos competenciales estatales no puede ser olvidada.³⁹

En segundo lugar, la intervención pública se puede producir intentando incentivar determinadas conductas privadas. Esta promoción de ciertos comportamientos privados se puede hacer de diversas maneras. Así, en el ámbito de la vivienda una manera de hacerlo es mediante la *política fiscal*, que tanta importancia ha tenido hasta el momento en España en este sector, la cual queda esencialmente en manos estatales. Tenemos aquí, por tanto, una tercera vía de incidencia estatal sobre la vivienda.

La otra manera tradicional de fomentar determinadas conductas privadas en torno a la vivienda a España ha sido la llamada *vivienda protegida*.

La *actividad de fomento* en el ámbito de la vivienda protegida se despliega mediante préstamos calificados y otorgamiento de ayudas económicas directas, que comprenden tanto la subsidiación del crédito como las propias subvenciones al promotor o a los adquiren-

38. Ténganse en cuenta las SSTC números 88/1986, 15/1989, 225/1993 y 284/1993. Reténgase este aspecto cuando más adelante se aborde la regulación que efectúa la LDV de diversos registros administrativos.

39. Es el caso de la licencia de edificación, que como licencia urbanística se incluye bajo el radio de acción del art. 149.1.1 CE, de acuerdo con el FJ 34, letra a, de la ya citada STC 61/1997.

tes de estas viviendas. En esta actividad de fomento toman parte tanto las CC.AA. como el Estado, a pesar de que éste no tenga competencia alguna en la materia vivienda. La razón de esta intervención estatal, radica, como es sabido, en la interpretación efectuada por la crucial STC 152/1988 (continuada por la STC 59/1995, de 17 de marzo) que es el fallo constitucional esencial en este punto.⁴⁰

Efectivamente, como es sabido, la STC de 1988 señaló que, dada la relevancia de la vivienda para la economía –y a pesar de que les corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo de “*una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política*” (FJ 2)–, las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito “limitan” esta competencia autonómica (arts. 149. 1. 13 y 11 CE).

En consecuencia, la STC de 1988 distingue cuatro aspectos inherentes a las competencias estatales en el ámbito del fomento con incidencia sobre la vivienda: a) la definición de las actuaciones protegibles; b) la regulación esencial de las fórmulas de financiación adoptadas (créditos calificados, subsidiación de préstamos y subvenciones); c) el nivel de protección; d) la aportación de recursos estatales (FJ 4). Todo eso, sin embargo:

“No significa que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier atribución por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector. Por un lado, es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos, lo que, frente a lo que

40. En referencia a esta doctrina del TC en el ámbito de la vivienda, se pueden consultar los siguientes trabajos, Beltran de Felipe, M., *La intervención administrativa en la vivienda*, Lex Nova, Valladolid, 2000, Iglesias González, F., *Administración Pública y Vivienda*, Montecorvo, Madrid, 2000, y *Régimen Jurídico de la Protección en la Promoción y Adquisición de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, y Muñoz Castillo, J., *El Derecho en una vivienda digna y adecuada*, Colex, 2000, y *Constitución y Vivienda*, CEPC, Madrid, 2003.

alega el Gobierno Vasco, no resulta impedido por las disposiciones que impugna. Pero además, para la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles que, como diremos más adelante, les corresponde, las Comunidades Autónomas deben contar con un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos.”

Esta doctrina del TC se ve reflejada hoy en día en el vigente plan estatal de vivienda (2005-2008, Real Decreto 801/2005, de 1 de julio) desarrollado por cada Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias (en Cataluña, Decreto 244/2005, de 8 de noviembre).

Dentro de este complejo marco, es, pues, el Estado quien aporta recursos financieros que distribuye entre las CC.AA. mediante la figura de los convenios con éstas y es también quien firma los convenios con las entidades de crédito, para la concesión de los préstamos calificados y quien efectúa los pagos a éstas. En relación con este modelo, puede señalarse que la STC de 1988 lo encontró acorde con la distribución competencial mencionada (FJ5). La STC de 1988 también consideró que (FJ 5):

“Por último, en cuanto al pago de los subsidios a los créditos concedidos por las entidades financieras para financiar las actuaciones protegibles en materia de vivienda, si bien no es el único sistema constitucionalmente posible, no puede entenderse que invada las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco aquél en virtud del cual es un organismo centralizado el que tiene la facultad de liquidar tales subsidios.”⁴¹

En este modelo, queda en manos autonómicas el desarrollo de las bases estatales, y se añaden requisitos y, en su caso, financiaciones

41. Creemos que éste no sólo no es el único sistema constitucionalmente posible, sino que hay otra alternativa más respetuosa con las competencias autonómicas en materia de vivienda: que sean las propias CC.AA. quienes abonen las cantidades a las entidades de crédito. Coincidimos en este punto con Iglesias González, F., *Administración Pública y...*, op. cit., p. 177.

complementarias. En este punto, es de gran interés la posibilidad autonómica de crear *figuras de vivienda de protección autonómica*, como alternativa a la vivienda de protección oficial, que también son susceptibles de recibir financiación estatal, siempre y cuando su superficie útil no exceda de los límites fijados por la regulación estatal.

Por supuesto, queda también en manos autonómicas el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, respetando las bases estatales, estableciendo las regulaciones propias que crean convenientes y fomentando las actuaciones vinculadas a éstas con fondos exclusivamente propios.

Finalmente, también está en manos autonómicas la ejecución de las políticas públicas de fomento, mediante, entre otras actuaciones, las calificaciones provisionales y definitivas que son las que abren la puerta a recibir la financiación estatal en el caso de las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

Para finalizar este análisis en relación con la ya expuesta actividad de fomento creemos pertinente plantear si hoy en día tiene sentido que estén en manos estatales los fondos dedicados a la financiación de la protección pública de la vivienda. Iglesias González es especialmente incisivo al respecto, al señalar que en el cómputo de los servicios traspasados en materia de vivienda no se integraron las cantidades que realmente dedicaba la Administración Estatal a la protección pública en la vivienda, singularmente a la protección y a la promoción y adquisición de viviendas. Estas cantidades permanecieron en manos estatales y su reparto se ha ido articulando mediante las normas que han ido aprobando los Planes de Vivienda. Eso explicaría que en aquellas CC.AA. con un régimen de financiación singular (País Vasco y Navarra) no se hayan celebrado convenios con el Estado y las mismas hayan quedado, voluntariamente, al margen de los Planes de Vivienda, al disponer de fondos propios para hacer las políticas públicas propias.

Por ello este autor sugiere un cambio global de modelo, que pasaría por la transferencia incondicionada de los fondos estatales a todas las CC.AA., pues ellas son quien tienen la competencia en materia de vivienda, con una redefinición de la fórmula del coste efectivo, sin que eso tenga que impedir el establecimiento de una regulación básica estatal referida a las líneas principales y a los criterios

globales de ordenación del sector en desarrollo de los títulos competenciales ya aludidos.⁴²

Por último, la Administración *puede intervenir directamente en el mercado de la vivienda, por ejemplo construyendo, adquiriendo o rehabilitando viviendas asequibles. Actividad que puede ser considerada como de servicio público.*⁴³ Como hace ya más de veinte años sostuvo Bassols Coma, si bien desde una perspectiva más global, “la orientación social que impone el artículo 47 de la Constitución del disfrute del bien vivienda transforma a dicho sector en un auténtico servicio público, que, si bien no se presta en régimen de monopolio, atribuye a los poderes públicos la facultad de ordenar e intervenir en todo el sector de producción y uso de la vivienda”.⁴⁴

Se trata éste de un ámbito material de la exclusiva competencia autonómica. Debe notarse que la sentencia del TC de 1988 mencionada se concentró en el fomento público de la promoción privada, no en la promoción pública, por lo que se podría entender que ésta quedaría al margen de las competencias estatales derivadas de los artículos 149.1, apartados 11 y 13.⁴⁵ Por otra parte, hay que tener presente que la STC 59/1995, de 17 de marzo, entendió que el fomento estatal referido a viviendas de promoción pública estaba cubierto

42. Iglesias González, F., *Administración Pública y...*, *op. cit.*, p. 323 y ss

43. Al respecto, puede consultarse Castillo Blanco, F. A., “La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas” en *RDUyMA*, abril-mayo 1999, p. 49 y ss., y Pareja, M., Ponce, J., García, L., *Urbanisme i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*, F. Pi i Sunyer, 2004, p. 118 y ss. Ténganse especialmente en cuenta aquellas intervenciones públicas dirigidas a la creación de alojamientos a caballo entre la vivienda individual y la residencia colectiva. Así, por ejemplo, véase el art. 1.2 del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, mediante el que se articuló el Plan estatal de vivienda 2002-2005. El art. 34 de la ley de urbanismo de Cataluña establece la posibilidad de que el planeamiento urbanístico prevea como sistemas urbanísticos reservas de terrenos para viviendas de dotación públicas dirigidas a satisfacer las necesidades temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia y emancipación. Téngase en cuenta ahora el art. 4 de la LDV que declara servicio de interés general “el conjunto de actividades vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales”.

44. Bassols Coma, M., “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978, *RDU*, 85, 1983, p. 32.

45. Discute esta interpretación, destacando que la promoción pública de viviendas también encajaría dentro de las bases estatales derivadas del art. 149.1.13 CE, Beltran de Felipe, M., *La intervención...*, *op. cit.*, p. 66.

por el art. 149.1.13 CE.⁴⁶ Iglesias González hace notar, en cambio, que, en su opinión, una regulación estatal en este ámbito no puede encaja en el art. 149.1.13 CE.⁴⁷

Por lo tanto, siguiendo este último razonamiento, en caso de entenderse que este precepto, es decir el art. 149.1.13 CE, no puede dar cobertura a esta intervención estatal, se tendría que obtener como conclusión la inadecuación de la solución dada por la STC de 1995 y la posible inconstitucionalidad de toda regulación estatal en este ámbito.⁴⁸

2.2. Las competencias locales

a. Marco general

Si hasta el momento nos hemos referido a los niveles estatal y autonómico, no es posible olvidar el papel local en materia de vivienda, y algunas referencias ya se han hecho al mismo con anterioridad. La LBRL, como avanzamos, partiendo del art. 140 CE, señala en su art. 25.2, apartado de, la competencia municipal, en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidades Autónomas, sobre “promoción y gestión de viviendas”, en conexión con la “ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística” (en el mismo sentido, art. 71.1.d del Decreto Legislativo 2/2003 en Cataluña). Asimismo, el art. 28 LBRL re-

46. Se trataba de un convenio entre el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona y el MOPU para la rehabilitación de viviendas de promoción pública. La STC acaba reconociendo la competencia de la Generalitat de Catalunya para gestionar los fondos estatales, aunque aceptando la posible intervención estatal gracias al art. 149.1.13 CE

47. Iglesias González, F., *Administración Pública y...*, op. cit., p. 375: “puesto que ni se pretende directamente con estas ayudas incidir en el sector económico de la construcción de viviendas, ni indirectamente se conseguiría este eventual objetivo”, pero sí que podría encontrar fundamento, a su juicio, en el art. 149.1.1 CE.

48. Otra cosa diferente es que, de acuerdo con la doctrina de la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8, letra a, el Estado, a pesar de no tener competencia sobre esta materia puede “desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios en esas materias o sectores. Pero de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado”

conoce la posibilidad municipal de realizar actividades complementarias a las propias de otras Administraciones Públicas “y en particular, las relativas a la vivienda”. En último lugar, pero no menos importante, es preciso tener en cuenta las competencias en materia de vivienda del nivel local (en el mismo sentido en Cataluña, art. 66.3.d Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril).

En este sentido, hasta la entrada en vigor de la LDV, las competencias municipales sobre la materia de vivienda han estado fijadas por la legislación en materia urbanística (por ejemplo, en cuanto a los estándares referidos a reserva de suelo para vivienda protegidas o respecto a la renovación urbana, Ley 2/2004, de 2 de junio) y por la ley catalana de la vivienda de 1991, la cual carecía de un título específico en materia de competencias y de una consideración específica a la situación local.

Cabe también destacar la ausencia de competencias comarcales en esta materia (ley 6/1987, de 4 de abril de organización comarcal de Cataluña). En cuanto a la Provincia, su papel es el referido en el art. 31, centrado en los cometidos de cooperación, coordinación y asistencia técnica a los municipios.

Una cuestión interesante suscitada ante el Tribunal Supremo *ha sido la capacidad de los ayuntamientos para crear tipos propios de vivienda protegida*. Así, en la STS de 25 de mayo de 2004 (RJ\2004\4035), se planteó la posibilidad por parte de un Ayuntamiento riojano de crear un “régimen de protección municipal”, consistente en considerar como viviendas protegidas viviendas de más de 90m². El Tribunal Supremo rechazó frontalmente tal posibilidad afirmando que “los Ayuntamientos no tienen atribuida competencia en materia de promoción de vivienda”, negando que de la Carta Europea de Autonomía Local y de la LBRL se pudiera derivar competencia alguna para “ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de viviendas y que las acciones que puedan intentar por la vía de fomento han de respetar y adecuarse a lo establecido al respecto por el Estado y las Comunidades Autónomas que son las que tienen competencia en la materia”.⁴⁹

49. En el País Vasco, la Ley 2/2006 (Disposición Adicional Octava) ha previsto expresamente la posibilidad municipal de diseñar tipos de vivienda de protección pública (Viviendas Tasadas Municipales), aunque con sujeción a los parámetros y límites establecidos legalmente.

b. El desarrollo de la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial y la autonomía municipal

En el contexto de este análisis, no parece tener mucho sentido la reproducción descriptiva del sistema de planes territoriales diseñado por la Ley de 1983 y basado, como es sabido, en el Plan Territorial General (aprobado por Ley 1/1995), los Planes Territoriales Parciales (de los que ya existen diversos ejemplos), los Planes Territoriales Sectoriales (donde también ya contamos con diversas plasmaciones concretas y ahora con la previsión del Plan Territorial Sectorial de Vivienda regulado en la nueva LDV) y los Planes Directores Territoriales (a los que también nos referiremos luego con ejemplos específicos). Nos remitimos para las cuestiones generales a los análisis ya existentes sobre la materia.⁵⁰

Preferimos, en cambio, aludir a los más recientes desarrollos de la Ley de 1983, plasmados en la aprobación de una nueva generación de planes territoriales, elaborados bajo los *criterios del Programa de Planeamiento Territorial*,⁵¹ los cuales vinculan la planificación urbanística y contienen elementos de vivienda, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la LDV.

Entre estos últimos, queremos hacer una mención especial de Plan Territorial Parcial de l'Alt Pirineu i Aran y del Plan Director Territorial de l'Empordà.⁵² Ambos planes son interesantes por una serie de con-

50. Ponce Solé, Juli (1996): p. 129 y ss., Bassols Coma, Martín (2004), "Las relaciones entre la planificación territorial y la urbanística en la ley de urbanismo de Cataluña", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 209, p. 39 y ss. Debe tenerse en cuenta que junto a la Ley de 1983, otras leyes sectoriales están estableciendo su propio sistema de planeamiento territorial, respetando por el momento la estructura de aquélla, como veremos también hace la LDV. Así, por un lado, cabe señalar la Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad, que diseña todo un sistema específico de planes, basados en las Directrices nacionales de movilidad (con la consideración de Plan Territorial Sectorial), los Planes Directores de movilidad y los Planes específicos, que si se refieren a toda Cataluña tienen la consideración de Planes Territoriales Sectoriales. Debe añadirse ahora la ya mencionada previsión de la LDV en relación con el Plan Territorial Sectorial de Vivienda.

51. Se trata de un documento que establece 15 criterios en los que se basará el despliegue de los futuros planes territoriales en el marco de la Ley de 1983 y de la Ley de urbanismo de Cataluña Consultable en: http://www10.gencat.net/ptop/binaris/opuscle_criteris_tcm32-30096.pdf (última consulta efectuada, 30 de junio de 2007).

52. Aprobados ambos en el otoño de 2006 y publicados en el DOGC, con fecha 7 de septiembre y 20 de octubre, respectivamente.

sideraciones, entre las que podemos destacar ahora, más allá de su contenido concreto, el hecho de que incorporan los criterios de planeamiento territorial antes aludido con un determinado valor jurídico y la distinción que efectúan con relación a sus determinaciones, como normas, directrices o recomendaciones, incluyendo entre estas últimas algunas relativas a vivienda protegida.

Entre las normas de aplicación directa encontramos referencias a la distinción entre suelo urbanizable y no urbanizable (art. 2.4 PTP) o la regulación de los usos y edificaciones existentes en los espacios abiertos (esto es, todo el suelo clasificado como no urbanizable por el planeamiento urbanístico en el momento de entrada en vigor del plan territorial, art. 2.1, 1 y 2.14 PTP, 2.4 PDT). Entre las directrices, podemos hallar referencias a los límites del crecimiento, hasta el 60% o el 30% del área urbana ya existente, en función del tipo de áreas, si bien se trata de máximos orientativos hasta el 2026, excedibles por el planeamiento municipal aunque con justificación expresa de los motivos de interés público (art. 3.7 PTP, art. 3.7 PDT). Entre las recomendaciones, *pueden hallarse las relativas a la vivienda de protección pública, recomendándose que el planeamiento urbanístico aumente el porcentaje de techo residencial reservado, si se dan una serie de circunstancias referidas a los municipios (art. 3.19 PTP, 3.20 PDT).*

Estamos, por tanto, ante una nueva generación de planes territoriales más incisivos en la *vinculación* de las competencias locales sobre regulación de los usos del suelo (téngase en cuenta los arts. 13.2 Ley de urbanismo, 4, 11.4 y 19 bis de la Ley de 1983 y 5.4, 5.5, 5.6 de la Ley 1/1995), *incluyendo los de vivienda* (ahora 12 de la LDV, respecto al futuro PTSV).

3. El modelo existente de distribución de competencias en materia de vivienda tras la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006

Es en este marco descrito es en el que incide el EAC de 2006. La reforma del EAC ha multiplicado por seis las citas a la vivienda (frente a una sola en el EAC de 1979, la reforma de 2006 alude a la vivienda en los arts. 26, 40, 47, 84, 137 y 149). Sin embargo, son los arts 84, 137 y 149 del EAC en su versión de 2006, acompañados de

su imprescindible interpretación sistemática, los más relevantes a nuestros efectos.

3.1. La vivienda y las relaciones Estado-Generalidad

Desde la perspectiva de las relaciones Estado-Generalidad, el EAC define la competencia catalana en urbanismo, ordenación del territorio y vivienda como exclusiva (arts. 137 y 149, de acuerdo con la definición de este tipo de competencia ofrecida por el art. 110) y desgranando una serie de submaterias incluidas, "en todo caso", en tales competencias exclusivas.

En cuanto a la ordenación del territorio, ésta viene definida como competencia exclusiva en el art. 149 del EAC, con una lista de funciones que en todo caso se ejercen por la Generalitat sobre esta materia. Este precepto ya señala entre éstas la determinación de las medidas específicas de promoción del equilibrio territorial, demográfico, socioeconómico y ambiental, lo que conecta a la ordenación del territorio con los conceptos, típicos del modelo social y económico europeo, de desarrollo sostenible, cohesión social y cohesión territorial, aludidos en otros diversos preceptos del EAC (40.2, 42.1, 45.1 y 2, 46 ó 53).

Ya vimos antes cómo, ante la capacidad estatal para decidir la ubicación de infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en las distintas CC.AA., López Ramón abogaba por considerar la competencia autonómica en la materia como concurrente y por aplicar la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE en caso de conflicto sobre dicha localización. Ya se expuso cómo no compartíamos este punto de vista. Por otro lado, el EAC señala en su art. 149.2 cómo la determinación del emplazamiento de infraestructuras y equipamientos de titularidad estatal en Cataluña requiere el informe de la Comisión Bilateral Estado-Generalitat, regulada en el art. 183 EAC.

La positiva incorporación de un mecanismo concreto de colaboración Estado-Generalitat suscita el interés por la existencia de parecidas soluciones en las relaciones Generalitat-entes locales. En este sentido, podría pensarse en un papel parecido a desempeñar por el *Consell de Govern Locals*, regulado en el art. 85 EAC, el cual "ha de ser escuchado en la tramitación de planes y normas reglamentarias" que afecten de manera específica a las administraciones locales, por lo que no pa-

rece descabellada la posible exigencia de un informe (preceptivo, aunque no vinculante) en el caso de elaboración de planes territoriales.

En lo que se refiere en concreto a la vivienda, el art. 137 EAC procede a precisar diversas submaterias integrantes de la de vivienda, añadiendo la necesidad, en un caso concreto, de respetar, la legislación estatal, pero evitando la expresión, usada en otros casos en el EAC de 1979, "sin perjuicio". Junto a esta primera técnica de protección de la competencia exclusiva en materia de vivienda, hay que tener en cuenta también la limitación de la expansividad de las competencias básicas estatales, art. 111, desde una perspectiva formal y material y la incorporación de la doctrina del TC en relación con la actividad de fomento, art. 114.

3.2. La vivienda y el nivel de poder local

Por otro lado, el vigente EAC se refiere en su art. 84.2 b a la competencia propia de los gobiernos locales catalanes, en los términos que determinen las leyes, para, en todo caso, la "planificación, la programación y la gestión de viviendas públicas y la participación en la planificación en suelo municipal de vivienda de protección oficial". Asimismo, conviene interpretar sistemáticamente este precepto en el ámbito del Capítulo VI del Título II del EAC y debe tenerse en cuenta especialmente la referencia del art. 84.3 a los principios de subsidiariedad, diferenciación (cfr. art. 88) y suficiencia financiera en la distribución de las responsabilidades administrativas en la materia de vivienda, de acuerdo con las leyes aprobadas por el Parlamento de Cataluña, entre ellas, como veremos, la LDV.

3.3. ¿Un cambio de modelo? La gobernanza y la vivienda

Toda la explicación anterior lleva a apreciar la extraordinaria complejidad del modelo existente y la dificultad de lograr aislar ámbitos exclusivos y excluyentes en manos de las CC.AA., en un sector en el que, como hemos visto, la interrelación entre niveles de poder es evidente y la necesidad de fórmulas de colaboración también.

Pero aunque sea difícil hallar específicos subámbitos materiales en que la competencia autonómica en vivienda sea realmente exclu-

siva, en el sentido de excluyente de la actuación estatal, esta tarea no es, no puede ser, imposible. Es más, es necesaria, porque el punto de partida imprescindible es, como sabemos, *que el Estado no tiene competencia directa en materia de vivienda y que ésta corresponde a las CC.AA.*

Este punto de partida, en la práctica, se ve distorsionado por diversos elementos ya expuestos, pero convendría no perderlo de vista en ningún momento, sobre todo de cara a posibles futuros desarrollos que pretendan llevarse a cabo por el nivel estatal, utilizando, por ejemplo, los arts. 149.1.1 CE o 149.1.13 CE, clásico títulos competenciales transversales.⁵³

Es necesario tener en cuenta que el TC en su sentencia 152/1988 rechazó considerar al art. 149.1.1 CE como un título competencial autónomo en manos del Estado que lo habilitara para actuar en materia de vivienda,⁵⁴ mientras que en su sentencia 61/1997 ni siquiera se planteó tal posibilidad en relación con la calificación de vivienda protegida en el planeamiento.⁵⁵ En todo caso, sin desconocer los hipotéticos *riesgos* que puede presentar este precepto para la competencia autonómica, la imbricación de la vivienda con diversos derechos constitucionales ha hecho plantearse ya a algún autor la posibilidad de que el art. 149.1.1 pueda tener algún juego en este campo.⁵⁶

Por lo que se refiere al art. 149.1.13 CE, ya hemos visto como el texto refundido de la ley de suelo estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), tras la aprobación de la reforma del EAC de 2006, lo ha utilizado como cobertura para dictar el art. 10 en su refe-

53. Sobre la interpretación por parte del TC de este precepto puede consultarse Barnés, J., "Legislación básica y artículo 149.1.1 CE", a AA.VV., *Informe de las CC.AA. 2003*, Instituto de Derecho Público, 2004, p. 816 y ss. Un análisis jurisprudencial y doctrinal del art. 149.1.1 CE en conexión con el desarrollo estatal de políticas sociales puede consultarse en SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 277 y ss.

54. Aunque Rubio Llorente no estuvo de acuerdo con la mayoría en su conocido voto particular en la sentencia de 1988. En el mismo, el art. 149.1.1 CE es considerado como un título competencial más respetuoso con las competencias autonómicas que los esgrimidos por la mayoría del TC.

55. Un análisis de los FFJJ 24 y 30 de esta sentencia puede encontrarse en Ponce Solé, J., *Poder local y...*, *op. cit.*, p. 137 y ss.

56. Por ejemplo, Iglesias González, F., *Administración Pública y...*, *op. cit.*, p. 372 y ss.

rencia al estándar estatal de suelo reservado para vivienda protegida. Hemos expuesto también cómo consideramos esta cobertura alegada por la Exposición de Motivos de la ley como no respetuosa con el sistema de distribución competencial y su interpretación efectuada hasta la fecha por el TC.

Pero no es éste el único ejemplo en que el Estado ha utilizado esta cobertura, junto con su *spending power*, para introducirse, vulnerando en nuestra opinión el régimen de distribución de competencias vigentes, en el terreno de la vivienda. Un ejemplo lo tenemos en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, el cual, amparándose en su Exposición de Motivos en el art. 149.1.13, incluye todo tipo de medidas, como por ejemplo, la creación de Registros autonómicos de demandantes, a los que alude en diversos preceptos (véanse los arts. 4.9, 13.7, 80 o Disposición Transitoria 8ª, mandando la puesta en marcha de los registros autonómicos en 6 meses desde su aprobación).⁵⁷ Otro ejemplo es el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, establece una regulación poco básica y sí muy incisiva respecto a las condiciones de otorgamiento y de gestión (edad concreta de los beneficiarios, cuantías específicas, requisitos exhaustivos...), poco acorde con la jurisprudencia del TC referida a la actividad de fomento y al actual artículo 114 del EAC de 2006.⁵⁸

En consecuencia, el futuro de la competencia exclusiva estatutaria se encuentra ligado estrechamente al papel de los títulos transversales descritos por parte del Estado y, en su caso, a la jurisprudencia del TC que pueda recaer sobre la competencia de vivienda tras la aprobación del EAC de 2006.⁵⁹

57. Aparte del brindis al sol que supone esta Disposición Transitoria, nótese de nuevo como el Estado insiste en regular aspectos como éste, que escapan, en nuestra opinión, incluso de la competencia transversal del art. 149.1.13 CE, aludida como cobertura en la Exposición de Motivos de esta norma. Sólo la muy tenue conexión de los registros con la lucha contra el fraude y una hipotética conexión de éste con la economía suponemos que anima al Gobierno estatal a incluir esta previsión en el Decreto aludido.

58. En la Exposición de Motivos no se encuentra ninguna referencia a que las subvenciones previstas en el Real Decreto no sean territorializables.

59. En este sentido, cabe recordar aquí el ya aludido FJ 15 de la STC 247/1997, de 12 de diciembre, recaída a propósito del Estatuto Valenciano pero con consideraciones generales aplicables por igual al resto.

Debe notarse, en cualquier caso, que *de facto*, como Beltran de Felipe señala, “cabe extraer un conjunto de reglas comunes –Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), leyes tributarias,⁶⁰ bases del urbanismo– contempladas en la Ley del Suelo, y, además, los Planes de Vivienda estatales, pese a no tener rango de ley sino rango reglamentario, hacen las veces de ley de vivienda aplicable en todo el territorio”.⁶¹

Eso explica en parte, conjuntamente con el grave problema social existente, la discutida, desde el punto de vista de la oportunidad, creación del *Ministerio de la Vivienda* por el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril. Es cierto que se trata de un Ministerio que ya existió entre 1957 y 1977, aunque evidentemente, en el contexto de un Estado fuertemente centralizado.

En cualquier caso, que el Estado pueda tener algún papel en relación con la vivienda mediante títulos competenciales conexos *no significa que pueda ser ya el actor principal en el escenario*.⁶² Aunque tam-

60. De ahí que la nueva LDV incluya la DA 4ª, exhortando al Estado para que apruebe el reglamento que permita el recargo del IBI sobre viviendas vacías y las bonificaciones a propietarios que las alquilen, en desarrollo de la ley estatal 39/1988, reguladora de las haciendas locales.

61. Beltran de Felipe, M., “Vivienda y Urbanismo”, en Muñoz Machado, S., García Delgado, J. L., González Seara, L. (dirs.), *Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España*, Civitas-Escuela Libre Editorial, p. 431. Ello explica que la LDV deba incluir diversas Disposiciones Adicionales exhortando al Estado para que ejerza sus competencias en determinados ámbitos conectados con la vivienda (DA 11ª: modificación de la LEC para agilizar procesos de desahucio en caso de inquilinos responsables de situaciones de sobreocupación de viviendas, existan o no subarrendamientos consentidos; DA 12ª: elaboración y aprobación de normas de formación mínima y capacitación profesional de los agentes inmobiliarios, con el fin de mejorar la protección de los consumidores en el ejercicio de estas actividades; DA 21ª: cesión de suelo propiedad del Estado en Cataluña mediante negociación).

62. En relación con todos los Planes de Vivienda Estatales aprobados hasta la fecha, pueden realizarse algunas reflexiones. En primer lugar, que con respecto al *elemento formal* de las bases estatales se tiene que subrayar la inexistencia de norma estatal con rango legal estableciéndolas (*vid.* STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6). Es este un problema tradicional de las disposiciones en materia de vivienda, que han sido siempre dispersas, inconexas y, además, recogidas en normas reglamentarias. Quizás sería el momento, desde las perspectivas competencial (de acuerdo con el nuevo EAC, ya expuesto), de la reserva de ley (teniendo en cuenta, como se expuso la relación entre vivienda y ciertos derechos fundamentales), de la seguridad jurídica y de la “visibilidad” del derecho de la vivienda, de introducir la Ley en este ámbito, teniendo en cuenta además las previsiones recogidas en el art. 131 CE que podrían encajar perfectamente en este campo. Debe tenerse en cuenta los Decretos que aprueban estos Planes de Vivienda tienen numerosos artículos (83, concretamente el referido a 2005-2008), diversas Disposiciones Adicionales, Transitorias,

poco cabe afirmar, *a contrario*, que ya no tenga función alguna en este sector. En nuestra opinión, le ha de corresponder más bien un (importante) papel de *agente facilitador* del ejercicio de la competencia por parte de las CC.AA. y los entes locales. Papel que el Estado puede representar tanto mediante el ejercicio de sus propias competencias ya aludidas como mediante el uso de sus medios financieros y patrimoniales.⁶³

Reflexión esta última que nos introduce en el concepto de gobernanza, de red de actores públicos y privados que actúan en el ámbito de la vivienda. Por lo que se refiere a los actores públicos, el concepto de gobernanza trae a primer término el principio constitucional de solidaridad y la conocida doctrina del TC sobre lealtad institucional (art. 4 y ss. LRJPAC), así como los principios constitucionales de buena administración de objetividad y coordinación.

4. La ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda

Si bien en páginas anteriores ya se hizo alusión ocasional a la nueva ley catalana del derecho a la vivienda, conviene dedicarle ahora una atención específica.

Derogatorias y Finales. Es decir, se trata de una regulación extensa, con contenidos no siempre especialmente técnicos o detallados (la cual además es completada por convenios posteriores con las CC.AA. y las entidades bancarias, como hemos dicho) y que, en una parte al menos, podría encontrar acomodo en una norma de rango legal: en aquella parte que establezca la arquitectura básica del modelo que subsiste a los distintos planes que se aprueban y que puede, además, incorporar, como luego se argumentará, aspectos distintos del puro fomento. En cuanto al *elemento material de las bases estatales*, la STC de 1988 fue dictada en un momento en el que el concepto de bases estatales era amplio, especialmente en relación con el desarrollo de la actividad de fomento por parte del nivel estatal. La consignación de subvenciones de fomento en los presupuestos generales en relación a la vivienda tiene que ser ahora respetuosa con la doctrina establecida por la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8, concretamente letra b, por lo que el Estado puede especificar *"su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación"*. Naturalmente, cabe plantear el debate sobre si las bases estatales, incluidas hoy en día principalmente en los Planes Estatales de Vivienda respetarían o no estos límites, tendiendo en cuenta, de nuevo, el EAC de 2006 ya aludido.

63. Nos remitimos a nuestro ya citado estudio Ponce Solé, Juli (2005): pp. 816 a 818.

4.1. El dictamen del Consejo Consultivo a propósito del proyecto de ley del derecho a la vivienda

Como ya se ha señalado antes, el Consejo Consultivo en su dictamen número 282, de 29 de noviembre de 2007, se ocupó de analizar el proyecto de LDV. Se trata de un dictamen extenso (190 páginas en total), en el que la decisión mayoritaria tiene una extensión inferior a los 5 votos particulares emitidos (89 páginas frente a 101).

Entre otras consideraciones,⁶⁴ diversas partes del dictamen analizan el proyecto desde la perspectiva competencial, tanto en relación a las competencias de la Generalitat como a las competencias locales. Conviene ahora hacer una pequeña referencia global al pronunciamiento del Consejo Consultivo sobre los aspectos competenciales en el proyecto de LDV.

Del conjunto de preceptos del proyecto analizados bajo la perspectiva competencial, el Consejo Consultivo afirma que *todos son respetuosos con la distribución de competencias establecida en la Constitución y en el EAC entre Estado y Generalidad, así como con la autonomía local garantizada en el art. 140 CE y el art. 160.1, b EAC*.⁶⁵

64. La decisión mayoritaria se articula en torno a dos bloques de cuestiones, referidas a la posible vulneración del derecho de propiedad de ciertos artículos (notablemente el art. 42.6, referido a la posible expropiación forzosa del uso de ciertas viviendas en ciertas condiciones, pero también otros, como el art. 5 (función social) o el art. 6 (acción popular), así como otros referidos a diversas cuestiones) y, en segundo lugar a los aspectos urbanísticos vinculados con la vivienda (arts. 17 en conexión con la DA 6ª, sobre reservas de suelo para VPO, art. 10, arts. 12 y 14, referidos a planificación y programación supramunicipal de la vivienda, y arts. 73 y ss., referidos a obligaciones municipales de solidaridad urbana, esencialmente la de contar con el 15% de viviendas del parque principal destinadas a políticas sociales de vivienda en 20 años, en el caso de los municipios de más de 5.000 habitantes y las capitales de comarca).

65. Así, art. 6 (acción pública, respecto a la distribución de competencias Estado-Generalidad, arts. 130 EAC y 149.1.16 CE), art. 36 (declaración de áreas de conservación y rehabilitación, desde la perspectiva de la autonomía local) y 37 (mismo aspecto que el anterior, pero desde la perspectiva de las competencias estatales y su plasmación en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 en vigor), art. 47 (carga de la prueba en casos de discriminación residencial, desde la perspectiva competencial Estado-Generalidad, arts. 130 EAC y 149.1.16 CE, de nuevo), art. 15 (declaración de áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto con relación a los objetivos de vivienda, en relación con las competencias estatales relacionadas, arts. 137 y 149 EAC y art. 149.1.8 CE), art. 134 (colaboración de notarios y registradores, respecto a competencias estatales relacionadas, 137 EAC y 149.1.8 CE, de nuevo), art. 17 y Disposición Adicional Sexta (reservas de suelo para viviendas protegidas, respecto a competencias estatales relacionadas, 149.5, letra a EAC y arts. 149.1.1 y 13 CE),

Solo en el caso del art. 76.4 del proyecto el Consejo Consultivo advierte sobre la necesidad de interpretar tal precepto en un determinado sentido (en el de que los municipios contribuyentes al Fondo no puedan recibir de éste menos de lo aportado), a fin de evitar una posible "colisión con el principio de autonomía local" (lo que ha dado lugar a que en la redacción de la ley finalmente aprobada se incorpore tal interpretación como texto definitivo, en el art. 76.5).⁶⁶

Por otro lado, como ya se apuntó, la decisión mayoritaria del Consejo Consultivo dio lugar a diversos votos particulares, que también mostraron su discrepancia con las conclusiones alcanzadas en referencia a aspectos competenciales.⁶⁷

art. 10, 12 y 14 (Planificación y programación territorial, desde la perspectiva de la autonomía local), 73 (deberes locales de solidaridad urbana, desde la perspectiva de la autonomía local) y art. 76 (mismo aspecto que el anterior).

66. Art. 76.5 de la LDV: "Los criterios de distribución del fondo de solidaridad urbana deben determinarse por reglamento. En cualquier caso, debe garantizarse que los fondos que el municipio obtenga como resultado de dicha distribución no sean nunca inferiores a las cantidades que haya aportado en virtud de lo establecido por el apartado 3."

67. Así, el señor Borrell considera inconstitucional el art. 17 del proyecto (reservas de suelo en suelo urbano consolidado), por vulnerar la LS de 2007. Este voto particular mostró su disconformidad con la decisión mayoritaria, con el argumento, que ahora exponemos muy brevemente, de que la falta de previsión en el art. 10 de la LS estatal de 2007 de reservas en suelo urbano consolidado provocaría la inconstitucionalidad de la ley catalana. Para probarlo alegó diversas sentencias del TC. Sin embargo, en nuestra opinión, tal argumentación parte de un error de concepto que condiciona el resultado: las reservas de suelo para vivienda protegida en suelo urbano consolidado *no son ni derechos ni deberes de los propietarios: se trata de usos urbanísticos, resultado de la calificación correspondiente, como los industriales o los comerciales, por ejemplo*. En consecuencia, los términos de la discusión son otros. Es decir, no se trata de si la ley catalana puede imponer deberes en suelo consolidado (no se trata de esto, como hemos dicho) sino de si la ley estatal puede (ya argumentamos que en nuestra opinión, no) en base al art. 149.1.13 regular un tipo de calificación urbanística imponiéndola a Cataluña. De igual modo, este mismo voto particular considera inconstitucional el art. 37, al vulnerar las competencias estatales en relación con la autorización del derribo de fincas ocupadas, al amparo de la LAU (de nuevo, y sin extendernos en la cuestión ahora por razones de espacio, sería, creemos, perfectamente posible hacer la interpretación contraria: esto es, que es el Estado el que no puede ostentar competencias en esta materia al no tenerlas en referencia a la materia vivienda. Véase Sibina, Domènec, "La jurisprudència sobre la potestat administrativa atribuïda al 'gobernador civil' per autoritzar l'enderroc d'un immoble llogat i permetre l'arrendador de resoldre unilateralment el contracte d'arrendament; potestat que era prevista a la derogada llei d'arrendaments urbans de 1964", *QDL*, núm. 24, p. 125 y ss., quien señala con contundencia tanto la derogación de la normativa que prevé la autorización de la normativa autorizatoria del derribo como la falta total de competencia estatal para realizar esta actividad ejecutiva). Por su parte, el señor Carrillo considera que era innecesaria la interpretación efectuada por la mayoría del art. 76.4 (en el

4.2. Las competencias sobre vivienda en la Ley del derecho a la vivienda

La LDV contiene, a diferencia de la ley de la vivienda de 1991, un título consagrado a las competencias en materia de vivienda, compuesto por tres artículos (7, 8 y 9). Sin embargo, un análisis real de las competencias sobre vivienda exige un análisis detallado del reparto de poderes entre la Administración de la Generalidad y los entes locales respecto a los diversos aspectos que van surgiendo en los siguientes títulos de la ley. Dadas las limitaciones de espacio ya advertidas, aquí nos concentraremos en el análisis de los tres preceptos citados, sin perjuicio de terminar estas páginas con una pequeña referencia global al conjunto de la ley.

a. *El título I de la ley catalana del derecho a la vivienda*

En los artículos 7 y 8 de la Ley se regulan las reglas y principios que tienen que regir el ejercicio competencial, partiendo del entendimiento de la vivienda como una competencia autonómica (art. 7) y municipal (art. 8). Por su parte, el art. 9 se ocupa del Consejo Asesor de la Vivienda, órgano similar al que ya existía en la anterior ley de vivienda de 1991 (si bien con el nombre Consejo Asesor de la Vivienda de Cataluña y regulado no en un solo artículo sino en tres, los arts. 38, 39 y 40, situados, curiosamente, en el Capítulo I del Título IV de la derogada ley, titulado "Fomento Público de la Vivienda").

Por lo que se refiere al *principio de subsidiariedad* (art. 7.1 de la LDV), éste también se halla previsto, en el Derecho comunitario, en el art. 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, en el ya mencionado art. 84.3 EAC y, por ejemplo, en el art. 14 de la Ley de urbanismo de Cataluña. El principio de subsidiariedad demanda, que, en principio, el ejercicio de la competencia de vivienda esté en manos de las autoridades más próximas a los ciudadanos (vid, en general el art. 2.1 LBRL), a menos que haya buenas razones para otorgarla a una instancia superior.

ámbito de las obligaciones de solidaridad urbana) para salvar este precepto por supuesta vulneración de la autonomía local, puesto que el mismo, en su opinión, no presentaba ningún riesgo para la misma.

En caso de que nos ocupa, una buena razón ha de ser, sin duda, que en el ámbito de la vivienda estén implicados intereses de cariz supralocal (por ejemplo, necesidad de existencia de suficiente vivienda asequible equilibradamente repartida entre los diversos municipios). Ello justificará que la ley, cumpliendo lo establecido por el art. 7.1 (esto es, garantizar el derecho a la vivienda y asegurar la preservación efectiva de los intereses generales supralocales envueltos) proceda a lo largo de su articulado a atribuir determinadas decisiones al ámbito del Gobierno y la Administración de la Generalidad (por ejemplo, planificación territorial o programas supralocales, arts. 12 y 13, respectivamente).

De igual manera, la ley se refiere a la necesaria *coordinación* (art. 103.1 CE, art. 8.2 CEAL) intraadministrativa (art. 7.2, *in fine*) o interadministrativa, esto es, de los intereses locales con los supralocales (art. 7.1 de la ley), tarea que le tiene que corresponder, en última instancia, inexorablemente, a la Administración de la Generalidad de Cataluña.⁶⁸ En nuestra opinión, la conocida jurisprudencia del TS (por ejemplo, STS de 21 de febrero de 1994) y del TC (por ejemplo, STC159/2001 y 51/2004) recaída a propósito de la aprobación autonómica urbanística de los planes de urbanismo locales es trasladable al ámbito de la vivienda. Efectivamente, tal jurisprudencia acepta la posibilidad de intervención autonómica allí donde sea necesario el control de la legalidad, incluyendo en ésta el principio de coordinación, que exige la de los intereses locales con los supralocales. El actual EAC 86.4 no impide seguir manteniendo tal conclusión, por la sencilla razón de que el control coordinador no es un control de oportunidad, sino de respeto de un principio constitucional de buena administración, lo que es aceptable en la línea de lo señalado por la CEAL en su art. 8.2.⁶⁹ Desde luego en el ejercicio de tal coordinación (véase por ejemplo el art. 14.11,

68. Aunque la ley, prevé, para favorecer dicha coordinación ya desde un momento temprano, el fomento de la acción de los entes locales por parte de la Administración de la Generalidad, así como su cooperación en el ejercicio de las competencias locales (art. 7.2); asimismo se refiere a la capacidad local de conveniar y concertar sus actuaciones con el nivel autonómico, art. 8.1 y 2.

69. "Todo control administrativo de los actos de las entidades locales no debe normalmente tener como objetivo más que asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales". En este sentido, la LDV contempla, en línea con la legislación de régimen local (art. 60 LBRL y legislación autonómica concordante) y otra legislación sectorial (como la urbanística), la posibilidad de subrogación en el ejercicio de facultades inicialmente locales en el ámbito de la vivienda (art. 7.2).

in fine a propósito de los planes locales de vivienda, como se argumentará) estará limitado por el ordenamiento jurídico, con necesario respeto de la *autonomía local* (al que se refiere el art. 8.1 de la LDV) y, singularmente, en garantía precisamente de ésta, por el importante principio de proporcionalidad, al que pasamos a referirnos ahora.

En cuanto al *principio de proporcionalidad* (art. 7.3 de la ley), éste es bien conocido en nuestro Derecho Público y se encuentra implícitamente recogido en nuestra Constitución (SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2, 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7 o 173/1995, de 21 de noviembre, FJ, 2, en las que se señala que este principio es inherente a la cláusula de Estado de Derecho y puede ser deducido también del valor Justicia del art. 1.1 CE). Diversos autores han postulado la aplicación de tal principio a la esfera de relaciones entre niveles de poder en España⁷⁰ y en diversas normas jurídicas puede encontrarse una referencia en tal sentido (por ejemplo, art. 8.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local o art., 59 LBRL) o un llamamiento a tal principio por su propio nombre (art. 14 Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo). Según el mismo, la intervención coordinadora autonómica en ejercicio de la competencia de vivienda debe ser la mínima posible, asegurando el máximo respecto de las competencias e intereses locales (lo que presupone, claro, una ponderación autonómica activa de éstos a la hora de tomar cualquier tipo de decisión, como especifica el art. 7.3 LDV, al exigir que “la participación de los entes locales sea suficiente y que sus intereses en los procesos de toma de decisiones se ponderen de una manera objetiva y cuidadosa”).⁷¹

Aunque no mencionados explícitamente en los arts. 8 y 9 de la LDV, los principios de *diferenciación* y *suficiencia financiera* aludidos en los arts. 84.3 y 88 del EAC son también tomados en cuenta a lo largo de la regulación legal.

70. Font Llovet, T. y Ponce Solé, J. (2002), “La organización y competencias de las administraciones públicas. Los principios constitucionales sobre organización territorial del Estado”, en Rodríguez Arana, J. (dir.) y Calvo Charro, M. (Coord.), *La Administración Pública Española*, INAP, Madrid, Pág. 240. No es sin embargo, una postura doctrinal unánime. Cfr. Sarmiento, D. (2004): *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 259 y ss.

71. Ponce Solé, J. (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 423 y ss. y 617 y ss.

Así, por ejemplo, respecto del primero, la LDV tiene en cuenta las diferentes características "demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y de capacidad de gestión" que tienen los municipios catalanes en diversos momentos. Así, en el propio art. 8 se efectúan recordatorios a diversas vías de superación de dicha diferencia ya preexistentes en el ordenamiento jurídico, como son la *asistencia* técnica, financiera y jurídica de otras administraciones locales de ámbito territorial superior y la *encomienda de gestión*. Pero en otros preceptos legales también se reconoce la diferencia entre municipios y sobre ella (por ejemplo, caso demográfico) se basa el régimen legal (caso, por ejemplo, de la posibilidad de elaboración de planes locales de vivienda simplificados por parte de los municipios de menos de 3.000 habitantes o exención de los deberes legales de solidaridad urbana en el caso de municipios de menos de 5.000 habitantes, arts. 14 y 73 y ss., respectivamente).

En cuanto al *principio de suficiencia financiera*, la LDV también lo tiene en cuenta en determinados momentos, como veremos (por ejemplo, exigencia específica de una línea de financiamiento específica de la Generalidad, que se recoja en una memoria económica obligatoria, en el caso de los planes y programas supralocales, con necesaria indicación de las medidas adoptadas para hacer efectiva la inversión de la Generalidad y para atender los requerimientos con carga económica que determinen éstos: entre otros, art. 13.3, en relación con los programas supralocales de vivienda).

El paradigma ya aludido de la *gobernanza* también se ve reflejado en la ley del derecho de vivienda en este título. Efectivamente, las alusiones de la ley a la coordinación inter o intraadministrativa vienen acompañadas de referencias al ejercicio de las competencias de la Administración de la Generalidad de tal modo que permitan asegurar "la concertación y la colaboración con los agentes de iniciativa social y privada que actúan sobre el mercado de la vivienda protegida y libre" (art. 7.1) o a la capacidad de los entes locales para suscribir "convenios y concertar actuaciones con otras administraciones y agentes de iniciativa social y privada que actúen sobre el mercado de la vivienda protegida y libre" (art. 8.1). Nos remitimos a lo ya expuesto a propósito de la gobernanza en el ámbito de la vivienda y la existencia de redes de actores públicos y privados en el sector, así como a la necesidad de que los órganos públicos ejerzan sus competencias sin hacer dejación de su responsabilidad y conforme a los deberes de

buena administración que exigen una ponderación objetiva (basada en la imparcialidad y la no discriminación) de los intereses privados en presencia.⁷²

Finalmente, como ya indicamos, el art. 9 cierra este título I con una regulación del Consejo Asesor de la Vivienda, órgano, como dijimos, ya previsto en la ley de 1991. La regulación de la LDV mantiene en términos generales la naturaleza de este órgano (“organismo consultivo y asesor de la Generalidad en materia de vivienda”), así como sus funciones, con alguna variación, que amplía su papel en el ámbito de la elaboración normativa.⁷³

b. La distribución de competencias entre el nivel estatal, el autonómico y el local en el texto de la ley: visión general

No corresponde en esta sede realizar un análisis exhaustivo del reparto de competencias entre el Estado, la Administración de la Generalidad y los entes locales en los distintos títulos de la ley, como ya se dijo. Pero sí puede avanzarse, a falta de tal análisis que se realizará en páginas sucesivas, una impresión general sobre el contenido de la ley y la autonomía local constitucionalmente garantizada.

a) Desde la perspectiva competencial Estado-Generalidad, ya hemos expuesto como el Consejo Consultivo avaló el conjunto de preceptos del proyecto de ley sometidos por el Parlamento a su consideración.

72. Con más detalle sobre este crucial punto, Ponce Solé, J. (2007), “Dret, bona administració i governança”, en Cerrillo, A. (Coord.) (2007), *Governança i bona administració*, EAPC, p. 31 y ss (consultable gratuitamente en: <http://www.eapc.cat/publicacions/material/022/materials22.pdf>).

73. La LDV agrega la elaboración de informes y dictámenes (eso sí, siempre que se le solicite, manteniendo, pues, el carácter facultativo de los mismos) a todos los instrumentos de planificación y programación en materia de vivienda y a los proyectos de ley (previsión inexistente en la ley de 1991) y de planes. Asimismo, respecto de los reglamentos, conecta este organismo con las previsiones del art. 64 de la ley 13/1989, de 14 de diciembre (“Si una Ley lo exige o si lo decide, según los casos, el Gobierno o el consejero competente, la propuesta de disposición general será sometida a información pública o a audiencia de las entidades que, por Ley, tienen la representación y defensa de intereses de carácter general o afectados por dicha disposición”).

Ahora bien, algunas dudas pueden plantearse respecto de preceptos *diferentes* a los analizados por el Consejo Consultivo. Asimismo, el Estado ha iniciado los trámites precisos para interponer, en su caso, recurso de inconstitucionalidad en torno a tres artículos de la ley, uno avalado por el Consejo Consultivo (el 47) y otros dos (el 32 y el 48) que no fueron objeto de análisis en el dictamen de este organismo estatutario.

En cuanto a posibles dudas de constitucionalidad referidas a otros preceptos de la LDV,⁷⁴ pueden suscitarse en torno a ciertos preceptos legales que conectan con aspectos propios de Derecho mercantil (por ejemplo, art. 50.2, letra e, y .3, referido a la necesidad de que se garantice, por parte del promotor, mediante seguro o aval, la devolución de cantidades anticipadas, "arras, señal, reserva o cualquier otra denominación"), entrando en posible colisión con el art. 149.1.6 CE.

Por lo que se refiere a las acciones iniciadas por el Gobierno estatal para presentar quizás en el futuro un recurso de inconstitucionalidad comprensivo de diversos preceptos de la ley, hay que tener en cuenta la Resolución de 26 de marzo de 2008, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la mencionada ley.⁷⁵ Este Acuerdo explicita la existencia de discrepancias competenciales en torno a los arts. 32, 47 y 48, a los efectos previstos en el art. 33.2 de la LOTC, a efectos de la posible interposición de recurso de inconstitucionalidad en el plazo de 9 meses a partir de la publicación de la ley. Mientras que el Consejo Consultivo consideró en su dictamen que el art. 47⁷⁶ era ajustado al reparto com-

74. Dejamos de lado aquellos casos, no insólitos en la ley, en que se reproducen normas incluidas en la legislación básica del Estado. Como es sabido, el TC (STC 341/2005, por ejemplo) ha señalado que estos supuestos, existiendo competencia autonómica sobre la materia en cuestión, no plantean problemas de constitucionalidad.

75. BOE, núm. 96, lunes 21 de abril de 2008, p. 20731.

76. "En los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación, el órgano competente, después de apreciarlos, teniendo en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio de igualdad de las partes, debe exigir a la parte denunciada o demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad."

potencial constitucional y estatutario,⁷⁷ no se pronunció, pues no fue consultado, sobre los arts. 32⁷⁸ y 48 (este último vinculado al art. 47 y resto de artículos del Capítulo I del Título IV dedicados a la igualdad en el acceso y la ocupación de las viviendas).⁷⁹ En nuestra opinión, existen buenos argumentos jurídicos para defender que ambos preceptos son perfectamente respetuosos con el marco constitucional y estatutario.⁸⁰

b) Desde la perspectiva del reparto competencial entre el nivel autonómico y el local, de entrada puede valorarse positivamente, desde una perspectiva jurídico-técnica, la inclusión de diversos preceptos dedicados, específicamente, a regular y establecer principios relativos a la articulación de las competencias, como hemos tenido ocasión de comprobar. Asimismo, los principios incorporados en el capítulo VI del título II del EAC de 2006 han sido tomados en consideración, bien implícitamente bien explícitamente, por la LDV. Aunque, sin duda,

77. "Es tracta d'una mesura derivada del dret substantiu autonòmic (art. 149.1.16 i 130 EAC)."

78. "La expropiación o la ocupación temporal en edificios en régimen de propiedad horizontal. Si las obras, instalaciones o implantación de usos que deben realizarse en inmuebles en régimen de propiedad horizontal para cumplir el deber de conservación y rehabilitación hacen necesaria la expropiación o la ocupación temporal de elementos privativos o comunes de uso privativo, los interesados pueden instar a la Administración competente a incoar un expediente a tal fin. El proyecto que incluye la previsión de la expropiación debe contener un informe técnico y una memoria que acrediten y concreten la necesidad de ocupación definitiva o temporal y que analicen las vías de actuación posibles y la justificación de que no existe una alternativa menos gravosa para los derechos de propiedad. La aprobación del proyecto lleva implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados. La tramitación del expediente debe ajustarse al procedimiento establecido por la legislación urbanística y de expropiación forzosa."

79. "Legitimación. A fin de hacer efectivos los derechos establecidos por el presente título, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas habilitadas legalmente para defender los derechos e intereses legítimos colectivos pueden actuar en nombre y en interés de las personas que se lo autoricen en un proceso determinado."

80. En el primer caso, dada la conocida jurisprudencia constitucional a propósito de la posibilidad autonómica de establecer la *causa expropriandi* en aquellos casos (como éste) en que goza de competencia sectorial (vivienda). En el segundo caso, porque el art. 48 supone una transposición de Directivas comunitarias, como la 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico, en el sector de la vivienda, donde Cataluña, repetimos, goza de competencia exclusiva (y por otro lado reproduce artículos muy semejantes de las leyes estatales 51/2003 y 62/2003).

pueda considerarse caso a caso si el legislador catalán ha orientado adecuadamente su regulación por los mismos, lo cierto es que, desde una perspectiva general, los principios basados en el control autonómico de la legalidad y no de la oportunidad, en la coordinación y cooperación, en la subsidiariedad, en la proporcionalidad, en la diferenciación entre municipios y en la suficiencia financiera están presentes en la LDV.⁸¹

En todo caso, y a falta, insistimos, del análisis específico, lo cierto es que la ley viene a reconocer que la intervención pública en materia de vivienda no es solo, aunque también, un asunto puramente local. Es decir, que existen intereses supralocales, y de gran relevancia además, vinculados a la cohesión económica, social, territorial y ambiental, que deben ser garantizados. Y que, en última instancia, corresponde al nivel autonómico hacerlo, con preferencia en el empleo de fórmulas de cooperación y actuación conjunta, en la medida de lo posible.

5. Conclusión: urge actuar

Conviene terminar este estudio apelando de nuevo al repetidamente citado concepto de gobernanza.⁸² Probablemente sea la necesidad de construir en el futuro redes con elementos públicos⁸³ y priva-

81. Cabe plantearse, si tras el EAC y la LDV los ayuntamientos catalanes podrían crear tipos específicos de vivienda protegida para "llenar" las reservas de suelo para vivienda protegida previstas en la legislación urbanística. Efectivamente, las reservas ya aludidas de suelo para vivienda protegida determinan en el caso catalán qué tipo de viviendas de protección oficial deben "llenar" tales reservas (en el caso del 30%, el estándar genérico establecido para los POUM, un 20% se tiene que destinar a viviendas con protección oficial de *régimen general* y de *régimen especial* y un 10% a viviendas con protección oficial de *precio concertado*, de conformidad con la DA 5ª de la LDV), que aumenta hasta el 40% (con un 10% destinado a otras medidas de estímulo de la vivienda asequible) en el caso de municipios de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca. Parece, a la vista de esa DA 5ª (que se refiere exclusivamente a tipologías establecidas por normativa autonómica), que la ley opta por no abrir la posibilidad a los entes locales de configurar regímenes propios de vivienda protegida (a diferencia de la legislación vasca), por lo que habrá que estar a lo señalado por la ya citada STS de 25 de mayo de 2004.

82 Cerrillo, A. (coord.) (2007), *Governança i bona administració*, EAPC, (consultable gratuitamente en: <http://www.eapc.cat/publicacions/material/022/materials22.pdf>).

83. Sobre el área metropolitana de Barcelona Ponce Solé, Juli (2005) y *Llibre Blanc de l'Habitatge a Barcelona*. Consultable en: http://www.bcn.cat/habitatge/ass_lib_bla.shtml (Última visita efectuada, 18 de junio de 2007). Sólo apuntar que en el ámbito metropolitano de Barcelona, es preciso tener presente la Mancomunidad de Municipios de Barcelona

dos en las que los intereses generales (entendidos como intereses no trascendentes a los de los ciudadanos y compuestos por intereses públicos y privados, aunque no por mera adición) sea uno de los temas relevantes en éste y otros ámbitos.

Por que, en definitiva, a las personas y familias que no pueden acceder a una vivienda digna, asequible y no segregada les preocupa, y de qué modo, poder hacerlo, no tanto el nivel específico de poder o la fórmula (pública, privada, público-privada) de que se les garantice la efectividad de sus derechos. Urge, pues, una actuación, al fin decidida de todos los niveles de poder, de acuerdo con el principio de solidaridad y de lealtad institucional, eso sí, no *a pesar* del sistema vigente de distribución competencial, sino *mediante* su respeto.

En esta clave deben leerse, por cierto, diversas partes del informe ya aludido del Relator Especial de la ONU, en relación con su misión a España.⁸⁴

6. Bibliografía citada y documentación referida

AA.VV. *La distribución de competències en el nou Estatut*, IEA, 2007.

BARNÉS, J. "Legislación básica y artículo 149.1.1 CE", a AA.VV., *Informe de las CC.AA. 2003*, Instituto de Derecho Público, 2004, p. 816 y ss.

creada en 1988. Asimismo, debe tenerse en cuenta el Consorcio de la Vivienda del Área Metropolitana de Barcelona, cuya constitución y estatutos se aprobaron por GOV/67/2007, de 2 de mayo (DOGC de 11 de mayo de 2007). Pero desde luego, el fenómeno metropolitano no termina con Barcelona y su área de influencia. Existen, sin duda, otras partes del territorio catalán donde pueden detectarse este tipo de realidades. En este sentido, queremos llamar la atención de que un cometido típico de las áreas metropolitanas es la planificación de los usos del suelo, con especial énfasis en la provisión de vivienda asequible. Parece, pues, que la futura constitución de una o varias áreas metropolitanas debería incorporar este tipo de competencias, necesarias para garantizar los intereses supralocales metropolitanos implicados.

84. Véase el primer apartado de este estudio. Efectivamente, sin desconocer la realidad de España como un estado descentralizado, el Relator, en sus recomendaciones, sugiere que "España debería adoptar una política nacional de vivienda integral y coordinada basada en los derechos humanos y en la protección de los más vulnerables", refiriéndose con relación a diversos aspectos más concretos a la necesidad de que "las autoridades a todos los niveles" adopten las medidas precisas, ante la crisis residencial en España que pone de relieve el informe.

BASSOLS COMA, M. "La vivienda como producto finalista de las ordenaciones territorial y urbanística", *Ciudad y Territorio* 80-2, 1989, p. 21 y ss.

———. "Consideraciones sobre el Derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", *RDU*, 85, 1983, p. 167 y ss.

———. "Las relaciones entre la planificación territorial y la urbanística en la ley de urbanismo de Cataluña", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 209, 2004, p. 39 y ss.

BELTRAN DE FELIPE, M. "Vivienda y Urbanismo", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L., GONZÁLEZ SEARA, L. (dirs.), *Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España*, Civitas-Escuela Libre Editorial.

———. *La intervención administrativa en la vivienda*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

CASTILLO BLANCO, F. A. "La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas" en *RDUyMA*, abril-mayo 1999, p. 49 y ss.

CERRILLO, A. (coord.). *Governança i bona administració*, EAPC, Barcelona, 2007 (consultable gratuitamente en: <http://www.eapc.cat/publicacions/material/022/materials22.pdf>).

CHITI, M. P. "Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio", en CIVITARESE, S., FERRARI, E., URBANI, P., *Il governo del territorio*, Giuffrè editore, Milà, 2003, p. 162 y ss.

COSTAS, A. (dir.). *Llibre Blanc de l'habitatge a Barcelona*. (Consultable en: http://www.bcn.cat/habitatge/ass_lib_bla.shtml), 2006.

DESCHAMPS, E. *Le Droit Public et la Ségrégation Urbaine (1943-1997)*, LGDJ, 1998.

FONT LLOVET, T. y PONCE SOLÉ, J. "La organización y competencias de las administraciones públicas. Los principios constitucionales sobre organización territorial del Estado", en RODRÍGUEZ ARANA, J. (dir.) y CALVO CHARRO, M. (Coord.), *La Administración Pública Española*, INAP, Madrid, 2002.

GOMEZ GIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*, Montecorvo-Grupo Pinar, 2006.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F. *Administración Pública y Vivienda*, Montecorvo, Madrid, 2000.

———. *Régimen Jurídico de la Protección en la Promoción y Adquisición de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

LÓPEZ RAMÓN, F. *Introducción en el Derecho urbanístico*, Marcial Pons, 2005.

MENÉNDEZ REXACH, A. "La ordenación del territorio y la ordenación urbanística en la legislación estatal y de las Comunidades Autónomas", en *Manual de Derecho Urbanístico*, INAP, Madrid, 2001, p. 9 y ss.

MUÑOZ CASTILLO, J. *El Derecho en una vivienda digna y adecuada*, Colex, 2000.

———. *Constitución y Vivienda*, CEPC, Madrid, 2003.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari – Adición – Misión a España, 2008. (<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/105/34/PDF/G0810534.pdf?OpenElement>).

PAREJA, M., PONCE, J., GARCIA, L. *Urbanisme i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*, F. Pi i Sunyer, 2004.

PONCE SOLÉ, J. "Dret, bona administració i governança", en CERRILLO, A. (Coord) (2007): *Governança i bona administració*, EAPC, Barcelona, 2007, p. 31 y ss (consultable gratuitamente en: <http://www.eapc.cat/publicacions/material/022/materials22.pdf>).

———. (coord.). *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

———. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid., 2001.

———. "Solidaridad, cohesión social y Derecho público: a propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible", en AA.VV. *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Fundació Carles Pi i Sunyer-CEMCI-UIM, Barcelona, 2004.

———. "Algunas reflexiones sobre la competencia en materia de vivienda y las tendencias actuales en su ejercicio", en *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, p. 800 y ss.

———. *Urbanisme, habitatge i cohesió social*, Barcelona, 2005 (Consultable en: http://www.bcn2000.es/ca-es/9_lista_descargas/descargas.aspx?idioma=CaEs&_gldContexto=2).

POUND, R. "Law in Books and Law in Action." *American Law Review* 44, 1910, pp. 12-36.

SÁENZ ROYO, E. *Estado social y descentralización política*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

SARMIENTO, D. *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

SÍNDIC DE GREUGES. Informe extraordinario de julio de 2007, *El dret a l'habitatge: obstacles i límits*, consultable en: http://www.sindic.cat/ficheros/informes/52_INFORME-HABITATGE%2020070628.pdf

VILLAR PALASÍ, J. L. *La protección pública a la vivienda*, Madrid, 1981.

VIVER PI-SUNYER, C. "L'Estatut de 2006", *Activitat Parlamentària*, núm. 10, octubre de 2006, p. 34 y ss.

RESUMEN

En este artículo se analiza el régimen de distribución de competencias en materia de vivienda teniendo en cuenta el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y la nueva Ley 18/2007, de 18 de diciembre, del Derecho a la Vivienda. El trabajo se estructura en tres partes. En primer lugar, se analiza el marco competencial en este ámbito antes de la entrada en vigor del Estatuto de 2006, estudiando las conexiones entre urbanismo, ordenación del territorio y vivienda, así como las más relevantes sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En segundo lugar, el artículo considera el impacto que el Estatuto ha tenido sobre esta situación preexistente y las perspectivas futuras de su desarrollo. En esta línea, se analiza la nueva ley del derecho a la vivienda, su relación con las competencias estatales y la regulación que hace en su articulado de las relaciones entre la Administración de la Generalitat y los entes locales. Una de las más relevantes conclusiones es la falta de adaptación estatal a la situación derivada de la existencia de un estado descentralizado en este ámbito, así como la necesidad de progresar hacia una buena gobernanza en materia de vivienda.

Palabras clave: competencia; Estatuto; vivienda, derechos; autonomía local; financiación.

RESUM

En aquest article s'analitza el règim de distribució de competències en matèria d'habitatge tenint en compte l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 i la nova Llei 18/2007, de 18 de desembre, del dret a l'habitatge. El treball s'estructura en tres parts. En primer lloc, s'analitza el marc competencial en aquest àmbit abans de l'entrada en vigor de l'Estatut de 2006, estudiant les connexions entre urbanisme, ordenació del territori i habitatge, així com les sentències més rellevants del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem. En segon lloc, l'article considera l'impacte que l'Estatut ha tingut sobre aquesta situació preexistent i les perspectives futures del seu desenvolupament. En aquesta línia, s'analitza la nova llei del dret a l'habitatge, la seva relació amb les competències estatals i la regulació que fa en el seu articulat de les relacions entre l'Administració de la Generalitat i els ens locals. Una de les conclusions més rellevants és la falta d'adaptació estatal a la situació derivada de l'existència d'un estat descentralitzat en aquest àmbit, així com la necessitat de progressar cap a una bona governança en matèria d'habitatge.

Paraules clau: competència; estatut; habitatge; drets; autonomia local; finançament.

ABSTRACT

In this article the distribution of jurisdictions over housing is analyzed, taking into account the 2006 Statute of Autonomy of Catalonia and the new Right to Housing Law 18/2007, of 18 December. It is divided into three parts. Firstly, the jurisdictional framework that was in place regarding this area before the 2006 Statute came into force is studied, examining connections between town planning, organization of land-use and housing, as well as the most relevant rulings of the Constitutional Court and Supreme Court. Secondly, the article considers the impact that the Statute of Autonomy of Catalonia has had on this pre-existing situation and the prospects for its future evolution. Also analyzed, further to this, are: the new Right to Housing Law, its relationship with Central Government jurisdictions, and the regulation laid down in the articles of the new law of relationships between the Catalan Government and local bodies. One of the most notable conclusions regarding this area is the lack of Central Government adaptation to the situation derived from the existence of a decentralized state, as well as the need to move towards good governance of the housing situation.

Key words: jurisdiction; statute of autonomy; housing; citizens' rights; local autonomy; financing.

LA LEY CATALANA DE SERVICIOS SOCIALES: ¿NUEVOS DERECHOS DE CIUDADANÍA EN EL ESTADO AUTONÓMICO?¹

Vicenç Aguado i Cudolà

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción: el marco constitucional y estatutario. – 2. Los principios del sistema y los retos de futuro. – 3. Ciudadanía, derechos y universalización. – 4. Contenido y efectividad del derecho subjetivo. – 5. Organización e igualdad de derechos. – 6. Regulación y gestión: público y privado. – 7. Conclusiones: hacia la progresiva configuración de nuevos derechos de ciudadanía. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Introducción: el marco constitucional y estatutario

El contexto en que se aprueba la Ley catalana 12/2007, 11 de octubre, de servicios sociales (LCSS) viene caracterizado por una serie de factores que deben tenerse en cuenta al abordar su estudio. Esta Ley ha sido una de las prioridades legislativas que se impulsa durante la VIII Legislatura del Parlamento de Catalunya después del debate estatutario que había centralizado el anterior mandato parlamentario. La necesidad de potenciar los aspectos sociales lleva a introducir un nuevo marco normativo para los servicios de atención de las personas que visualice la actuación de los poderes públicos en una mejora de la calidad de vida de la población.

Si bien las competencias en materia de asistencia y de servicios sociales han sido asumidas como exclusivas por los Estatutos de

Artículo recibido el 05/05/2008; aceptado el 06/08/2008.

1. Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación "Ciudadanía, integración social y movilidad de personas en la Unión Europea: Hacia unos nuevos servicios sociales y educativos" (SEJ2006-01633/JURI) del Programa Nacional de Investigación 2004-2007 del Ministerio de Ciencia e Innovación, del cual soy el investigador principal.

Autonomía (EE.AA.) de las Comunidades Autónomas (CC.AA.), se ha considerado que ello no excluye radicalmente la intervención de otros entes públicos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que a lo largo de su articulado la Constitución española de 1978 (CE) establece numerosos mandatos a los diversos poderes públicos, específicamente dirigidos a conseguir la integración social de determinados grupos sociales, como los dedicados a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49) y a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50).

El Estado hasta ahora había actuado esencialmente bien mediante la suscripción de convenios, bien a través de la aprobación de planes y de programas que han suscitado una amplia conflictividad competencial con las CC.AA. y que ha generado una numerosa doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de los altos órganos consultivos. El Estado también ha mantenido un importante aparato organizativo para gestionar esta actuación.² Sin embargo, cabe advertir que, recientemente, se ha producido un salto cualitativo a través de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LAPSD), invocando el título competencial contenido en el art. 149.1.1 de la CE, así como la facultad de llegar a convenios para financiar las actuaciones previstas en la Ley.

Esta Ley suscitó dudas sobre su compatibilidad con el orden constitucional de competencias.³ En efecto, la LAPSD establece a favor del Estado una serie de facultades de coordinación y colaboración a través de la creación de un Sistema para la Autonomía y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Este marco normativo impone a las CC.AA. básicamente dos opciones: la no suscripción del convenio, que supone que el Estado no financie las prestaciones, o la suscripción del convenio, que produce de hecho la conversión de competencias exclusivas en competencias ejecutivas. Tal situación com-

2. Una crítica al amplio desarrollo de este aparato organizativo lo formulé en un anterior trabajo. *Vid.* Aguado i Cudolà, V.: "La Administración General del Estado y las políticas de integración social de los inmigrantes" en *Actas del IV Congreso sobre Inmigración en España*, Girona, 2004.

3. *Vid.* Lasagabaster Herrarte, I.: "La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial" en *REAF* 4/2007, pp. 129-158.

porta, por tanto, el condicionamiento de las competencias exclusivas autonómicas y excluye la posibilidad de establecer políticas propias. Todo ello se viene a trasladar a un órgano del Estado (Consejo Territorial de Dependencia), en el que participan las CC.AA. y los entes locales, a los que se atribuyen competencias ejecutivas y obligatorias. Además, la LAPSD limita la participación de los entes locales a la mera gestión, circunstancia que puede comportar un condicionamiento de competencias locales de ordenación y regulación. Tales facultades de coordinación y colaboración pueden suponer, a mi juicio, una imposición a las CC.AA. que no tiene apoyo en título competencial alguno. Por tanto, este tipo de condicionamiento plantea serias dudas desde la regulación actual del bloque de la constitucionalidad.

El Consejo Consultivo de la Generalitat emitió un dictamen en el que consideraba inconstitucionales numerosos preceptos de la Ley.⁴ Sin embargo, la Ley estatal no fue finalmente impugnada ante el Tribunal Constitucional. Es más, tal situación ha sido asumida acriticamente por la LCSS cuando en la Disposición Adicional Quinta se configura una red de atención a la dependencia y a la vida autónoma a los efectos de desarrollo y aplicación en Catalunya del Sistema de Autonomía y Atención a las Situaciones de Dependencia creado por la LAPSD. En cualquier caso, la denominada Ley de dependencia incide en aspectos competenciales clave que serán necesarios tener en cuenta y que condicionan sensiblemente al legislador autonómico en la determinación y la realización de sus propias políticas públicas.

En el marco jurídico catalán, los servicios sociales se regularon en primer lugar mediante la Ley 12/1983, de 14 de julio, de la administración institucional de la sanidad y la asistencia y los servicios sociales de Catalunya y Ley 26/1985, de 27 de diciembre. Después de la modificación legislativa realizada por la Ley 4/1994, de 20 de abril, de administración institucional, de descentralización, de desconcentración y de coordinación del sistema catalán de servicios sociales se elaboró un texto refundido que fue aprobado por el Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre. Esta legislación supuso un importante hito en cuanto permitió construir los elementos básicos de los servicios sociales en el ámbito de Catalunya, superando definitivamente

4. *Vid.* el Dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya 279, de 29 de enero de 2007.

el marco jurídico de la beneficencia que se había construido durante el siglo XIX en el Estado español.⁵ Sin embargo, la legislación que aprobó el Parlamento de Catalunya se enmarcaba en unas coordenadas en las que predominaba una concepción asistencialista de los servicios sociales y en la que los derechos a las prestaciones se configuraban de una forma muy genérica. El tiempo transcurrido reclamaba superar esta concepción y orientar la actuación en este ámbito hacia las nuevas tendencias de cobertura universal de los servicios, y concretar el derecho a las prestaciones.

A ello debe añadirse la aparición de nuevas necesidades sociales provocadas por el envejecimiento de la población, la diversidad de familias, las nuevas bolsas de pobreza, el incremento de las desigualdades, los cambios en el mercado laboral y los nuevos movimientos migratorios.⁶ Estos cambios suponen una generalización de necesidades de atención a amplios sectores de la población y, por tanto, la necesidad de repensar el papel de los poderes públicos en este ámbito.

La actuación de los poderes públicos queda enmarcada dentro de unos mandatos constitucionales y estatutarios que afectan a todos los poderes públicos. En este sentido, el art. 50 de la CE establece un derecho a un sistema de servicios sociales para los ciudadanos de la tercera edad que se traduce en la obligación de configurar los servicios públicos de atención a la tercera edad como un sistema; con ello el constituyente quiere imponer determinados condicionamientos organizativos de llevar a cabo una acción global, integrada.⁷ Por tanto, un marco de organización basado en criterios de unidad, armonía, coherencia y coordinación. En este sistema organizativo la

5. Sobre la evolución de este marco jurídico *vid.* Aguado i Cudolà, V.: "La beneficencia: de la actividad de policía al servicio público: el caso de la Mancomunidad de Cataluña" en Tornos Mas, J. (Ed.): *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2002, pp. 55-132.

6. Sobre la necesidad de tener en cuenta estos fenómenos en el análisis jurídico *vid.* Aguado i Cudolà, V.: "Ciudadanía Europea, protección social i dependència: L'impacte en el món local" en AA.VV.: *IV Seminari Immigració i Europa. El paper dels governs locals en les polítiques d'immigració a Europa*, disponible en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cidob.org/ca/content/download/6412/64520/file/04_aguado_cat.pdf>

7. *Vid.* Navarro Munuera, A.: "Estado social y artículo 50 de la Constitución" en Tornos Mas, J. (Ed.): *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2002.

Administración pública deviene el garante del funcionamiento del sistema y de la consecución de los objetivos previstos, es decir de atender los problemas específicos del colectivo de la tercera edad. En cualquier caso, este derecho no se prevé como un derecho subjetivo perfecto, sino que de lo que podríamos hablar es, tal y como ha señalado T. Font i Llovet, de una "articulación progresiva del derecho".⁸

Hasta ahora los EE.AA. no han incluido un listado de derechos y deberes sino que se han limitado a remitirse al catálogo establecido por la CE. Por ello, se plantea si es correcto que los EE.AA. se limiten a realizar esta mera remisión o bien resulta obligado, por el contrario, que como norma institucional básica concreten respecto a las Administraciones de las CC.AA. cuál es la posición de los ciudadanos ante las mismas y cuáles son los mandatos y obligaciones que les atañen dentro del marco constitucional. Este tema ha generado un amplio debate doctrinal.⁹

A mi juicio, los Estatutos de Autonomía no solo pueden sino que deben establecer un catálogo de derechos y deberes en cumplimiento de las reservas de ley que establece nuestra Constitución. Se trata en definitiva de dar contenido al ámbito competencial autonómico desde una perspectiva subjetiva que comporta una vinculación de actuación de los poderes públicos.

En esta última línea, las recientes reformas estatutarias han introducido un amplio catálogo de derechos,¹⁰ entre los que a nuestros

8. Vid. Font i Llovet, T.: "Los derechos de los usuarios en los servicios sociales de atención a la tercera edad" en Tornos Mas, J. (Ed.): *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2002, p. 337.

9. Las páginas de esta Revista se han hecho ya amplio eco de este debate doctrinal y de las diversas posiciones sobre este tema que parece innecesario volver a reproducir de nuevo. En cualquier caso, vid. Expósito, E.: "La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía" en REAF 5, 2007, pp. 147-202. Asimismo, vid. AA.VV.: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. De especial interés es el contraste de opiniones mantenido entre Díez-Picazo, L. M.: ¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?" en REDC 78, 2006; y Caamaño, F.: "Sí. Pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)" en REDC 79, 2007.

10. Una panorámica general sobre el contenido de estos derechos y los mecanismos de garantía puede encontrarse en Castellà Andreu, J. (Ed.): *Els drets davant l'administració i les seves garanties en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2007.

efectos debe destacarse el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones de la red de servicios sociales, así como el hecho de que las personas con necesidades especiales, para mantener la autonomía personal, tienen derecho a recibir una atención adecuada. La inclusión de un elenco de derechos y deberes en los EE.AA. constituye un avance importante ya que permiten actualizar, en el proceso de concreción en el bloque de la constitucionalidad, el mandato a las Administraciones autonómicas; al mismo tiempo, también permiten adaptar los mandatos constitucionales a las nuevas necesidades de la ciudadanía. No obstante, la dificultad mayor que presentan estos derechos es el tema de la exigibilidad, que queda en muchas ocasiones en manos de las previsiones legales y reglamentarias. Con todo, dan una serie de parámetros que el legislador ha de tener en cuenta necesariamente al regular esta materia.

La adecuación a la CE de las declaraciones de derechos incluidas en los EE.AA. ha sido objeto de atención por el TC. Concretamente, las sentencias sobre el EA de la Comunidad Valenciana (STC 247/2007, 12 diciembre y 249/2007, de 13 de diciembre) se han pronunciado específicamente sobre el contenido constitucionalmente lícito de los EE.AA. y la posibilidad de que los mismos regulen derechos de los ciudadanos.

El TC ha señalado que el art. 147.2 CE lleva a cabo “la determinación del contenido mínimo de los Estatutos”, pues sus prescripciones resultan imprescindibles para reconocer como tal un EA. De ahí que quepa deducir que, de acuerdo con la CE, los EE.AA. pueden incluir otras regulaciones.

Para el Alto Tribunal, los EE.AA. pueden incluir con normalidad en su contenido, no solo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional, sino también otras cuestiones, derivadas de las previsiones del art. 147 CE relativas, por una parte, a las funciones de los poderes e instituciones autonómicos, tanto en su dimensión material como organizativa y, por otra parte, a las relaciones de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y, con los ciudadanos, de otro.

En cuanto a la posibilidad que los EE.AA. regulen derechos de los ciudadanos, el TC ha distinguido entre dos ámbitos diferenciados: el de las instituciones autónomas propias en las que resulta factible la configuración de derechos subjetivos y el de las competencias asu-

midas donde solo es posible establecer directrices, objetivos o mandatos. El TC alude, por ejemplo, a los derechos de participación en las instituciones autonómicas como supuesto en que los EE.AA. podrían configurar un derecho subjetivo. Entiendo que también podría considerarse bajo la misma óptica el derecho de buena administración que, por ejemplo, comprendería el derecho a obtener una respuesta motivada en un plazo razonable. Sin embargo, los derechos que entran dentro del ámbito de las competencias en materia de asistencia y servicios sociales solo podrían configurarse estatutariamente como meros mandatos, sin que fueran exigibles directamente por los ciudadanos. En cualquier caso, el TC establece que las previsiones que realicen los EE.AA. sobre derechos constitucionales solo son legítimas si tienen conexión con las competencias que han asumido las CC.AA.

La doctrina del TC plantea, sin embargo, una serie de objeciones críticas. En efecto, deja limitados los derechos subjetivos estatutarios a un ámbito meramente doméstico o interno, conectado necesariamente a las instituciones propias autonómicas. En cambio, en los ámbitos competenciales, que es donde la CA desarrolla la mayoría de sus actuaciones, los EE.AA. no pueden configurar derechos directamente exigibles por los ciudadanos. La organización de las instituciones de autogobierno es una competencia más que han asumido las CC.AA. Por tal razón, no se comprende bien que fuera de este ámbito los EE.AA. no puedan prever derechos subjetivos.

Otra objeción crítica, a mi juicio, es que son los EE.AA. quienes deberían determinar cual es el grado de colaboración con el legislador autonómico. Son fundamentalmente los EE.AA. quienes asumen las competencias autonómicas. Por lo tanto, al asumirlas pueden condicionar al Parlamento autonómico llegando a establecer verdaderos derechos subjetivos. Ciertamente es que ello puede suponer una limitación de la capacidad de autogobierno pero será la propia CA quien opte por una mayor o menor capacidad legislativa al pactar con el Estado su norma institucional básica. A mi juicio, no puede inferirse de la CE una limitación a los EE.AA. que suponga la fijación de derechos subjetivos exclusivamente referidos a los aspectos relativos a las instituciones de autogobierno.

En cualquier caso, la consideración como mandatos o principios rectores no implica que carezcan de consecuencias jurídicas. Las normas estatutarias quedan incorporadas al bloque de la constituciona-

lidad y ello implica que se erijan en un parámetro de control de las leyes aprobadas por el Parlamento autonómico. En este sentido podemos citar el mandato de gratuidad de los servicios sociales que las leyes determinan como básicos (art. 42.5 EAC). Por su parte, la LCSS en su art. 62.1 establece que "sin perjuicio a que los servicios sociales básicos han de tender a la universalidad y la gratuidad, el usuario o la usuaria puede haber de copagar la financiación de la teleasistencia y de los servicios de ayuda a domicilio". La exigencia de copago respecto a los servicios sociales básicos contradice el mandato estatutario establecido en el art. 42.5 del EAC y, por tanto, éste último debe prevalecer en caso de conflicto con la ley autonómica.

En efecto, con independencia de que en los EE.AA. se configuren o no derechos subjetivos, la parte dispositiva de la normativa estatutaria no tiene un mero carácter programático o de declaración de intenciones, como parece inferirse del art. 62.1 de la LCSS, sino que supone delimitar el contorno en el que se manifiesta el autogobierno tanto en relación con el resto de poderes públicos como respecto de los ciudadanos. Esta última faceta es, a mi juicio, una de las novedades más relevantes que han incorporado las recientes reformas estatutarias. Desde esta perspectiva el art. 42.5 del EAC comporta una vinculación para el legislador autonómico de forma tal que una vez que las leyes determinen como básico un servicio social, éste debe prestarse gratuitamente a los ciudadanos que reúnan los requisitos establecidos legalmente. Considerarlo de otra forma supone dejar vacío de contenido el precepto estatutario y convertirlo en una mera declaración de intenciones con una nula trascendencia en la vida de los ciudadanos de esa CA.

2. Los principios del sistema y los retos de futuro

Las reglas comunes de los servicios públicos, de acuerdo con la doctrina, se basan en los principios de continuidad, igualdad y adaptación constante. Estos principios son la base de un régimen jurídico exorbitante, que es susceptible a su vez de ser fuente de derechos y obligaciones de los usuarios.¹¹ Dichos principios están tan estrecha-

11. Por todos *vid.* Malaret i Garcia, E.: "Servicios públicos, funciones publicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto" en *Revista de Administración Pública* 49 núm. 145. Enero-abril 1998, p. 67.

mente vinculados al servicio público que fueron denominados por L. Rolland "las leyes del servicio público".

Específicamente, la LCSS establece diecisiete principios rectores del sistema, que pueden clasificarse, según mi opinión, en cuatro grandes grupos. El primer grupo haría referencia al sujeto, ya sea al propio usuario de las prestaciones del sistema (universalidad, igualdad y solidaridad) ya sea al propio responsable (responsabilidad pública) o a la participación en la gestión (participación cívica). Entre estos principios cabe destacar el de la universalidad, en el que se contemplan no solamente determinados grupos o colectivos con necesidades específicas, sino también a la población en su conjunto. Si ello era así en otros tipos de derechos de claro contenido social, como la educación o la sanidad, faltaba este importante hito en el ámbito de los servicios sociales. La tendencia a la universalización de los servicios sociales también se encuentra en la legislación estatal de dependencia.¹² La configuración del sistema de servicios sociales hacia su universalización no significa dejar de atender a colectivos que presentan necesidades específicas, sino configurarlo realmente como un derecho de la ciudadanía.¹³ Para ello se requiere que pueda ser exigible ante las Administraciones públicas y no quede al mero albur de las disponibilidades presupuestarias y de la voluntad de los responsables que gestionan las políticas públicas sociales. En un momento u otro de nuestras vidas, las personas podemos requerir la atención a nuestras necesidades sociales.

12. De acuerdo con el Preámbulo de la LAPSD: "Se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española, potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en a promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y *plenamente universales*." En la parte articulada de la LAPSD se establece en el listado de principios: "*La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia*, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley" [art. 3.b)]. Asimismo se señala que el objeto de la Ley es "la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos *para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español*" (art. 1.1).

13. Esta compatibilidad entre la universalidad y la atención preferente a determinados colectivos es puesta de relieve por la LCSS: "La universalidad de la atención por parte de los servicios sociales no ha de impedir que tengan o puedan tener prioridades en la atención a unos grupos o unas personas en situaciones de riesgo, de dependencia y otros, de acuerdo con unos criterios preestablecidos y en base al principio de justicia distributiva, al de prevención, al de solidaridad, al de cohesión social o por otras consideraciones".

Se trata de extender las prestaciones a la generalidad de la población que hasta ahora carecía de esta atención. Debe tenerse en cuenta que universalidad no significa necesariamente gratuidad en la prestación del servicio, sino fundamentalmente la posibilidad de que la población pueda acceder a él. Se señala, por tanto, que la financiación de estos servicios viene determinada también por la capacidad de pago de los usuarios del servicio. Tampoco puede asociarse universalidad con el hecho de que la prestación la prestan exclusivamente entidades públicas. Cabe, por tanto, la posibilidad que entidades privadas se integren la red de servicios sociales. Corresponde, en cualquier caso, a las Administraciones que asumen como propias la realización de estas prestaciones el control sobre estas entidades privadas para asegurarse que realizan el servicio de acuerdo con los principios que inspiran la Ley.

El segundo grupo estaría formado por los principios relativos a la forma en que se realiza la gestión de los servicios sociales (globalidad, subsidiariedad, coordinación). Entre estos principios destaca la globalidad en cuanto plantea dar una respuesta integral a las necesidades personales, familiares y sociales. Por su parte, en la subsidiariedad se plantea dotarlo de la mayor proximidad al usuario, de forma que los entes locales adquieran, en este punto, una gran trascendencia. Ello se traduce en que los servicios sociales básicos que son la puerta de acceso al sistema son atribuidos a los municipios. En los servicios de atención a la persona cobra una importancia significativa el factor proximidad. La razón de esto es doble: en primer lugar la proximidad permite detectar e identificar con mayor precisión las necesidades de la población y, en segundo lugar, permite que la persona pueda continuar, dentro de lo posible, en su propio entorno. Además, hace posible que la Administración pueda emprender medidas y actuaciones preventivas destinadas a evitar que se produzca la situación de necesidad social. En efecto, estos servicios básicos están orientados a fomentar la autonomía personal y deben dar respuestas en el ámbito propio de convivencia. En cualquier caso, las acciones que llevan a cabo las diferentes Administraciones implicadas deben realizarse desde una perspectiva coordinada, como un sistema, de manera que se no se produzcan desajustes en la realización de las prestaciones.

Un tercer grupo serían los principios relativos al contenido de las prestaciones (prevención y dimensión comunitaria, fomento cohesión social, normalización, atención personalizada e integral, respe-

to derechos, fomento autonomía personal). En estos principios destaca el cambio de paradigma de la actuación administrativa que pasa a ser de simplemente asistencialista (que actúa una vez se ha producido la necesidad social) a incluir medidas preventivas o de fomento de la autonomía personal. Con ello se trata de evitar que la situación de la persona se vea agravada y, en cambio, se facilita que pueda desarrollar su actividad dentro de su contexto habitual. Facilitando que la persona esté en su entorno personal y familiar se favorece, en definitiva, el ejercicio de sus derechos como persona. Y cuando no sea posible seguir manteniendo el mismo entorno por tener que recibir una atención específica en un centro o establecimiento se deben asegurar estos derechos con mayor intensidad si cabe, debido a la posición de especial vulnerabilidad en que se sitúan estas personas (menores, personas en situación de dependencia, etc.).

Y, finalmente, encontraríamos unos principios sobre el grado de consecución de los resultados (economía, eficiencia y eficacia, calidad, continuidad). Estos son en el corolario de principios constitucionales relativos a la actividad de la Administración y que recoge el art. 103.1 de la CE. En cualquier caso, la mayor conciencia de los derechos de la ciudadanía comporta la necesidad de que la Administración no se limite a realizar cualquier tipo de prestación para cumplir el expediente, sino que preste unos servicios de calidad con el objetivo de mejorar realmente y de forma efectiva la situación de los usuarios. Sin una calidad mínima las prestaciones no dan una respuesta adecuada a las necesidades del usuario y, por lo tanto, pueden llegar a perder su sentido.

Estos principios de funcionamiento constituyen un objetivo que debe ser completado y concretado a través de la fijación de estándares que puedan ser exigidos. En cualquier caso, la existencia de dichos principios resulta también esencial, por cuanto permite verificar el grado de exigencia de la sociedad en relación a los poderes públicos que asumen la responsabilidad sobre ese servicio.

Entre los principales retos de futuro que plantea la atención de las personas por los servicios sociales se plantea la articulación efectiva como un sistema o red de prestaciones. Se trata, por tanto, de concebir las actuaciones administrativas como un sistema integral que debe garantizar el derecho de los ciudadanos a una prestación homogénea de los servicios sociales en el territorio. Los elementos que

debe incluir este sistema tienen naturaleza diversa, y no pueden de limitarse a un mero plano o aspecto organizativo. La regulación y planificación del sistema debería incluir, en cualquier caso, los siguientes aspectos: a) el elemento estructural; b) las relaciones entre las diversas Administraciones que conforman el sistema; c) los servicios sociales cuya responsabilidad asume el sistema, d) los instrumentos necesarios para la delimitación de las tareas que corresponden a los diversas administraciones; e) la garantía del derecho de los ciudadanos a una prestación homogénea de los servicios en todo el territorio; f) las relaciones con los ciudadanos, de manera que permitan su participación y su información sobre el funcionamiento del sistema.

Uno de los puntos relevantes para la adecuada articulación del sistema es la delimitación de las personas que pueden ser objeto de las prestaciones. La tendencia legislativa ha sido la de afirmar la universalización del sistema de forma similar a lo que ha acontecido en los ámbitos de la sanidad y la educación.

La progresiva configuración de los derechos a las prestaciones, si bien resulta necesario para implantar las reformas introducidas por la LCSS, puede dejar fuera a un determinado número de personas con determinadas necesidades. Así, por ejemplo, las personas con dependencias leves o moderadas que requieren una atención intermitente. Cabe recordar que entre los objetivos de la ley está el fomento de la autonomía personal y, por tanto, sus medidas deben dirigirse a evitar, en la medida de lo que sea posible, que se agrave la situación de dependencia de la persona.

También encontramos otros retos importantes como el de la dimensión temporal del sistema, es decir, el problema de las listas de espera. Se trata de un aspecto estructural y recurrente en otros servicios como el sanitario, que presumiblemente se trasladará al ámbito de los servicios sociales. El número cada vez mayor de personas que se encuentren en situación de necesidad podría comportar una saturación de los servicios. El problema que se plantea específicamente es que una atención tardía, dada la necesidad vital de estas personas, supone una denegación del derecho. Normalmente, el tema es abordado desde soluciones parciales que bien tienden a resolver casos extremos en los que se ha producido un daño a través del mecanismo de la responsabilidad patrimonial. La fijación de modo taxativo de períodos máximos de espera, transcurrido el cual entre en juego alguna

fórmula operativa para que el ciudadano pueda satisfacer la inmediata atención que requiere su situación. Entre estas fórmulas podría plantearse la posibilidad de los ciudadanos de acudir al centro de su elección repercutiendo el gasto al sistema público o la de establecer la exigencia de que, desde el ámbito público, se señale el centro privado donde se lleve a cabo la prestación. En cualquier caso, deben articularse fórmulas ágiles que permitan establecer un adecuado orden de prioridades, según el grado de dependencia y la situación económica de la persona.

Otro de los retos relevantes es el de los aspectos cualitativos y el reto de la calidad en la configuración del sistema. La fijación de estándares de calidad, a través de reglamentos y cartas de servicios, resulta necesaria para concretar su exigibilidad frente a las Administraciones que asumen como propias la atención a las personas que requieren los servicios sociales, pero puede tener como inconveniente que la responsabilidad quede limitada al contenido definido a través de la fijación de estos estándares. La calidad no se alcanza simplemente con la fijación de estándares, sino que resulta necesario disponer de los medios materiales y personales necesarios para su consecución. Por tanto, el elemento humano de los profesionales que prestan los servicios adquiere una relevancia esencial. En cualquier caso, para asegurar la calidad y el buen funcionamiento del sistema, resulta necesario articular adecuadamente los mecanismos de control en los que la inspección administrativa como potestad adquiere un papel de centralidad.

Y entre los últimos retos encontramos la adaptación del sistema a un nuevo modelo de organización territorial cuya estructura básica son los municipios y veguerías. Un modelo territorial que está previsto en el EAC 2006 pero que todavía no se ha puesto en marcha. La adaptación a este nuevo modelo territorial no nos debe hacer perder de vista que estamos delante de servicios de atención a la persona. Lo que nos debe permitir este nuevo modelo es que sea la Administración la que se adapte a los ciudadanos y no al revés. En este sentido, resulta adecuado un despliegue de la Administración por el territorio en el que puede resultar útil la incorporación de las veguerías como nueva demarcación de la Administración de la Generalitat. La incorporación de las veguerías no debe ser obstáculo a reforzar el papel de los municipios desde una perspectiva de mayor proximidad al usuario del servicio y conseguir una efectiva descentralización del sistema.

3. Ciudadanía, derechos y universalización

Como hemos visto, la universalización se erige como uno de los principios generales que informan a la Ley. Entre los objetivos de la Ley encontramos el de "garantizar el acceso universal para hacer efectiva la justicia social y promover el bienestar *del conjunto de la población*" (la cursiva es mía). De acuerdo con el art. 5.a) de la LCSS, el principio de universalidad comporta "que los poderes públicos *han de garantizar a todos* el derecho de acceso a los servicios sociales y su uso efectivo en condiciones de igualdad, equidad y justicia redistributiva" (la cursiva es mía).

La LCSS regula el tema de la titularidad del derecho de acceder a los servicios sociales en el art. 6. Este precepto establece que son titulares los ciudadanos de la Unión Europea empadronados en un municipio de Catalunya. Si bien el EAC 2006 reconoce este derecho a "todas las personas" lo hace "en los términos que establezcan las leyes" (art. 24). Esta imprecisión del estatuyente deja, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad al legislador autonómico en el momento de determinar la titularidad y el contenido de este derecho.¹⁴

Con respecto a los extranjeros de terceros Estados de la Unión Europea se requiere la necesidad personal básica de acuerdo con la legislación de extranjería. De entrada la crítica que debe hacerse al precepto es doble: 1) aunque solamente se hable de la Unión Europea hará falta incluir también a los ciudadanos de aquellos Estados que son asimilados por formar parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (los ciudadanos de Islandia, Liechtenstein y Noruega) o por tener acuerdos bilaterales con la Unión Europea (los ciudadanos de Suiza); 2) no menciona a los ciudadanos extranjeros no comunitarios con permiso de residencia que, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España (LODYLE), tienen derecho no solamente a los servicios sociales bási-

14. En este sentido E. Expósito al hablar de los derechos del ámbito social, económico y cultural recogidos en los EE.AA. advierte que: "no se explica la razón por la cual, como regla general, los nuevos Estatutos han dejado pasar la oportunidad de regular con mayor precisión los derechos de esta naturaleza y de convertir los enunciados constitucionales [...] en auténticos derechos subjetivos." *Vid.* de esta autora "La regulación de los derechos en los nuevos estatutos..." *op. cit.*, p. 183.

cos sino también a los servicios sociales especializados en iguales condiciones que los españoles.¹⁵ El art. 6 de la LCSS tiene que interpretarse, por lo tanto, de forma conjunta con el art. 14 de la LODYLE puesto que de otra forma podría considerarse inconstitucional.

La LCSS reconoce la posibilidad establecer requisitos adicionales a determinadas prestaciones. Ello permite salvar los requisitos establecidos por la legislación estatal de autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia que exige, como veremos, el requisito de residencia. Además, para determinadas prestaciones, especialmente de carácter económico, pueden jugar otros factores, como puede ser, por ejemplo, la situación económica del usuario.

El empadronamiento se erige como uno de los requisitos fundamentales para acceder al sistema de servicios sociales en Catalunya. La lógica de esta exigencia responde, fundamentalmente, a una doble motivación: primero, el Ayuntamiento recibe sus recursos, entre otros, de las personas que están inscritas en el padrón; y segundo, la exigencia de este requisito permite tener al día el padrón municipal al mismo tiempo que es una forma de que la gente sea consciente de que ha de estar empadronada y ha de tener todos los “papeles” en regla para acceder a las prestaciones sociales.¹⁶ A ello debe añadirse que el empadronamiento determina la vecindad administrativa, una condición necesaria, aunque no suficiente, para tener la condición política de catalanes o ciudadanos de Catalunya (art. 7 del EAC 2006).

La importancia que adquiere el padrón, que es de responsabilidad municipal, está en consonancia con el papel destacado que juegan los entes locales, al atribuirles los servicios sociales de carácter básico que son la “puerta de entrada” en el sistema.

15. De acuerdo con el art. 14.2 y 3 de la LODYLE: “Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.” y “3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.”

16. Vid. Aguado i Cudolà, V: “Ciudadanía europea y servicios sociales en los municipios de Catalunya: un estudio de caso” en la obra coordinada por el mismo autor *Serveis socials i drets de la ciutadania. El sistema català d'atenció a les persones en situació de dependència*, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya (en prensa).

Como he señalado en otro lugar,¹⁷ el empadronamiento tiene una doble vertiente: la de instrumento que tienen los municipios para determinar las políticas públicas en función de la población que efectivamente reside y la de fundamento del estatus de derechos y deberes de los vecinos del municipio. Esta doble función supone, sin embargo, uno de los problemas fundamentales en cuanto a la correspondencia entre la realidad de la población que efectivamente reside en el municipio y la que está inscrita en el padrón municipal. De esta forma, encontramos un sector de población que deviene “invisible” para los poderes públicos. Se trata de ciudadanos europeos que residen efectivamente en Catalunya, pero que no se empadronan para no perder prestaciones sociales de sus países de origen.¹⁸

Se produce, por tanto, una cierta desvirtuación del papel del padrón municipal, pues la inscripción en el mismo dependerá fundamentalmente de que la persona en cuestión requiera o le compensen los beneficios sociales que obtiene. A ello también se añade el hecho de que el padrón sea utilizado en algunas ocasiones con el fin de evitar determinados fenómenos como la sobreocupación de viviendas.¹⁹ Con ello se desvirtúa la posibilidad de que los municipios puedan tener un conocimiento, lo más preciso posible, de la población que reside efectivamente en el municipio.

Otro problema relevante es la descoordinación de los requisitos de la LCSS respecto a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia (LAPSD). Como veremos, esta última gira en torno al concepto de residencia para el que se establecen unos “períodos de carencia”, transcurridos los cuales se adquiere la condición de titular del derecho. En cambio, como hemos visto la LCSS no exige ningún

17. Vid. Aguado i Cudolà, V.: “Hacia una nueva población municipal: El padrón como instrumento para la realización de políticas públicas y para el ejercicio de derechos de españoles y extranjeros” en Font i Llovet, T. (Ed.): *Anuario del Gobierno Local 2003*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004, pp. 195-240.

18. Vid. Aguado i Cudolà, V.: “Ciudadanía europea y servicios sociales en los municipios de Catalunya: un estudio de caso” *op. cit.*

19. Vid. Aguado i Cudolà, V.: “Inscripció al padró municipal en casos de sobreocupació d’habitatges” en AA.VV.: *Informe Pi i Sunyer sobre la gestió municipal de l’empadronament dels immigrants*, consultable en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <http://www.pisunyer.org/projectes_immigracio.php?donde=14>.

período para acceder a dichas prestaciones. Por tanto, ¿deberán entenderse los requisitos de ambas leyes de forma cumulativa o bien que la LCSS amplía el ámbito de protección establecido en la LAPSD? A mi juicio, debe entenderse en el primer sentido por cuanto la misma LCSS señala que los requisitos establecidos lo son “sin perjuicio de los requisitos adicionales para el acceso a determinadas prestaciones, de acuerdo con su naturaleza, sus características específicas y su disponibilidad”.

Entre los requisitos adicionales, encontramos por ejemplo los que establece la LAPSD para ser titular de los derechos y prestaciones del Sistema de atención a las personas en situación de dependencia. Estos requisitos son los siguientes: a) una situación de dependencia; y b) residencia en territorio español durante cinco años, de los cuales dos han de ser inmediatamente previos al acceso a las prestaciones. Los extranjeros se rigen por la LODYLE, así como por los tratados y acuerdos internacionales. Por su parte, los menores de tres años tienen un tratamiento específico.

El requisito de residencia en territorio español (cinco años de los cuales dos han de ser previos) plantea dudas de compatibilidad con el Derecho comunitario europeo. Tal limitación puede resultar contraria a la libertad de circulación y de residencia de personas en la Unión Europea.²⁰ En efecto, la posibilidad de acceso a los derechos y beneficios sociales puede ser un factor relevante en la decisión de fijar la residencia en un determinado territorio. En este sentido la jurisprudencia del TJCEE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el acceso de los ciudadanos europeos a los beneficios y prestaciones sociales cuando fijan su residencia en otro Estado miembro de la UE en cuanto puede comportar un obstáculo al derecho fundamental de libertad de circulación y residencia.²¹

20. Otros autores también expresan sus dudas sobre la dudosa compatibilidad del requisito de la residencia con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea. *Vid.* en esta línea Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N.; Maldonado Molina, J. A.; y González de Patto, R. M.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 174 y ss.

21. *Vid.* STJCE de 20 de Septiembre 2001 (C-184/99), STJCE de 11 de Julio 2002 (C-224/98), STJCE de 23 de Marzo 2004 (C-138/02) y STJCE de 15 de Marzo de 2005 (C-209/03).

El TJCEE ha utilizado diversos criterios de argumentación que han permitido a los ciudadanos europeos el acceso a beneficios y prestaciones sociales en el ejercicio de su libertad de circulación y de residencia.²² Dichos criterios se fundamentan en el propio concepto de ciudadanía europea, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y el principio de proporcionalidad.

Formalmente, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad parece salvado por la LAPSD por cuanto el requisito de la residencia se aplica por igual a españoles como a extranjeros. Se produciría de esta forma una equiparación del tratamiento de todas las personas con independencia del criterio de la nacionalidad. Mayores problemas, sin embargo, se plantean desde el punto de vista del concepto de ciudadanía europea y de los límites que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, podrían establecerse a las libertades de circulación y de residencia.

La noción de ciudadanía europea, que está plenamente incorporada al Derecho originario de la UE, ha permitido ir más allá del ámbito de protección que el mercado común focalizaba en la libre circulación de trabajadores.²³ El TJCEE ha ido dotando de contenido a esta noción señalando que “[...] la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros [...]”. En este estatus fundamental cobra una relevancia significativa el derecho fundamental a la libre circulación y residencia, así como la incorporación de derechos relativos a la solidaridad en la Carta europea de derechos fundamentales y libertades públicas

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el derecho fundamental a la libre circulación de personas puede tener límites, como son el que no suponga una carga para las finanzas del Estado de acogida, o restricciones basadas en motivos de orden público, seguridad pública y salud pública. Ahora

22. Vid. Hailbronner, K.: “Union Citizenship and Access to Social Benefits” en *Common Market Law Review*, 42, 2005, pp. 1245-1267.

23. Sobre la noción de ciudadanía europea me remito a un trabajo anterior y la bibliografía que se contienen en el mismo. Vid. Aguado i Cudolà, V.: “Ciudadanía, libre circulación de personas y derechos sociales” en *Noticias de la Unión Europea*, 267, 2007, pp. 5-17.

bien, en la configuración de estos límites los Estados miembros no tienen una discrecionalidad absoluta, ya que vienen condicionados por el contenido esencial del derecho fundamental y, por tanto, deben interpretarse restrictivamente.

Un criterio fundamental para comprobar si los límites que fija el legislador son compatibles con el derecho fundamental a la libre circulación y residencia será el principio de proporcionalidad.²⁴ Del principio de proporcionalidad se deriva la prohibición de que las limitaciones incorporen efectos disuasorios que dejen vacío de contenido el derecho o libertad fundamental. Formalmente, podría pensarse que es una limitación del acceso a los servicios sociales de dependencia pero no a la libertad de circulación. Ahora bien, materialmente, el límite de acceso a los servicios sociales puede ser un elemento disuasivo para el ejercicio de la movilidad de personas en la Unión Europea.

El principio de proporcionalidad implica además la ausencia de alternativas más moderadas o menos onerosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida. En este sentido, la alternativa más moderada es la del establecimiento de mecanismos compensatorios entre los Estados miembros de la UE en base a los cuales puedan financiarse las prestaciones que asume el Estado miembro de acogida por parte del Estado miembro del cual es originario el ciudadano europeo.

Por lo que respecta al Derecho derivado deben traerse a colación las disposiciones previstas en el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, de los trabajadores por cuenta propia y de los miembros de sus familias

24. Dicho principio comporta la verificación de tres requisitos o condiciones: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. La idoneidad hace referencia a la aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida. Por su parte, la necesidad consiste en la ausencia de alternativas más moderadas o menos onerosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación, comporta que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Dentro de la proporcionalidad en sentido estricto se ha de ponderar la incidencia disuasoria de la medida impugnada en relación con el legítimo ejercicio del derecho fundamental restringido.

que se desplazan dentro de la Comunidad.²⁵ Dicho reglamento está vigente mientras no entre en vigor el Reglamento (CEE) 883/2004, de 29 de abril. De entrada parece que estos Reglamentos no serían de aplicación por cuanto como su propio título indica se están refiriendo a la Seguridad Social, mientras que la LAPSD y la LCSS están dentro de la materia "Servicios Sociales" o "Asistencia Social". No obstante, la jurisprudencia del TJCEE ha venido considerando en sentido amplio los conceptos de "Seguridad Social" y de "Asistencia Social", de forma que ha extendido la aplicación del Derecho de la UE a toda prestación que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida y que entre dentro de los riesgos enumerados en el art. 4.1 del Reglamento 1408/71.²⁶ Además, el TJCEE ha señalado en diversos casos que las prestaciones de dependencia habían de incluirse dentro del "seguro por enfermedad" que entra dentro del ámbito de protección del Reglamento.²⁷

En el Reglamento 1408/71 se reconoce explícitamente el derecho a estas prestaciones a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que residan en un territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente (art. 19). Debe advertirse que cuando el TJCEE ha tenido que aplicar la mencionada normativa ha señalado con rotundidad en diversas sentencias que "el artículo 19 de dicho Reglamento, cuyo objeto consiste, precisamente, en garantizar al trabajador y a los miembros de la familia que residen en un Estado miembro distinto del Estado competente la concesión de las prestaciones de enfermedad previstas por la legislación aplicable, siempre que los miembros de la familia no tengan derecho a esas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en cuyo territorio residen". [...] "El artículo 19, apartado 2, del Reglamento núm. 1408/71 tiene por objeto, en particular, que la concesión de las prestaciones por enfermedad no estén supeditadas a la residencia de los miembros de la familia del trabaja-

25. Vid. J. L. Monereo Pérez; C. Molina Navarrete; M. N. Moreno Vida; J. A. Maldonado Molina; R. M. González de Patto: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia... op. cit.*, pp. 174-175 en el epígrafe titulado precisamente "El requisito de residencia y su dudosa compatibilidad con el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea".

26. Vid. STJCEE de 27 de marzo de 1985 (C-249/83, Hoeckx); STJCEE de 20 de junio de 1991 (C-356/89, Newton); STJCEE de 16 de julio de 1992 (C-78/91).

27. Vid. STJCEE de 5 de marzo de 1998 (C-160/96, Molenaar), STJCEE de 8 de marzo de 2001 (C-215/99, F. Jauch) y STJCEE de 21 de febrero de 2006 (C-286/03, S. Hosse v. Land Salzburg).

dor en el Estado miembro competente, *para no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación*" [...] "sería contrario al artículo 19, apartado 2, del Reglamento núm. 1408/71, privar a la hija de un trabajador del beneficio de una prestación a la que tendría derecho si residiese en el Estado competente".

En este sentido, a la vista de lo que dispone el Reglamento y de su interpretación por la jurisprudencia del TJCEE queda claro que el beneficiario gozará de las prestaciones previstas en la legislación del Estado donde tenga su residencia, siendo claramente cuestionable o dudoso que la legislación de los Estados miembros puedan establecer limitaciones al respecto. A ello debe añadirse el concepto expansivo de ciudadanía europea, que ha permitido al TJCEE extender la protección social derivada del Derecho de la UE no solamente a los trabajadores y a sus familias sino también a los ciudadanos extranjeros en general, incluso si no están en situación activa, como es el caso de los estudiantes o jubilados.

Por consiguiente, a mi juicio, la aplicación automática a los ciudadanos comunitarios de un plazo de residencia de cinco años de los cuales dos han de ser previos puede ser contrario a la libre circulación de personas que, como derecho fundamental, proclama el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas.

4. Contenido y efectividad del derecho subjetivo

En la LCSS encontramos una tipología de derechos relativos a los servicios sociales. En efecto, a lo largo del articulado, encontramos el derecho de acceso (art. 9), el derecho a la información (art. 10), los derechos de los niños y adolescentes (art. 11) y otros derechos específicos de los usuarios de servicios residenciales y diurno (art. 12).

Estos derechos presentan una diversa estructura, así como un diverso grado de efectividad y exigencia. La doctrina distingue tradicionalmente por un lado entre un derecho de acceso al servicio, que comprende las facultades de admisión al servicio y obtención de una determinada prestación, y por otro lado los derechos que le corresponden al ciudadano como usuario ya admitido en el servicio. Se señala que la posición del ciudadano está mucho más reforzada una vez el mismo es admitido en el servicio. No obstante, algunos autores

han señalado que el reconocimiento legislativo de derechos subjetivos de prestación comporta en algunos casos el debilitamiento en la distinción entre admisión y prestación del servicio.²⁸

En este punto quizás sea oportuno acudir a la noción de interés legítimo,²⁹ en cuanto define la posición del ciudadano respecto al acceso a los servicios sociales. Existe, por tanto un interés legítimo que comporta la obligación de la Administración de dar una respuesta motivada en relación a las necesidades que, como mandato, establece la legislación de servicios sociales. Esta respuesta motivada o su ausencia podría ser un importante elemento de control de la discrecionalidad de la Administración en aquellos casos en los que no podamos hablar de derechos subjetivos exigibles.

La posición jurídica del usuario en el ámbito de los servicios públicos se ha querido estudiar a través de la teoría de las relaciones especiales de sujeción. Con esta teoría se viene a justificar un sometimiento más intenso a lo que disponga la organización administrativa que el resto de los ciudadanos. Ello tiene dos consecuencias jurídicas fundamentales: a) una cierta relación del principio de legalidad y b) una especial intensidad en el poder de ordenación y control de la Administración sobre esta actividad. Cabe señalar que frente a una aplicación extensiva de esta teoría para definir múltiples situaciones jurídicas, la doctrina ha realizado un esfuerzo de delimitación y sistematización del ámbito propio de las relaciones especiales de sujeción.³⁰

28. Vid. Míguez Macho, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, p. 174.

29. En esta línea vid. Tornos Mas, J.: "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público" en *QDL Cuadernos de Derecho Local* 6, octubre 2004, p. 9.

30. De acuerdo con M. López Benítez las relaciones especiales de sujeción deben reconducirse a aquellas "relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación". Vid. de este autor: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Civitas, Madrid, 1994; pp. 161-162. Las relaciones especiales de sujeción han sido objeto de una delimitación por la doctrina. En este sentido vid. García Macho, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992; Lasagabaster Herrarte, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Por lo que se refiere al ámbito de los servicios públicos, la doctrina ha señalado que por el hecho de convertirse en usuario de un servicio público, ello no conlleva necesariamente la existencia de una relación especial de sujeción, pese a lo que ha venido señalando de forma reiterada la jurisprudencia. A juicio de algunos autores esta relación especial se daría únicamente cuando la prestación de un servicio público exige el internamiento continuado del usuario en un establecimiento público.³¹ En el ámbito de las prestaciones materiales relativas a la dependencia podemos encontrar los servicios de centro de día y de noche, así como el servicio de atención residencial. Cabe señalar que en ambos casos se trata de una atención continuada, si bien en alguno de los casos la prestación se realiza en período diurno o nocturno. Por tanto, puede considerarse que en estos casos se da claramente una situación que la doctrina, de forma mayoritaria, viene encajando dentro de las relaciones especiales de sujeción.

El hecho que la Administración tenga unas potestades más intensas, en cuanto se reserva un amplio margen para la regulación reglamentaria y ordenación del servicio, no significa que los derechos de los usuarios puedan quedar mermados o disminuidos. Precisamente, la Ley debe asegurar las condiciones mínimas para el ejercicio de los mismos, y la remisión a la normativa reglamentaria es precisamente para establecer las condiciones de su efectividad.

La LCSS define el contenido del derecho de acceso [art. 9.2 LCSS]. En realidad se trata de las posibilidades de acción que están a disposición del titular del derecho y que suelen designarse con el nombre de facultades. Entre estas facultades encontramos: el disponer de un plan de atención social individual, familiar o convivencial; el recibir servicios de calidad y conocer estándares aplicables; el recibir de manera

31. En este sentido M. López Benítez señala que "existen establecimientos que siguen imponiendo determinados comportamientos estructurales que chocan con las pautas de conducta vigentes en el mundo exterior. Sólo en las relaciones que se entablan en estos establecimientos o servicios públicos, creemos aplicable la doctrina de las relaciones especiales de sujeción". *Vid.* de este autor *Naturaleza y presupuestos constitucionales... op. cit.*, p. 283. En el ámbito concreto de los servicios sociales respecto a los ciudadanos que ingresan en un centro público y que adquieren la cualidad de usuario del mismo, J. L. Beltrán Aguirre señala: "El intenso sometimiento a la "Ley" del servicio hace que surja una relación de sujeción especial frente a la Administración titular del servicio. De ahí la conveniencia de que estén debidamente prefijados normativamente sus derechos y deberes como usuario". *Vid.* de este autor "Los servicios sociales" en *RVAP* 57, 2000, p. 138.

continuada los servicios sociales mientras exista una situación de necesidad; el recibir una atención urgente o prioritaria en los casos que no puedan esperar el turno ordinario; la asignación profesional de referencia; el renunciar a las prestaciones y servicios concedidos; el decidir si quieren recibir un servicio social, y la confidencialidad de los datos.

Cabe preguntarse si algunas de estas facultades podrían ser directamente exigibles. Concretamente, a mi juicio, ello podría ser respecto a disponer de un plan de atención social, individual, familiar o convivencial, así como la asignación de un profesional de referencia. En cambio, en otro plano se sitúan otras facultades como el recibir las prestaciones concretas del servicio.

Las facultades que integran el derecho subjetivo garantizan también la posibilidad de ejercitar una serie de pretensiones que tienen por finalidad la intervención de otros sujetos en su proceso de realización. Esta intervención puede consistir en el cumplimiento de las obligaciones (positivas o negativas) que forman parte de la estructura del derecho o en la adopción de medidas jurídicas de protección.

Es precisamente en el ámbito de los servicios públicos municipales obligatorios donde se ha planteado con toda su crudeza esta cuestión, que ha sido estudiada, en la doctrina española, por T. Quintana López.³² Los tribunales han venido distinguiendo entre el derecho del vecino a exigir el establecimiento de un servicio público cuando éste constituya una obligación municipal propia de carácter obligatorio de aquel otro supuesto en el que la petición ya opera sobre un servicio público que ya está en funcionamiento. Respecto a esta última suele admitirse más la posibilidad de realizar el control jurisdiccional, mientras que para el supuesto de la creación resulta más discutido.³³

32. Vid. T. Quintana López: *El derecho de los vecinos a la prestación y el establecimiento de los servicios públicos municipales*, Ed. Civitas, Madrid, 1987. También vid. I. Agirreazkuenaga Zigorraga: "Inactividad en la prestación de servicios públicos y control jurisdiccional" en *RVAP* 57, 2000, pp. 141-158.

33. En sentido restrictivo a estimar las pretensiones de los recurrentes vid. la STS de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9182), que resolvió un recurso interpuesto por don Perfectino G. A. contra resolución del Ayuntamiento de Tabara que denegaba su petición de que se encauzaran a la red municipal de desagüe las aguas procedentes del lavadero municipal. Los fundamentos en que el TS basa su decisión son los siguientes: "Pues desde luego, dejando aparte que en general los entes locales están obligados a velar por la salubridad pública de acuerdo con la legislación de régimen local, no puede entenderse que las

Si bien es necesario reconocer un ámbito de discrecionalidad respecto a la iniciativa en la creación de servicios públicos, es también oportuno instrumentar los mecanismos de tutela judicial oportunos para hacer efectivo el derecho de los vecinos a los servicios públicos obligatorios.³⁴ Ello no supone desconocer las dificultades para la realiza-

potestades que otorga el Reglamento se refieren sólo a las actividades de los particulares. Por el contrario estas potestades se otorgan para velar por el interés público en la materia, y que el Ayuntamiento es el primero que está obligado a respetarlas. De ahí se deduce que ante la situación planteada, en principio el Ayuntamiento está obligado a adoptar medidas correctoras para remediar el carácter insalubre de las aguas y los efectos de dicha insalubridad. Sin embargo, de ello no se desprende que pueda acogerse por la Sala la petición del actor en el presente recurso de apelación. Pues el Tribunal está obligado a cumplir lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Jurisdiccional, a tenor del cual el fallo ha de pronunciarse atendiendo a las alegaciones y pretensiones de las partes. En el presente recurso el actor no solicita sólo que se proteja la salubridad pública en cuanto le afecta a él directamente la insalubridad de las aguas, sino que en su petición se refiere precisamente a que éstas se deriven al colector de aguas residuales. Lo cierto es que ésta es una cuestión que el Ayuntamiento tiene que resolver como opción política local a adoptar según los medios y las iniciativas de la Corporación Municipal. Dicha Corporación está obligada desde luego a proteger la salubridad, pero no tiene por qué hacerlo precisamente desviando las aguas al colector de aguas residuales, ya que pueden existir otros medios que cumplan la finalidad aludida. Por ello, desde luego, la solicitud no era meramente graciable, ya que el Ayuntamiento tiene una obligación en Derecho, lo que apoya la consideración del Fundamento Jurídico anterior en el sentido de que el acto era impugnabile. No obstante, sin perjuicio de que el actor en este proceso pueda instar la adopción de medidas correctoras sin que se trate precisamente de las que él indique, lo cierto es que no resulta posible acoger su pretensión en los términos en que la formula en el proceso. Ello, sin embargo, conduce a que revocar la sentencia apelada, en cuanto declara la inadmisibilidad del recurso, sea obligado desestimar el presente recurso de apelación.”

34. En la STS de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994\7511) se estima sustancialmente del recurso contencioso interpuesto, y se declara la obligación del Ayuntamiento demandado de trasladar el cauce causante de los daños al lugar que corresponda, de acuerdo con las previsiones urbanísticas. Ello se realiza en base a los siguientes fundamentos: “La Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establece –en el artículo 25, apartados h) y l)– como competencias de los Municipios, las de salubridad pública y servicio de alcantarillado, considerándose esta última en el artículo siguiente como competencia obligatoria. Por su parte, el artículo 18.g) reconoce el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio. En el presente caso, se pretende la adecuada instalación del referido servicio para poner término a la situación actual, causante de constantes molestias a las Comunidades recurrentes y, sobre todo, de los daños ahora reclamados, según se desprende de las actuaciones; situación, por otra parte, perfectamente conocida por el Ayuntamiento demandado, y a la que pretendió poner fin mediante la aprobación de un Proyecto de Urbanización, realizado en el año 1973 por el Ingeniero don Ignacio A. C.-J., que, sin embargo, no ha sido íntegramente ejecutado. Sorprende por ello, la resistencia del Ayuntamiento a asumir la petición deducida, cuando se trata de una competencia obligatoria, que debería ser el primer interesado en satisfacer.”

ción de dicho control, pero resulta imprescindible utilizar los mecanismos de control de la discrecionalidad para hacer efectivo el derecho a la prestación. A ello no es obstáculo como ha señalado la doctrina la inexistencia de créditos presupuestarios, pues de los mismos no se deriva la existencia de la obligación sino que éstos son consecuencia de dicha obligación. Tal vez en este punto respecto al control jurisdiccional de la discrecionalidad en el *cuando* sea conveniente acudir a la experiencia que sobre el control jurisdiccional se lleva a cabo en otros países, como es el Derecho norteamericano donde el derecho de acceso a los documentos y a la información necesaria constituye un mecanismo importante para saber cuáles son los criterios para la fijación de prioridades a la hora de llevar a cabo las actuaciones previstas por la norma y la valoración o ponderación que de los mismos realiza la Administración pública. Por tanto, se deben potenciar las sentencias de condena a obtener dicha información.³⁵ La ausencia de una justificación razonada en base a criterios o parámetros objetivos de la falta de prioridad respecto a otras actividades de la realización de una determinada actuación material, en que se ponderen adecuadamente intereses públicos y privados en presencia, debe traducirse en la imposición de la realización inmediata de dicha conducta. Por tanto, en estos casos, ante la presencia de un mandato legal a la Administración para realizar una determinada actividad, debe invertirse la carga de acreditar la existencia de criterios que deban posponer su realización. En estos casos, el órgano jurisdiccional debería imponer la conducta, salvo que se apreciara "una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará de forma circunstanciada".

En el ámbito de la protección social podemos advertir, de entrada, la gran amplitud y heterogeneidad de las prestaciones. La distinción básica o fundamental es entre prestaciones de carácter económico y prestaciones materiales a las que se denomina también servicios.

35. *Vid.* la STS de 23 de junio de 1999 (RJ 1999\4278), cuyo fallo es el siguiente: "Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación "Greenpeace España", contra el acto presunto por silencio del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación a que estas actuaciones se contraen, que se anula por no ser conforme a Derecho, y en consecuencia se condena a la Administración a proporcionar a la Asociación recurrente la información solicitada en su escrito de 18 de julio de 1990, sobre la pesca marítima con redes de deriva, con todos los efectos inherentes a esta declaración. Sin expresa imposición de costas".

Inicialmente se había utilizado esta distinción como criterio de diferenciación entre la Seguridad Social y los servicios sociales o la acción social. No obstante, esta distinción no puede mantenerse en la actualidad, debido a que no responde a la realidad. En efecto, la Seguridad Social ha venido a asumir prestaciones materiales o técnicas que devienen complementarias de las prestaciones económicas.

La LCSS establece tres grandes clases o categorías de prestaciones: las económicas, las materiales o de servicio y las tecnológicas. Estas últimas vienen a ser una variante o especialidad de las materiales y se caracterizan por la incorporación de las tecnologías. Por tanto, no se limita a las prestaciones materiales o técnicas sino también incluye las de carácter meramente económico. Con todo, la doctrina administrativista se centra fundamentalmente en el examen de las de carácter material debido a que éstas son las que quedan comprendidas dentro del ámbito material del servicio público.³⁶

Otra nota muy relevante es la naturaleza esencialmente dinámica o evolutiva de las prestaciones. Se ha hablado de esta forma en un ámbito análogo de una "cláusula de progreso" o de una progresión implícita en la acción social.³⁷ En este sentido, podemos ver, por ejemplo, como se han incorporado las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios para atender situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento (videovigilancia). Probablemente estas tecnologías puedan aplicarse también a otro tipo de prestaciones como la misma asistencia a domicilio o las de carácter residencial. Asimismo, los programas que tienden a promover la autonomía personal también pueden ir en esta dirección de constante adaptación a aquellas medidas que permitan conseguir dicho objetivo.

36. En este sentido J. Tornos Mas señala que "centramos nuestra atención en las prestaciones denominadas técnicas o de servicio, ya que son éstas las que requieren un aparato organizativo prestacional y pueden identificarse con la noción tradicional de servicio público. Si bien la actividad consistente en otorgar prestaciones dinerarias también puede formar parte de la asistencia social, no nos referimos a esta temática, ya que entendemos que esta actividad prestacional no formará parte del concepto de servicio público". *Vid.* de este autor "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público" en *QDL Cuadernos de Derecho Local* 6, octubre 2004, pp. 8-9.

37. *Vid.* J. M. Pemán Gavín: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 51.

Cabe destacar que otra nota muy relevante de estas prestaciones es que inciden sobre un ámbito de la persona especialmente sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales. La persona que pierde o disminuye su autonomía personal está en una situación de mayor vulnerabilidad y, por tanto, requiere una protección en la que se asegure los derechos inherentes a su libertad y dignidad personal.

También debe resaltarse como nota que caracteriza a este tipo de prestaciones la relevancia de los elementos humanos y materiales para la realización efectiva de las prestaciones materiales o servicios. A diferencia de las prestaciones de carácter meramente económico, que no presentan especiales problemas de organización, en cambio las prestaciones materiales o técnicas requieren centros, servicios y establecimientos con un alto nivel de especialización y con una inversión económica importante.³⁸ En este tipo de prestaciones, resulta por ejemplo relevante una adecuada formación y especialización del personal que se dedica a atender a estas personas. Frente a los prestadores informales, la LCSS se orienta a la profesionalización de los cuidadores. También resulta relevante los medios materiales existentes tanto aquellos que permitan atender a las personas en centros de día o de noche, o de carácter residencial, como también los medios que ayudan a facilitar la adaptación del entorno a sus necesidades específicas. Una figura a destacar que introduce la LCSS es el “profesional de referencia” (art. 26.3 y 43) con la intención de traslación del sistema sanitario al ámbito de los servicios sociales, una figura similar a la del “médico de cabecera”. Ello permite establecer una vinculación más estrecha entre el usuario y el gestor o prestador del servicio público para detectar y atender con mayor precisión las necesidades del usuario.

La colaboración del reglamento con la Ley resulta necesaria para la determinación del contenido de las prestaciones a que se obliga la Administración pública. Como se ha señalado, “el Estado social de derecho impone una legitimidad no exclusivamente legal o jurídica, sino también de resultados. La ley, o en sentido más amplio, el ordenamiento, no agota toda la legitimación de la actividad Administrativa”.³⁹

38. Vid. J. L. Bertrán Aguirre: “Los servicios sociales” en RVAP 57, mayo-agosto 2000, p. 124.

39. Vid. J. Tornos Mas: “El principio de legalidad en la doctrina jurídica española” en *Diritto pubblico* 1, 1995, p. 89.

La LCSS no regula las prestaciones del Sistema en todos sus aspectos, pero lo que si realiza es establecer unas reglas sobre el contenido de las mismas que establezcan el cauce procedimental para determinar su alcance y los niveles de calidad de las mismas. Cabe señalar que no se trata tan solo de proclamar el derecho subjetivo de ciudadanía a los servicios sociales, sino de explicitar y clarificar las concretas prestaciones que quedan genéricamente reconocidas.⁴⁰

Habitualmente se ha venido considerando como un ámbito propio del reglamento independiente, las denominadas normas técnicas. Cabe señalar, no obstante, la existencia de reservas de ley que afectan al ámbito que aquí se está tratando.

Ante el “déficit de concreción” de la ley,⁴¹ recae sobre las normas de carácter reglamentario el peso de la determinación del quantum prestacional. Una vez éstas hayan quedado perfectamente delimitadas la posición jurídica del usuario del servicio queda plenamente reforzada y es perfectamente exigible en la vía administrativa y jurisdiccional. En cualquier caso, el mandato establecido por la Ley tiene obviamente consecuencias jurídicas. Si las normas del bloque de constitucionalidad como son los principios rectores no tienen un carácter meramente programático sino vinculante, tal y como ha resaltado la doctrina, también lo tiene la ley. Esto nos sitúa en el fenómeno de la inactividad reglamentaria.

La figuras del “catálogo de prestaciones” y “cartera de servicios” tienen una amplia tradición el ámbito sanitario.⁴² En este sentido, pue-

40. Vid. J. M. Pemán Gavín: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 34.

41. La expresión la tomo de E. Malaret i Garcia: “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto” en *RAP* 145, enero-abril 1998, p. 67 quien cita al respecto a A. S. Meschieriakoff: *Droit des services publics*, París, 1991, p. 136.

42. Vid. J. M. Pemán Gavín: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 83-91 y 235-239. Más específicamente vid. F. A. González Díaz: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 58 y ss.; J. Vida Fernández: “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios” en L. Parejo Alfonso; A. Palomar; M. Vaquer Caballería (Ed.): *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 37 y ss. También vid. J. L. Beltrán Aguirre: “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos” en *RDyS* vol. 2, 1994, 2; J. L.

de traerse a colación la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud.⁴³ En esta Ley se pretende fijar la estructura y el contenido básico del sistema público de asistencia sanitaria, a través de la fijación de un catálogo, en el que se remita a las normas reglamentarias para la concreción del mismo y que se concreta a través de la denominada "cartera de servicios". El catálogo está constituido por "los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos y rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud". Por su parte, la "cartera de servicios" tiene como se ha señalado un carácter instrumental respecto al "catálogo de prestaciones". Esta cartera se configura como "el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y la experimentación científica".

La LCSS establece la cartera de servicios sociales como el instrumento que determina el conjunto de prestaciones (arts. 24 a 26). En esta cartera debe incluirse todas las prestaciones de servicios, económicas y tecnológicas. También ha de definir cada tipo de prestación, la población a la que va destinada, el establecimiento o equipo profesional, los perfiles.

La LCSS fija el procedimiento de elaboración y de aprobación de la cartera de servicios. Debe destacarse que se aprueba como Decreto. Ello lleva a plantear el carácter de norma reglamentaria

Villar Palasí: "Prestaciones sanitarias: catálogos. Problemas de su configuración normativa" en AA. VV.: *La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995; M. Alarcón Caracuel: "La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos" en AA. VV.: *Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios*, Ed. Gobierno Vasco, Vitoria, 1996; M. Rebollo Puig: "Sanidad" en S. Muñoz Machado; J. L. García Delgado; L. González Seara: *Las estructuras del Estado del Bienestar: Derecho, economía y sociedad en España*, Ed. Escuela Libre – Civitas, Madrid, 1997.

43. Esta Ley ha sido un punto de referencia para una reforma de los servicios sociales. En este sentido se ha señalado: "De la misma manera que tenemos una Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (2003), que define el ámbito de actuación socio-sanitaria y que concreta un catálogo de prestaciones mínimas de la atención socio-sanitaria en su vertiente sanitaria, también sería necesario dotarse de una Ley de servicios sociales de alcance estatal que definiera el marco de actuación de los servicios sociales, estableciera un catálogo de servicios y declarara como un derecho ciudadano el acceso a los servicios mencionados, superando así el restrictivo marco asistencial en materia de servicios sociales" *Vid. Polítiques locals per a un envelliment actiu*, Ed. Diputació de Barcelona, Barcelona, 2005, p. 80.

de la cartera de servicios. En efecto, puede considerarse a la cartera como una norma reglamentaria y no un mero acto de aplicación no solo por el carácter general con que se aplican dichas prestaciones sino esencialmente por cuanto la previsión de dichas prestaciones no se agota en un caso concreto y son susceptibles de ser aplicadas indefinidamente en una multiplicidad de supuestos. En este sentido, las prestaciones se incorporan directamente al ordenamiento jurídico siendo desde ese momento las prestaciones garantizadas directamente exigibles de acuerdo con las previsiones establecidas por la LCSS (art. 24.4). Para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones se establece una vinculación de las prestaciones con las leyes de presupuestos. No obstante este "automandato" que el propio legislador autonómico realiza quedará en definitiva en manos del propio Parlamento ya que, si la Ley de presupuestos no estableciera dicha vinculación, difícilmente ésta podría ser exigida.

Durante el proceso de elaboración de este artículo se ha aprobado el Decreto 151/2008, de 29 de julio, por el cual se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2008-2009. La Cartera de Servicios Sociales supone un primer intento serio de concretar las prestaciones a que tienen derecho los ciudadanos en el ámbito de los servicios sociales. Estamos ante una primera experiencia que hará falta ir perfeccionando. Se trata de una norma de carácter provisional, para el período 2008-2009. En esta norma reglamentaria se distingue entre prestaciones garantizadas (derechos subjetivos) y no garantizadas (de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias y atendiendo a los principios de prelación y de concurrencia). Aquellas prestaciones garantizadas al configurarse como prestaciones concretas que se configuran como derechos subjetivos pueden ser exigibles mediante el recurso contra la inactividad de la Administración previsto en el art. 29 de la LJCA. En cambio, las no garantizadas no podrán ser exigibles a través de esta vía procesal. Cabe también señalar que uno de los problemas que plantea esta Cartera es la clara indefinición en determinados aspectos como las ratios de profesionales y los estándares de calidad. Así, en determinados casos, se recurre a formulaciones genéricas como que "se dispondrá de profesionales suficientes en número y perfil para la prestación del servicio" o bien en relación a los estándares de calidad que serán "los que establezca el Plan de calidad previsto en la Ley de servicios sociales para esta prestación".

5. Organización e igualdad de derechos

El EAC 2006 establece su organización territorial básica en veguerías y municipios. También prevé la existencia de la comarca como ente local con personalidad jurídica propia. Por lo tanto, hay un mandato estatutario de adaptación a la nueva organización territorial, aunque todavía hace falta concretar el nuevo modelo a través de la ley de organización territorial de Catalunya.

La distinción entre servicios sociales básicos y especializados se traduce en áreas básicas y áreas territoriales de prestación de servicios sociales especializados. Con respecto a los servicios sociales básicos, el área estará formada por aquellos municipios de 20.000 habitantes o de agrupaciones de municipios de menos de esta población. En este último caso, si los municipios no establecen una fórmula asociativa a través de la mancomunidad es la comarca quien asume este servicio. Con respecto a los servicios sociales especializados en los municipios o comarcas de más de 50.000 habitantes se puede constituir una demarcación territorial que pueden gestionar por delegación de la Generalitat.

Hace falta decir que el EAC garantiza, en cualquier caso, unas competencias de los municipios como son: el art. 84.m) cuando establece que la Regulación “y prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida a los inmigrantes” y el art. 84.c) cuando incluye también la “Ordenación y prestación de servicios básicos a la comunidad”.

La legislación de régimen local y sectorial configura una cláusula general de presunción de competencia a favor de los entes locales. La integración social de la población puede situarse dentro de los intereses propios, para la gestión de los cuales el municipio, de acuerdo con la cláusula general del arte. 25.1 de la LBRL, “puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. Por lo que se refiere al ámbito de los servicios sociales, se atribuyen a los entes locales los de carácter básico en los cuales encuentran un papel central los servicios de atención domiciliaria.

La nueva regulación que se incorpora en el bloque de la constitucionalidad a través de la reforma de los EE.AA., establece como com-

petencias locales la Ordenación y prestación servicios básicos a la comunidad, así como la Regulación y prestación de servicios sociales básicos de asistencia primaria.

Las competencias municipios en la LCSS se enumeran en un listado que comprende los siguientes aspectos: a) estudiar y detectar necesidades sociales; b) crear y gestionar servicios sociales necesarios; c) elaborar planes de actuación local; d) establecer centros y servicios; e) cumplir las funciones propias servicios sociales básicos; f) promover creación centros y servicios correspondientes; g) colaborar en la inspección y control; h) participación elaboración planos y programas; y) coordinar servicios locales.

El examen de este listado de materias revela que el papel de los entes locales se limita a la mera gestión y aplicación de la normativa autonómica. Esto, a mi parecer, puede comportar un condicionamiento competencias locales de ordenación y regulación (establecimiento de políticas propias). Este tipo de condicionamiento puede plantea dudas desde la regulación actual del bloque de la constitucionalidad.

La efectividad de los derechos de los ciudadanos europeos pasa por un adecuado funcionamiento de las instituciones. El Estado español es un Estado compuesto con un alto grado de descentralización. En el ámbito específico de los servicios sociales se trata de una competencia que corresponde fundamentalmente a las Administraciones autonómicas y locales, sin perjuicio de que el Estado intervenga en este ámbito para fijar las condiciones mínimas del ejercicio de derechos en todo el territorio español (art. 149.1.1 de la CE).

La concepción de los servicios sociales como un sistema comporta la necesidad de una adecuada colaboración interadministrativa que incluye la suscripción de convenios y la creación de consorcios. En este sentido, se establecen tres mandatos a la Generalitat: 1) impulsar la creación de órganos de colaboración interadministrativa, 2) fomentar las fórmulas asociativas (mancomunidades), y 3) establecer convenios cuadrianales de coordinación y cooperación interadministrativas con los entes locales supramunicipales, las comarcas y los municipios.

Respeto a las mancomunidades pueden sustituir a las comarcas en la prestación de los servicios básicos. Respeto a los servicios espe-

cializados también hace falta destacar la posibilidad de establecer consorcios entre la Generalitat y los entes locales.

Mientras no se despliegue todo el modelo territorial, la colaboración de los entes locales con otras Administraciones públicas en la gestión de los servicios sociales se ha venido canalizando a través de la Administración autonómica (Generalitat de Catalunya) y a través de los entes intermedios (Diputaciones y Consejos Comarcales).

6. Regulación y gestión: público y privado

La LCSS viene a configurar un sistema de responsabilidad pública en que la Administración ocupa una posición de centralidad. Ahora bien, ello no excluye la participación del sector privado. Por lo que se refiere a la gestión de las prestaciones materiales se posibilita la intervención de los particulares que la legislación autonómica articula habitualmente a través de fórmulas consorciales, relevándose las demás formas de gestión indirecta no tan adecuadas dadas las características de la actividad de atención a las personas. En cualquier caso, la trascendencia económica servicios relativos al bienestar y calidad de vida evidencia la relevancia del sector privado en creación puestos de trabajo.

Desde estas coordenadas, se plantea el reto de integrar adecuadamente al sector privado, de forma que permita dinamizar un sector creando puestos de trabajo al mismo tiempo que ello se realice en las adecuadas condiciones de igualdad y que la prestación que reciban los usuarios del sistema tenga las suficientes garantías de calidad.

Entre los instrumentos de garantía que de los derechos y protección de los usuarios establece la Ley encontramos, por una parte, un control preventivo que se llevaría a cabo a través de las figuras de la acreditación y la autorización, y por otra parte, unas medidas de control y seguimiento durante la prestación del servicio, que fundamentalmente se aplicarían a través de la figura de la inspección y de la aplicación, si procede, de medidas de carácter sancionador.

La acreditación comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública. Se pretende, en definitiva, configurar esta medida como una forma de gestión de servicio. En este sentido las entida-

des acreditadas pasan a formar parte de la Red. Hace falta decir que, junto con la acreditación el convenio, es el instrumento el que fija las condiciones entre la entidad y la Administración. La LCSS realiza una remisión reglamentaria a la regulación de las condiciones, si bien se establecen una serie de criterios: garantizar unos niveles mínimos comunes en las prestaciones, condiciones laborales, protocolos de actuación comunes.

La acreditación es una medida típica de policía administrativa que encaja difícilmente en los modos de gestión de los servicios públicos. Tanto o más importante que la aplicación de financiación pública son los criterios y condiciones que a cambio de ésta puede imponer la Administración responsable del servicio a las empresas acreditadas. La crítica que puede formularse a la LCSS es la imprecisión en la terminología utilizada que para referirse a la figura clásica del consorcio utiliza la expresión "acreditación"; expresión que poco o nada aporta al régimen jurídico que pretende definir, introduciendo, a lo sumo, confusión en la delimitación de las diversas categorías.

El otro mecanismo de control preventivo como mecanismo de garantía y protección de los usuarios es la autorización para crear y gestionar centros. La autorización tiene como finalidad esencial garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad y los estándares mínimos en función de las actividades cumplidas. A través de esta medida se puede realizar la fijación cualitativa del servicio a prestar: contenido material de la prestación que recibirá el usuario del servicio. La autorización debe garantizar el nivel o calidad estándar del servicio con tal de garantizar la posición del usuario. Se trata, en definitiva, de una autorización operativa, de funcionamiento, con ciertos componentes de discrecionalidad y de carácter personal. En la LCSS solamente se hace referencia al carácter de la autorización de funcionamiento (arte. 73.1). El hecho de que sea de funcionamiento implica que no tiene solamente una función de carácter preventivo sino que establece un vínculo permanente entre la Administración y la empresa autorizada que permite un seguimiento del cumplimiento de los requisitos establecidos en la autorización y, por lo tanto, la revocación de la licencia en los casos legalmente establecidos (art. 73.2).

Aparte de los mecanismos de control preventivo, la garantía de los derechos y protección de los usuarios en los servicios básicos y es-

pecializados se produce a través de la inspección administrativa. En este punto, la LCSS se remite a la legislación específica en materia de inspección: Ley 16/1996, de 27 de noviembre. En este sentido, hace falta destacar que, a diferencia de otros sectores dónde normalmente hay déficit normativo al regular la función inspectora, aquí encontramos una regulación específica y detallada.

Lo que sí que querría destacar en este momento es que la función inspectora acostumbra a estar asociada con el aparato represor de la Administración y es la encargada de impulsar los procedimientos sancionadores. Hace falta decir, pero, que entre las funciones de la inspección está la de garantizar los derechos de los usuarios del servicio. Para asegurar el correcto funcionamiento de la tarea inspectora en el régimen sancionador, no solamente se prevé la clásica conducta de la obstrucción a la inspección, sino, por ejemplo, la prevista como grave en el art. 98.f) de la LCSS como es la de “ejercer cualquier forma de presión sobre los usuarios, familiares o denunciantes con el fin de perjudicar la acción inspectora”. La inspección deviene, por tanto, una pieza fundamental para asegurar el correcto funcionamiento del sistema y de la red de servicios sociales que permite garantizar los derechos de los usuarios que acostumbran a estar en una situación de mayor fragilidad y vulnerabilidad frente a los prestadores o gestores del servicio, que no solamente provienen del sector público sino también del ámbito privado.

7. Conclusiones

Como las conclusiones más relevantes de este trabajo de investigación puedo señalar las siguientes:

La necesaria incorporación de un catálogo de derechos y deberes en los Estatutos de autonomía permite la actualización de los mandatos constitucionales a través de su incorporación en el bloque de la constitucionalidad para su adaptación a nuevas necesidades sociales. Sin embargo, la jurisprudencia del TC limita, desde una doctrina discutible, el papel de estos derechos a mandatos o principios rectores. Ello no supone que carezcan de eficacia jurídica sino que constituyen un importante parámetro de control de las leyes autonómicas. En esta línea la gratuidad de los servicios que el legislador declara como básicos supone una importante vinculación que el EAC ha es-

tablecido con el Parlamento autonómico y que cuestiona seriamente la financiación de estos servicios básicos a través de la fórmula del copago.

Se constata una tendencia tanto de la legislación estatal como autonómica hacia la universalización de los servicios sociales. Esta universalización supone una superación de la visión meramente asistencialista que ha predominado hasta ahora para extender la protección social a amplios sectores de la población española. La efectividad de esta universalización pasará porque realmente las prestaciones que prevé lleguen a la población en general. En cualquier caso, los límites al acceso a estas prestaciones deben interpretarse de forma restrictiva.

En este sentido, el concepto de ciudadanía europea como estatus de derechos y obligaciones con contenido social cuestiona la aplicación automática de un período de residencia de cinco años, dos de los cuales sean inmediatamente anteriores, para acceder a los servicios sociales de atención a las personas en situación de dependencia. Se constata una posible contradicción entre los requisitos de la LAPSD y el Derecho comunitario.

La LCSS configura el empadronamiento como mecanismo de acceso a los servicios sociales. Ello tiene su justificación en que el Ayuntamiento recibe parte de sus recursos, entre otros medios de financiación, en base a las personas que están inscritas en el padrón. También en que la exigencia de este requisito permite tener al día el padrón municipal al mismo tiempo que es un mecanismo que permite que la gente sea consciente de la importancia de estar empadronada y de que ha de tener en regla todos los "papeles" para acceder a las prestaciones sociales. Sin embargo, ello puede producir ciertas distorsiones en cuanto algunos grupos de población pueden no solicitar la inscripción en el padrón por temor a perder las prestaciones de sus países de origen, de forma que llegan a ser "invisibles" para la Administración municipal.

La efectividad del derecho está condicionada a la concreción reglamentaria del catálogo de servicios, que se prevé en los anexos de la LCSS, a través de la denominada cartera de servicios. La ausencia de concreción plantea la insuficiencia de mecanismos jurisdiccionales para garantizar la efectividad del derecho. Debe, por tanto, poten-

ciarse las pretensiones de condena de las Administraciones dirigidas a obtener la concreción de las prestaciones.

La LCSS parte del principio de descentralización como uno de los ejes fundamentales en los que los servicios sociales básicos son atribuidos a los entes locales y se posibilita incluso una cierta participación en los servicios sociales especializados. Sin embargo, la limitación de las competencias de los entes locales a la mera gestión implica un riesgo de contradicción con el bloque de constitucionalidad por cuanto éste asegura la ordenación y prestación de servicios básicos a la comunidad, así como la regulación y prestación de servicios sociales básicos de asistencia primaria.

La posición de centralidad de las Administraciones en el sistema no excluye la participación privada en determinados aspectos de la gestión. Cobra relevancia, en este aspecto, la distinción entre regulación y gestión, reservándose la Administración pública cuestiones relevantes para asegurar la calidad de las prestaciones que garantizan los nuevos derechos de ciudadanía. En cualquier caso, la trascendencia económica de los servicios relativos al bienestar y calidad de vida de los ciudadanos pone de relieve, la posible colaboración del sector privado. En este ámbito cobran especial relevancia los mecanismos administrativos de control ,ya sean de carácter preventivo a través de las fórmulas de la acreditación y de la autorización, ya sea durante la realización de las prestaciones a través de la inspección y de la sanción administrativa.

En definitiva, la LCSS ofrece, a todos los efectos, un marco que permitirá establecer los fundamentos de unos servicios sociales en Catalunya que se adapten a las nuevas necesidades de la sociedad de inicios del siglo XXI. De entrada puede valorarse positivamente, como una herramienta que hará falta complementar con un despliegue reglamentario adecuado en que los derechos y la posición jurídica de los usuarios. Con todo, se detectan ciertas imprecisiones en la utilización de ciertas categorías jurídicas, que no tienen carácter prescriptivo y que no contribuyen a clarificar el régimen jurídico aplicable, especialmente en los aspectos de organización y de prestación de los servicios sociales.

RESUMEN

La Ley 12/2007, de 11 de octubre, establece el nuevo marco de los servicios sociales en Cataluña y tiende a una universalización del sistema con la pretensión de superar una visión meramente asistencialista. Se ha aprobado dentro de los nuevos parámetros estatutarios, que determinan claramente la existencia de los derechos relativos a los servicios sociales y se acompañan de una serie de principios rectores. Si bien la naturaleza y el alcance de estos derechos estatutarios han sido desdibujados por la jurisprudencia constitucional, el Estatuto vincula en aspectos como el mandato de gratuidad de los servicios que el legislador declara como básicos, cuestionando la fórmula del copago. En este artículo se analizan, además, los principios y el contenido del nuevo sistema de servicios sociales, los derechos prestaciones de los ciudadanos dentro de este y, finalmente, los niveles que estructuran los servicios sociales. Con respecto al ámbito subjetivo, se analiza la articulación de los requisitos con la legislación estatal de dependencia y con la jurisprudencia del TJCE sobre la libre circulación de personas. Sobre el contenido y la efectividad de los derechos, se trata de una progresiva configuración en la que hay tres niveles diferentes de concreción que hay que articular: el estatutario, el legislativo y el reglamentario.

Palabras clave: ciudadanía; servicios sociales; asistencia social; Estado del bienestar; servicio público; dependencia; derechos estatutarios; inmigración; libre circulación de personas.

RESUM

La Llei 12/2007, d'11 d'octubre, estableix el nou marc dels serveis socials a Catalunya i tendeix a una universalització del sistema amb la pretensió de superar una visió merament assistencialista. S'ha aprovat dintre dels nous paràmetres estatutaris, els quals determinen clarament l'existència dels drets relatius als serveis socials i s'acompanyen d'una sèrie de principis rectors. Si bé la naturalesa i l'abast d'aquests drets estatutaris han estat desdibuixats per la jurisprudència constitucional, l'Estatut vincula en aspectes com el mandat de gratuïtat dels serveis que el legislador declara com a bàsics, la qual cosa qüestiona la fórmula del copagament. En aquest article s'analitzen, a més a més, els principis i el contingut del nou sistema de serveis socials, els drets prestacionals dels ciutadans dintre d'aquest i, finalment, els nivells que estructuraran els serveis socials. Pel que fa a l'àmbit subjectiu, s'analitza l'articulació dels requisits amb la legislació estatal de dependència i amb la jurisprudència del TJCE sobre la lliure circulació de persones. Sobre el contingut i l'efectivitat dels drets, es tracta d'una progressiva configuració en què hi ha tres nivells diferents de concreció que cal articular: l'estatutari, el legislatiu i el reglamentari.

Paraules clau: ciutadania; serveis socials; assistència social; Estat del benestar; servei públic; dependència; drets estatutaris; immigració; lliure circulació de persones.

ABSTRACT

Law 12/2007, of 11 October, establishes the new framework for social services in Catalonia and tends towards universalization of the system with the intention of moving beyond a vision based merely on assistance. It was passed as part of the new statutory parameters, which clearly determine the existence of rights relating to social services and are accompanied by a series of governing principles. Although the nature and scope of these statutory rights have been diluted by constitutional case law, the Statute is binding on aspects –such as free access to services– that the legislation declares to be fundamental, calling the co-payment formula into question. Furthermore, in this article the principles and contents of the new social services system, the rights of citizens to benefits under that system, and finally the bands established by the social services are analyzed. Concerning the subject of people, the coordination of requirements, along with Central Government dependency legislation and CJEC case law regarding the free movement of persons are analyzed. Regarding the content and effectiveness of the rights it is structured progressively, going into detail on three different areas: statute, legislation and regulation.

Key words: citizenship; social services; social assistance; Welfare State; public service; dependency; statutory rights; immigration; free movement of persons.

INNOVACIÓ INSTITUCIONAL I CAPACITATS DE GESTIÓ A L'ADMINISTRACIÓ AUTONÒMICA: EL CAS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Miquel Salvador

Professor lector del Departament de Ciències Polítiques i Socials
Universitat Pompeu Fabra

SUMARI: Presentació. – 1. Introducció: algunes preguntes sobre la funció pública autonòmica. – 2. Caracteritzant la institució “funció pública”. – 3. La configuració inicial de la “funció pública autonòmica”. – 4. Iniciatives innovadores en el sistema de gestió de recursos humans. a) Replantejant la lògica de llocs de treball: les anàlisis funcionals i la gestió per competències. b) L'avaluació dels recursos humans: un clàssic encara molt poc estès. – 5. Algunes reflexions finals a tall de conclusió. – Bibliografia. – *Resum-Resumen-Abstract*.

Presentació

En el context del progressiu desplegament de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC) de l'any 2006 (Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya), amb les incerteses pròpies del procés i del context en el qual s'està realitzant, sorgeixen debats al voltant de les capacitats efectives de gestió de les competències autonòmiques.

Alguns d'aquests debats inclouen a la discussió les capacitats institucionals i organitzatives de l'administració de la Generalitat de Catalunya per afrontar els nous reptes. En aquest sentit un dels elements

clau que han de determinar aquesta capacitat institucional són els i les professionals que integren l'administració autonòmica catalana.

Considerant l'important nombre d'empleats públics de l'administració autonòmica catalana (més de 157.000),¹ es planteja la qüestió sobre fins a quin punt s'han utilitzat els marges de maniobra existents per gestionar de forma innovadora i diferenciada aquests contingents de recursos humans, tenint en compte que es coneixien, per crítiques, les febleses del model vigent a l'Administració General de l'Estat.

Aquesta qüestió connecta amb el debat sobre les potencialitats de transformació del model de funció pública des del nivell autonòmic i la seva capacitat de diferenciar-se respecte del model de l'Administració General de l'Estat, atenent tant a voluntats polítiques com a condicionants derivats de la inèrcia pròpia de les organitzacions públiques, les elits administratives o els mateixos marcs institucionals que regulen el funcionament de l'àmbit.

Amb la voluntat d'aportar evidències i argumentacions a aquest debat, l'article s'inicia amb la formulació d'algunes preguntes destacades sobre la configuració i evolució de la funció pública autonòmica, en clau oberta per donar pas a la seva conceptualització des dels denominats enfocaments neoinstitucionalistes, a tall de lents conceptuals que han de permetre analitzar i destacar determinats factors que contribueixen a explicar els resultats assolits. La caracterització de la funció pública en aquests termes es realitza al següent apartat, on es destaquen diferents conceptes d'aquests enfocaments aportant arguments sobre el seu detall en el cas analitzat.

Per donar compte dels resultats assolits es planteja, en el tercer apartat, una breu referència a la configuració inicial de la denominada "funció pública autonòmica", utilitzant l'aproximació conceptual il·lustrada amb les concrecions pròpies de la realitat autonòmica.

1. Segons dades de la Secretaria de Funció Pública i Modernització de l'Administració, a data de 30 de juny de 2008, el total de personal estructural és de 157.974 efectius (<http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio%20Publica/Documents/Dades%20i%20estadistiques/Arxius/AGC%204.pdf>, consulta realitzada el dia 17 d'agost de 2008). Segons el Registro Central de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, s'imputen 155.721 efectius a la Generalitat de Catalunya a data de gener de 2008 (Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas).

Aquesta anàlisi de situació dóna peu al quart apartat, dedicat als àmbits d'innovació del sistema de gestió de recursos humans, amb referències concretes a diferents administracions que els estan endegant, a banda de la pròpia Generalitat de Catalunya. Malgrat el poc temps que porten en marxa aquestes iniciatives i el seu desplegament parcial, s'introdueixen diferents arguments sobre el seu encaix amb el model vigent i, d'acord amb el seu plantejament, el potencial efectiu de transformació que poden comportar.

Partint de l'esbós d'aquestes iniciatives, l'apartat cinquè i final planteja un seguit de reflexions finals a tall de conclusió. Unes reflexions obertes que plantegen fins a quin punt les diferents mesures de canvi que s'estan impulsant, tenint en compte la trajectòria precedent, poden contribuir a superar inèrcies i a generar un nou model de funció pública autonòmic. Aquestes reflexions també pretenen destacar la conveniència d'incloure en el debat sobre el paper de la gestió dels recursos humans la configuració de nous marcs competencials que es plantegen actualment.

1. Introducció: algunes preguntes sobre la funció pública autonòmica²

La creació de les comunitats autònomes va comportar l'aparició d'un nou nivell d'administració que, basant-se inicialment en les funcions i els recursos transferits des de l'Administració General de l'Estat, aviat va generar les seves pròpies dinàmiques de creixement a mesura que consolidava els seus àmbits d'activitat i guanyava el seu propi espai en el nou mapa administratiu.

Partint d'aquest procés, els sistemes de funció pública es poden considerar com una àrea clau per al desenvolupament d'un projecte modernitzador o transformador del funcionament de les administracions

2. Al llarg de l'article es proposa una accepció àmplia del concepte "funció pública" que inclou els col·lectius de personal que integren els serveis centrals i territorials dels departaments de la Generalitat, el nucli de l'administració autonòmica, considerant tant aquells amb vincle funcionarial com laboral. S'exclou de l'anàlisi, tant per les seves particularitats de gestió com per la seva evolució clarament diferenciada, el col·lectiu de personal amb estatuts especials com és el cas del personal docent, sanitari, policia autonòmica, personal penitenciari i personal de l'administració de justícia, entre d'altres.

de les comunitats autònomes, unes organitzacions intensives en personal que gestionen actualment més de 1.300.000 empleats públics, constituint-se com el nivell de govern que té assignat un major contingent de personal (un 50,4% del total de l'ocupació pública).³ Atenent a les seves dimensions, caldria suposar que un repte essencial dels nous aparells autonòmics seria el desenvolupament d'un sistema de gestió dels seus recursos humans, en un context en el qual es coneixien, per crítiques, les mancances del sistema de funció pública vigent en l'Administració General de l'Estat. I això, de forma més notòria, quan des de moltes d'aquestes emergents comunitats autònomes es proclamava una clara voluntat de desmarcar-se i diferenciar-se del referent estatal.

No obstant això, el desenvolupament i la configuració d'aquestes noves organitzacions no van generar diferències substancials pel que fa a la seva gestió interna. En contrast amb les importants diferències que es registraven en els models de gestió desenvolupats a determinades polítiques sectorials, com per exemple l'educativa, la sanitària, la de serveis socials o la d'habitatge (Gallego, Gomà i Subirats, 2002), per a l'àmbit de l'organització i la gestió dels seus recursos humans, la tendència de les administracions autonòmiques va ser la convergència (Ramió i Salvador, 2002). Encara que en els seus respectius estatuts d'autonomia cada comunitat disposava d'un ampli marge d'autonomia per dissenyar la seva pròpia estructura orgànica i cert marge de maniobra en la configuració del seu sistema de gestió de recursos humans o sistema de funció pública, la major part d'administracions autonòmiques van tendir a reproduir el model de l'Administració General de l'Estat. Això va comportar que tant les estructures orgàniques com els mecanismes de selecció, retribució, promoció i carrera administrativa dels empleats públics autonòmics tendissin a assimilar-se en gran mesura als característics de l'Administració estatal, que esdevingué el principal referent.

Aquesta aparent paradoxa acostuma a aparèixer en els debats sobre la configuració dels sistemes de gestió de les administracions públiques autonòmiques i la seva capacitat de marcar distàncies respecte del referent de partida. Enfront de veus crítiques que acusen d'haver "perdut una oportunitat històrica" per crear un nou model

3. Registro Central de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas. Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Gener de 2008.

d'administració, diferenciat i millor que el vigent en l'Administració General de l'Estat, els responsables i professionals de les unitats vinculades a la configuració dels sistemes de gestió pública autonòmics apel·len al desconeixement d'aquests crítics de la realitat interna de les administracions autonòmiques.

Què va succeir perquè es perdés aquesta oportunitat? Va existir realment una oportunitat inicial per crear un sistema alternatiu de funció pública en les administracions de les comunitats autònomes?

Més enllà d'aquesta situació de partida, al cap de prop de trenta anys d'evolució, les comunitats autònomes han registrat importants transformacions internes i externes que han modificat de forma substancial les seves competències, les seves dimensions i la seva capacitat efectiva d'intervenció. No obstant això, l'àmbit de la gestió de recursos humans segueix sense registrar variacions substantives més enllà d'ajustos incrementals a la pròpia realitat autonòmica. Un resultat que no sembla haver estat afectat pels canvis en la formació política al capdavant del govern autonòmic ni per la important rotació dels equips directius al capdavant de les unitats encarregades de la configuració i desenvolupament del model de funció pública. Ni tampoc per l'existència d'importants situacions de canvi potencial, generades endògenament pels propis actors interns de l'Administració autonòmica –com ara responsables polítics i directius de l'àmbit– o generades exògenament per pressions com la promulgació de la normativa estatal, l'ampliació competencial, les transferències de personal associades o les pressions per contenir la despesa pública.

I sorgeixen així les preguntes de per què més enllà de la configuració de partida no es va poder reorientar el sistema de funció pública, o de quins elements expliquen la continuïtat de la configuració del sistema de gestió de recursos humans i la seva resistència al canvi malgrat l'existència de moments de canvi potencial i d'iniciatives encaminades a promoure'l.

Per aportar evidències i arguments sobre aquestes qüestions i enriquir el debat des de la Ciència Política i de l'Administració,⁴ es pro-

4. Per l'orientació i abast de l'article no s'entra en el debat teòric sobre els diferents enfocaments neoinstitucionalistes. Per a una revisió de les diferents classificacions existents i per aprofundir en aquest punt es proposa consultar Salvador (2005a).

posa conceptualitzar els sistemes de funció pública com a institucions⁵ i, a partir d'aquesta perspectiva, introduir l'anàlisi dels principals elements que expliquen tant les dinàmiques de configuració i desenvolupament dels sistemes autonòmics de funció pública, com l'absència de canvis destacats al llarg de la seva evolució. Amb això es pretenen destacar els processos de difusió del model de funció pública amb la generació d'una tendència a l'estabilitat, que expliquen els limitats resultats de les iniciatives que pretenien transformar-lo.

2. Caracteritzant la institució "funció pública"⁶

L'aproximació que es proposa als sistemes de gestió de recursos humans parteix de caracteritzar els sistemes de funció pública com una institució, és a dir, com un conjunt interrelacionat de normes, valors, estructures, rutines i processos, que es reforcen mútuament generant unes "regles del joc" que contribueixen a explicar tant el comportament dels actors involucrats com el funcionament i els resultats efectius del sistema (March i Olsen, 1989; Kiser i Ostrom, 1982; Scott, 1995). Per concretar el concepte convé descriure els trets bàsics que caracteritzen la institució que presideix la gestió dels recursos humans a les administracions autonòmiques i que, genèricament i més enllà dels diferents vincles laborals o diferències de matís segons realitats administratives concretes, podem anomenar "funció pública".

Seguint la definició esbossada, la institució "funció pública" ve regulada per un ampli ventall de normes, des de les referències cons-

5. Institucions enteses en els termes exposats a l'inici del següent apartat (2. Caracteritzant la institució "funció pública").

6. Aquest apartat i el següent ("la configuració inicial de la funció pública autonòmica") es basen en la recerca realitzada en el marc del procés d'elaboració de la tesi doctoral *Institucions i polítiques públiques en la gestió dels recursos humans de les Comunitats Autònomes*. Aquesta investigació planteja un model analític compost a partir dels enfocaments neoinstitucionalista i l'anàlisi de polítiques públiques per realitzar una revisió general del conjunt d'administracions autonòmiques a partir de fonts secundàries i desenvolupar de dos estudis de cas (Comunitat de Madrid i Generalitat de Catalunya), considerats com a referències de dinàmiques institucionals diferenciades i no com a representatius del conjunt. Per a aquesta investigació es van realitzar 44 entrevistes semi-estructurades amb caràcter informatiu de primer nivell (directament vinculades als estudis de cas) i 46 consultes i entrevistes informatives de segon nivell, a més de treballar amb documents i dades interns que informaven sobre la configuració dels respectius sistemes de funció pública. Per ampliar la informació es pot consultar Salvador (2005a, 2005b i 2003).

titucionals (com els articles 23, 28.1 i 103, referits des de l'accés a la funció pública fins als seus principis rectors), a les lleis bàsiques de l'Estat com la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP), o a la important normativa autonòmica, actualment en procés de revisió per desplegar allò previst a l'esmentada llei bàsica estatal. Sense entrar més al detall, allò destacat del complicat entramat normatiu que regula la funció pública és fins a quin punt construeix i dirigeix les opcions d'actuació en aquest camp.

A l'espera de l'aprovació d'una llei autonòmica en la matèria, que desplegui i concreti allò apuntat a l'EBEP (la "lleï catalana d'ocupació pública"), la ingent regulació jurídica acaba traduint-se en un complex entramat que, més que facilitar la tasca de les unitats de personal de l'administració autonòmica, tendeix a generar inseguretats i a imposar el referent del coneixement legal enfront de perspectives alternatives més pròpies de la gestió de recursos humans. Els voluminosos codis autonòmics de funció pública, l'elaboració de "normes de síntesis", la ingent bibliografia aportada des del dret administratiu en contrast amb les poques obres destacades en la matèria des d'altres disciplines, o els perfils professionals que predominen tant en els quadres tècnics com directius de les unitats de personal són tan sols alguns dels indicadors d'aquesta dimensió. S'apunta així el predomini d'aquests enfocaments tant en la identificació dels àmbits sobre els quals s'ha d'actuar com en la formulació de propostes per abordar-los.

Però potser un dels trets més rellevants de la institució és la seva plasmació en el nivell informal, generant una mena de regles informals que, a partir dels principis genèrics establerts en la normativa, desenvolupa la seva pròpia interpretació i tendeix a incidir sobre el comportament dels agents implicats. Diversos estudis han apuntat alguns dels trets més característics d'aquest àmbit informal (Echevarría, 1995; Longo, 1995 i 2003), on es reflecteixen més clarament alguns dels valors que caracteritzen la gestió dels recursos humans:

a) La idea d'igualtat, molts cops interpretada en termes d'homogeneïtat, especialment en l'accés als llocs de treball, a la carrera administrativa i en el sistema salarial i d'incentius.

b) El mèrit i la capacitat com a principis que regulen l'accés i el desenvolupament de la carrera professional, encara que bàsicament mesurats a partir de la seva complementació formal

c) La unitat, sovint associada a la uniformitat en la configuració del sistema de funció pública (classificació dels empleats, reclutament, remuneració, estructura de llocs de treball).

d) La seguretat de les condicions dels empleats públics, plantada com a garantia davant de possibles arbitriarietats de la direcció política, però arribant a uns extrems en la seva interpretació que limiten de forma notòria els marges d'actuació de les unitats de gestió de personal.

e) La centralització de la gestió i l'administració de les principals activitats vinculades a la gestió de recursos humans, tant en la relació entre l'Estat i les Comunitats Autònomes com dins de les respectives administracions.

f) La jerarquia com a principal mecanisme de coordinació entre unitats, per bé que matisada pel sorgiment de règims singulars que venen a afavorir un sistema més proper a una xarxa que a una estricta piràmide.

L'aplicació de la normativa formal, a partir de les regles i valors comentats, juntament amb una sèrie de rutines i procediments que la operativitzen i una estructura orgànica que reflectia parcialment les prioritats polítiques del moment, van facilitar la consolidació d'una "manera de fer les coses" entre els cercles tècnics especialitzats de l'àmbit de gestió de recursos humans de les administracions autonòmiques.

La complexitat de la institució resultant va afavorir que l'àmbit es vinculés a determinats quadres tècnics i que, tant per la seva poca visibilitat externa com per les dificultats per obtenir resultats a curt termini, no fos un àmbit especialment atractiu per a la classe política. Tant el perfil dels màxims representants polítics autonòmics vinculats a la matèria com els elevats índexs de rotació dels quadres polítics responsables de l'àmbit (Salvador, 2003) permeten evidenciar aquesta situació. Els ritmes i moments de canvi de la institució, que no van coincidir amb els canvis en la formació política al capdavant dels respectius governs, més enllà del recanvi de certes elits administratives, són clars indicadors d'aquest procés (Villoria, 2003).

Algunes concrecions operatives de la institució apareixen en la pervivència de determinats procediments d'actuació vinculats als

processos selectius (i la falta d'exploració de nous equilibris entre els seus diferents components), sense qüestionar-ne l'oportunitat de modificar-los per a la seva adaptació als nous requisits professionals que requereix l'administració autonòmica. En la mateixa línia, i acceptant el predomini estatal en la determinació de les retribucions bàsiques, es mantenia la linealitat en la distribució dels complements retributius definits com a variables. Partint dels trets destacats en definir la institució s'expliquen situacions com la no aplicació efectiva del règim disciplinari o la concepció de la formació interna més com un premi a l'empleat públic que com un instrument de gestió al servei de les necessitats de l'organització.

Com a indicador de la rellevància i fortalesa d'aquesta institució, en cercles professionals vinculats a l'àmbit acostumen a predominar esquemes cognitius i marcs de referència caracteritzats bé per un acusat escepticisme quant a les possibilitats de transformar el model vigent, bé per determinades crítiques a propostes formulades externament o des de la direcció política de l'organització (Salvador, 2003). D'això es pot inferir que molts cops les "regles del joc" que acaben determinant el model de gestió de recursos humans no provenen exclusivament de la normativa formal sinó de marcs de referència que aquests actors prenen com a donats i que no entren a qüestionar (DiMaggio i Powell, 1991). D'aquí es desprèn el pes de la institució en la caracterització del comportament dels agents interns, establint esquemes compartits malgrat l'existència d'alternatives per definir les línies d'actuació en matèria de gestió de recursos humans.

A partir de la caracterització inicial es planteja la pregunta de si la "funció pública autonòmica" com a institució vigent a la Generalitat de Catalunya resulta ser una mera rèplica de la institució vigent a l'Administració General de l'Estat, representa una configuració alternativa comuna per a totes les administracions autonòmiques o cadascuna d'elles disposa del seu propi arranjament institucional diferenciat.

Encara que l'anàlisi i caracterització de la institució "funció pública estatal" excedeix l'espai i objectius d'aquest article, d'anàlisis realitzades des de diferents perspectives per destacats autors (Baena del Alcazar, 2000; Parrado 2002; Nieto, 1997; Jiménez Asensio, 1998; Longo, 1996, o Villoria i Del Pino, 1999 entre altres) es desprenen importants correspondències amb la institució definida com a "funció

pública autonòmica", tant referent als continguts com al seu impacte efectiu sobre els agents implicats.

A un nivell més general, les particularitats del procés de creació de les comunitats autònomes va facilitar l'extensió dels trets de la institució "funció pública estatal" cap a les incipients administracions autonòmiques, i va constituir el seu principal antecedent i el referent de context més important. Però més enllà de la mera recepció d'aquesta institució, des de les administracions autonòmiques es van desenvolupar una sèrie d'actuacions encaminades a adaptar-la a la seva pròpia realitat organitzativa i competencial, i es va afavorir l'aparició de diverses singularitats. La qüestió és si l'abast de la diferència realment altera l'equilibri existent entre els diferents components de la institució, en les seves interrelacions i, especialment, en el seu impacte sobre els agents implicats.

L'amplitud del substrat comú, en bona mesura fixat per la pròpia legislació bàsica de l'Estat, però també per l'actuació de diferents factors que deriven del procés de creació i desenvolupament de les administracions autonòmiques (i que s'aborda amb més deteniment en el pròxim apartat), permet confirmar l'existència d'una única institució, vigent en ambdós nivells d'administració, encara que amb particularitats que apunten a l'existència de variacions de la mateixa en funció de cada cas.

Així, la distribució de competències en la regulació de la funció pública, amb la reserva estatal de la normativa bàsica i d'aspectes tan estratègics com els vinculats a les retribucions bàsiques, va propiciar que les administracions autonòmiques tendissin a centrar la seva atenció en l'administració de personal, amb la qual cosa van eludir l'elaboració de clares polítiques públiques orientades a millorar la gestió dels seus recursos humans, i van a afavorir la continuïtat amb el referent estatal.

No obstant això existeixen diverses diferències que permeten establir distincions. Les relacions entre els diferents agents implicats, i els equilibris de poder resultants en el si de cada administració, representen un primer tret diferenciador de les institucions "funció pública estatal" i "funció pública autonòmica". Destaca en primer lloc un teòric major marge d'actuació dels representants de l'Administració General de l'Estat que, per atribucions competencials, tindrien més fà-

cil la modificació de l'entramat legislatiu de la funció pública (malgrat que a la pràctica s'han desenvolupat molt poques polítiques modernitzadores en aquest camp). Un altre factor diferencial és la lògica i el paper dels cossos de funcionaris (element que tendeix a combatre's des de l'Estat, fins i tot amb el recent EBEP) que no va arribar a estendre's a les administracions autonòmiques, per bé que contínuament han aparegut reivindicacions d'importants agrupacions d'empleats públics per marcar diferències respecte dels grups d'administració general.

El grau d'interiorització per part dels diferents agents implicats de les normes i valors associats a la institució constitueix un altre dels trets que distingeix clarament la institució estatal de les autonòmiques. Tant el pes de la tradició com els processos de socialització i difusió institucional interna contribueixen a explicar aquestes diferències. I això té a veure amb els processos d'acollida i formació desenvolupats pels principals centres de formació d'empleats públics als respectius nivells d'administració. Aquest major grau d'institucionalització de la institució "funció pública estatal" incideix també en l'existència de majors dificultats per a la seva transformació, mentre que l'absència de canvi efectiu en "la funció pública autonòmica" ha de complementar-se amb altres tipus d'arguments.

Malgrat aquestes diferències, bàsicament de matís, les similituds en els sistemes de selecció, carrera professional, retribució, avaluació –o manca d'aquesta–, i en la manera d'entendre les relacions entre l'organització i els seus empleats, ens porten a confirmar la convergència dels models de funció pública estatal i autonòmic. Per explicar aquest resultat, que dista tant de les declaracions de polítics i directius de l'àmbit com de les iniciatives de modernització endegades i les pressions associades a la prestació de nous serveis que requerien nous models de gestió de recursos humans, resulta convenient parlar de l'atenció a la configuració inicial de la institució que s'ha anomenat "funció pública autonòmica".

3. La configuració inicial de la "funció pública autonòmica"

El sorgiment de la institució "funció pública autonòmica" cal associar-lo a la posada en marxa de les administracions autonòmiques, als processos de transferència i a les pràctiques de gestió desenvolu-

pada per les noves organitzacions per afrontar els reptes que es plantejaven en matèria de gestió de recursos humans (Baena del Alcazar, 2000).

Els resultats i l'impacte del procés de transferències es va veure condicionat tant per les resistències dels diferents ministeris de l'Estat, que havien de cedir personal, com per la incertesa associada a la falta de planificació del procés en el seu conjunt (Ballesteros, 1989). A conseqüència d'això, *"la realitat demostra que els traspassos de funcionaris realitzats (...) han estat normalment satisfactoris quant a personal especialitzat afecte als serveis concrets que s'han transferit (personal docent, sanitari, tècnics de nivell superior o mig afectes a serveis agrícoles o industrials, etc.), però tals traspassos han estat notòriament insuficients quant a personal d'administració general, ja que els serveis perifèrics dels diversos Departaments i principals Organismes Autònoms es trobaven notablement descapitalitzats de personal administratiu en general, i més encara, del de caràcter directiu (...)"* (López Brikman, citat per Castells Arteché 1987: 70).

En aquest context d'incertesa, els quadres directius de les incipients unitats de personal de la Generalitat de Catalunya van ser coberts per Tècnics d'Administració Civil de l'Estat (TACs) provinents de l'Administració General de l'Estat, impulsant el model en el qual havien estat formats i socialitzats. Tant per la seva formació com pels seus contactes amb els responsables de l'Estat, aquest col·lectiu va emprendre la iniciativa en la definició i configuració de la nova institució, buscant solucions pròpies però adaptades i coherents (sovint després d'algun ajust) al model vigent a l'Estat. A tall d'exemple, davant de la manca de personal transferit, es va recórrer a la contractació directa de personal propi, optant per una figura (contractats administratius transitoris) que aviat va requerir processos de regularització per convertir-la en personal funcionari (seguint el model triat). En aquesta mateixa línia, i davant la inactivitat del legislador estatal, es va promulgar la Llei de Mesures Urgents per a la Funció Pública de la Generalitat de Catalunya, de 4 de juny de 1981, norma d'ordenació que s'anticipava a la normativa estatal en la matèria i que va ser recorreguda pel govern Central davant el Tribunal Constitucional, encara que finalment es va resoldre el recurs a favor de la Generalitat .

Aquests moments inicials (entre 1980 i 1983) van configurar un estadi d'incertesa en el qual van sorgir solucions alternatives, com a

resposta a una situació que pot conceptualitzar-se com una conjuntura crítica (*critical juncture*, seguint el terme apuntat per Collier i Collier, 2002):⁷ es va produir un canvi en el complex administratiu espanyol, amb diferents formes segons cada realitat autonòmica, i sobre el qual podien establir-se hipòtesis explicatives sobre les seves conseqüències posteriors.

Per descriure la conjuntura crítica de la qual va sorgir el sender que marcaria la institució cal destacar la intervenció combinada de cinc factors que s'han definit com el "pentàgon de la funció pública autonòmica" (Salvador, 2003). Els seus vèrtex serien els següents:

1. L'absència d'una clara planificació sobre el procés de transformació de l'estructura territorial de l'Estat en el seu conjunt, en un context d'incertesa tant sobre el seu abast com sobre la seva configuració concreta.

2. L'absència d'un clar projecte polític en relació amb com havien de configurar-se l'administració autonòmica i la gestió dels seus recursos humans, en bona mesura per la pròpia congestió d'una agenda política centrada a afrontar la resta de dimensions associades al sorgiment del nou nivell de govern.

3. L'articulació del procés de transferència de competències i de personal que va conduir al col·lapse d'unes incipients unitats centrals de gestió personal. La falta de recursos, coneixements i habilitats per afrontar un procés nou, juntament amb la urgència de gestionar la recepció d'importants contingents de personal es va traduir en una dràstica reducció de les capacitats de planificació i orientació estratègica d'aquestes unitats.

4. El pes de les transferències rebudes de l'Administració General de l'Estat, tant per allò que suposen de translació d'una estructura i d'una cultura prèvies, com, i especialment pel pes de determinats col·lectius professionals, formats i socialitzats, que ocupen uns serveis centrals relativament febles.

7. Collier i Collier defineixen "conjuntura crítica" com "un període de canvi significatiu, que típicament es dona de diferents formes en diferents països (o altres unitats d'anàlisi) i pel qual s'hipotetitza que ha de produir diferents llogats" (2002: 27-29).

5. Els límits establerts per l'Estat, des de la reserva de la legislació bàsica en matèria de funció pública fins a les actuacions concretes en els processos de negociació per al traspàs de competències, en un clima marcat per la desconfiança i el control directe de l'activitat de les incipients administracions autonòmiques.

La combinació d'aquests cinc factors esdevingué crític en aquest escenari ja que les opcions que van sorgir van comportar que "seleccionada una opció, resultés cada vegada més difícil retornar a l'instant inicial on existien múltiples alternatives disponibles" (Mahoney, 2000:124), va propiciar el sorgiment de dinàmiques de "dependència del sender" (*path dependence*)⁸ que configuraven un entramat que delimitava l'evolució posterior de la institució i va dificultar la seva "reversibilitat" (Levi, 1997).

L'evolució d'aquest sender es va veure condicionada, no obstant això, per un conjunt de dinàmiques institucionals que van pressionar cap a la convergència dels models de funció pública autonòmics amb el model vigent a l'Administració General de l'Estat. El primer d'aquests factors va ser l'esmentada Llei 30/1984, de 2 d'agost, de Mesures per a la Reforma de la Funció Pública, que va servir com a punt de partida per a la promulgació de les lleis autonòmiques de funció pública. Així, la periodificació en el procés d'aprovació dels Estatuts va tenir la seva rèplica, a partir de la promulgació de la Llei 30/1984, en la cascada d'aprovació de les normes autonòmiques en la matèria.

La relativa homogeneïtat dels col·lectius impulsors de la normativa autonòmica inicial en matèria de funció pública (Xirau, 2002) permeten explicar la ràpida difusió i la tendència a la reproducció de plantejaments, basats en el model vigent a l'Administració General de l'Estat que, per altra banda, venia afavorit per la pròpia normativa bàsica (Mauri, 1999).

8. El concepte de *path dependence* o dependència del sender s'associa a la rellevància causal de determinats estadis precedents en una seqüència temporal a partir de la generació de dinàmiques que afavoreixen el manteniment d'una determinada opció. En termes de Mahoney, "la dependència del sender caracteritza aquelles seqüències històriques en les quals events contingents s'incorporen als patrons de reproducció de la institució i n'acaben determinant l'evolució" (2000: 507). Levi apunta que "events en el passat distant poden iniciar cadenes causals que tenen efectes en el present i (...) la consolidació de determinats arranjaments obstrueixen un retorn fàcil a la selecció inicial" (1997: 28).

Així, les tensions que caracteritzaven la situació de partida junt amb la pròpia evolució de la trajectòria definida pels antecedents de la institució (exemplificada en l'evolució de la "funció pública estatal") van donar lloc a una conjuntura crítica de la qual van sorgir els senders de la "funció pública autonòmica". En el cas de la Generalitat, amb un model força proper a la "funció pública estatal", i amb una configuració relativament estable al llarg del sender.

En aquest procés complex es van donar de forma combinada dinàmiques d'isomorfisme institucional⁹ de caràcter mimètic, coercitiu i de pressió normativa (DiMaggio i Powell, 1991). Quant a les primeres, l'opció per reproduir de forma mimètica la institució "funció pública estatal" obeïa a una estratègia "conservadora", que exigia una menor inversió en la mesura que partia d'un referent ja contrastat, que es pretenia millorar de forma incremental. L'opció per reproduir els mecanismes de selecció, més enllà de l'establert per la norma estatal de bases, que arriba fins a replicar temaris d'oposicions, la rèplica dels sistemes de classificació de l'ocupació pública o la translació dels nivells d'organització i denominacions de les unitats centrals de personal poden interpretar-se en aquest sentit.

9. El concepte d'isomorfisme institucional es refereix al fet que, en determinades circumstàncies, les organitzacions tendeixen a adoptar fórmules institucionals acceptades i consolidades en el seu entorn de referència, és a dir, ja provades per altres organitzacions que es consideren com a referents. Com apunten Meyer i Rowan, "algunes organitzacions tendeixen a incorporar pràctiques i processos definits pels conceptes racionalitzats predominants en el món organitzatiu de referència i institucionalitzats a la societat" (1991: 41). En contextos caracteritzats per certa ambigüitat en la definició dels objectius i per l'absència d'indicadors efectius per avaluar l'activitat, l'isomorfisme institucional permet legitimar l'organització (en la mesura que reproduceix allò acceptat en el seu entorn de referència). DiMaggio i Powell (1991) diferencien tres tipus d'isomorfisme institucional:

a) Isomorfisme mimètic, com a resultat del procés d'imitació de referents que es consideren com a líders o exemplars. Destacat especialment en entorns amb una important presència d'elements simbòlics.

b) Isomorfisme coercitiu, com a resultat de pressions formals i informals exercides per altres organitzacions perquè es reproduïxin determinades institucions.

c) Pressió normativa, com a resultat de l'impacte de col·lectius professionals que defineixen allò que es considera "bones pràctiques" a reproduir. L'efecte d'aquest isomorfisme es dona a partir de la legitimació basada en coneixements especialitzats i a partir de les xarxes de professionals que intercanvien coneixements i afavoreixen la difusió de determinades pautes d'actuació.

Els tres tipus d'isomorfisme, tal i com s'esmenta en el text, es poden identificar en el procés de configuració de la funció pública autonòmica.

Amb aquesta estratègia (que pot qualificar-se d'explotació "institucional" en termes de Lánzara, 1999) es buscaven respostes ràpides, a curt termini, amb un menor nivell de risc i, per tant, amb una menor necessitat de contar amb el suport per part de les esferes política i directiva, mentre es facilitava el procés de recepció de dotacions de personal procedents de l'Estat, i es complia així amb una funcionalitat que aportava legitimitat a la institució (Ramió i Salvador, 2002). Aquestes dinàmiques es van veure reforçades per processos d'isomorfisme institucional de caràcter coercitiu a través de la pressió exercida des de l'Administració General de l'Estat mitjançant l'aprovació de lleis bàsiques i el seu desplegament normatiu, en la línia de promoure certa homogeneïtat en el model de gestió de recursos humans, així com a resultes de les successives sentències del Tribunal Constitucional que confirmaven el model funcionarial per al conjunt d'administracions públiques. L'opció de la via funcionarial com a principal vincle laboral per a l'ocupació pública representa una de les conseqüències d'aquest tipus d'isomorfisme institucional.

En el mateix sentit, des de diferents col·lectius professionals i acadèmics es va pressionar a les incipients administracions autonòmiques perquè tendissin a reproduir, amb tan sols ajustos puntuals, la institució "funció pública estatal". En aquestes dinàmiques d'isomorfisme institucional per pressió normativa van destacar tant la incidència dels costos de titulats superiors d'administració general transferits des de l'Administració General de l'Estat com la ja comentada incidència dels col·lectius acadèmics i de gestió (Ramió i Subirats, 1996; Ballart i Ramió, 2000). A tall d'exemple, l'extensió a les administracions autonòmiques de la metodologia HAY per descriure i valorar llocs de treball resulta un clar exemple de l'extensió d'un tipus concret de "solució" impulsat per determinats col·lectius professionals per donar resposta al requisit genèric d'articular la funció pública a través de la lògica de llocs de treball establert per la norma estatal de bases.

L'efecte combinat dels tres tipus d'isomorfisme institucional es va veure reforçat pels mecanismes de reproducció institucional (Mahoney, 2000) vigents al llarg de l'evolució de la institució "funció pública autonòmica". Entre aquests mecanismes destaquen aquells vinculats a la comentada funcionalitat que complia la institució en els seus orígens, potenciada pels efectes de coordinació que van resultar del fet "de ser compartida" pel conjunt d'administracions autonòmiques a més de per l'Administració General de l'Estat.

La "funció pública autonòmica" també va fonamentar la seva permanència en el fet que els processos de socialització i formació dels quadres especialitzats en la matèria es basaven en aquests plantejaments. Amb això es propiciava la configuració d'esquemes de referència (el que els neoinstitucionalistes anomenen "lògica d'allò apropiat" –March i Olsen, 1989; Scott, 1995–), segons la qual els actors implicats consideraven la configuració actual com convenient i apropiada per a l'àmbit, contribuint així a promoure la seva reproducció. La realització d'entrevistes a agents interns (directius i tècnics vinculats a les unitats autonòmiques de personal) mostra el clar predomini d'un tipus de llenguatge i de plantejaments vinculats a aquests enfocaments, amb tan sols algunes excepcions.

En aquesta mateixa línia, la reproducció de la institució també s'explica per l'efecte de redistribució del poder intern que va propiciar. Davant la pràctica absència de pressió política per a la seva transformació, l'àmbit va quedar en mans dels nuclis d'especialistes en la matèria vinculats a una determinada concepció sobre com gestionar els recursos humans.

Tots aquests mecanismes de reproducció institucional van generar dinàmiques que van afavorir el desenvolupament del sender de la institució que podem identificar com "funció pública autonòmica" i que, equiparant-la a la modelització esbossada per Pierson, "*comporta elevats costos fixos inicials i (...) suposa considerables efectes d'aprenentatge, efectes de coordinació, i expectatives adaptables*" que al seu torn impliquen que les "*institucions establertes generen importants incentius que reforcen la seva pròpia estabilitat i el seu posterior desenvolupament*" (2000: 255). Això es va traduir en que, una cop presa una opció sobre el sistema de funció pública a desenvolupar, els costos de canviar a un model alternatiu augmentessin de forma considerable amb el pas del temps i a mesura que s'avançava pel sender de dependència que havia generat.

En el mateix sentit també hi van incidir dos factors afegits: (1) la vocació de permanència amb la qual es va dissenyar la institució, com a mínim pel que fa a limitar i orientar els marges de discrecionalitat dels agents implicats, introduint instruments que actuaven com obstacles al canvi institucional (la reserva constitucional, la legislació bàsica estatal o el paper del Tribunal Constitucional, per exemple) i, no menys important, (2) els horitzons temporals relativament curts

amb els quals operaven els principals agents implicats, tant pels cicles electorals com per l'elevada rotació de directius al capdavant de les unitats centrals de funció pública.

A tall d'il·lustració del darrer factor, en el cas de la Generalitat de Catalunya, el temps de permanència d'aquests càrrecs és de poc més de dos anys amb tan sols un director general que va romandre en el càrrec de forma ininterrompuda més d'una legislatura (Joan Maria Ramírez i Cardús va ser Director General de la Funció Pública entre 1982 i 1987). Encara que alguns d'aquests directius van actuar com emprenedors institucionals (*institutional entrepreneurs* en termes de Peters, 1999), tant les resistències internes (fonamentalment de les unitats transversals dels diferents Departaments que apostaven per la continuïtat del model) com la falta de suport polític sostingut, van dificultar la consolidació de les iniciatives transformadores i l'obtenció de resultats.

D'altra banda destaca la variabilitat de les estructures orgàniques de les unitats centrals de gestió de personal en ambdues comunitats. Considerades com indicador formal de les prioritats de cada etapa, la seva elevada transformació mostra la manca d'un direccionament sostingut al llarg del temps. A tall d'exemple, en els prop de trenta anys d'evolució del cas de la Generalitat de Catalunya, per a l'àmbit central de gestió de recursos humans es registren més de 9 organigrames clarament diferenciats, incloent la creació d'una superestructura (actual Secretaria de Funció Pública i Modernització) que va agrupar també d'altres unitats transversals (com l'Escola d'Administració Pública de Catalunya o l'actual Direcció General de Modernització de l'Administració), reflex d'una reorientació en el disseny institucional de l'àmbit amb la voluntat de desenvolupar estratègies de canvi integrals. Tanmateix cal no confondre aquesta variabilitat d'estructures amb modificacions substantives de la institució que s'ha denominat "funció pública autonòmica", que roman estable –més enllà d'ajustos menors– al llarg del període considerat.

4. Iniciatives innovadores en el sistema de gestió de recursos humans

Partint de la revisió històrica esbossada als apartats anteriors, combinant el referent de l'Administració General de l'Estat, les institucions definides com a "funció pública autonòmica" i culminant l'apro-

ximació iniciada al cas de la Generalitat de Catalunya, en aquest apartat es centra l'atenció en algunes de les iniciatives innovadores que s'estan desenvolupant en l'àmbit de la gestió de recursos humans.

Més enllà dels resultats esbossats en la trajectòria descrita als apartats anteriors, al llarg de l'evolució de la "funció pública autonòmica" han sorgit diferents iniciatives de canvi, amb plantejaments, abast i resultats força variables, però en tot cas no determinants per alterar de forma significativa la tendència marcada.

Per bé que la revisió d'aquestes iniciatives excediria l'abast d'aquest article, es proposa centrar l'atenció en tres d'elles que es consideren especialment significatives, tant per la seva actualitat com per mostrar diferents potencials de canvi efectiu del model de gestió de recursos humans de la Generalitat de Catalunya i de la institució que el caracteritza.

A l'hora de valorar aquestes iniciatives cal referir l'aprovació de l'EBEP (l'esmentada Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic) com a element dinamitzador de l'entramat normatiu vinculat a la funció pública, que està impulsant l'elaboració de Lleis autonòmiques en la matèria. Des de la perspectiva de la gestió, l'EBEP obra de forma clara un seguit de potencials que, per altra banda, ja s'havien abordat per diferents administracions amb el marc legal precedent. En altres termes, per bé que l'EBEP pot considerar-se un factor dinamitzador, en cap cas és determinant per l'impuls d'un seguit d'innovacions que, per altra banda, corren el risc de restar –així ha succeït en dates precedents– en un nivell merament formal sense comportar cap canvi efectiu.

Amb aquesta presentació es vol emfasitzar la idea de que malgrat que la normativa estatal i autonòmica s'ha utilitzat sovint com argument per explicar les dificultats per transformar la institució "funció pública autonòmica", el cert és que no s'han esgotat el potencial de canvi dels marges de maniobra que permet la seva interpretació. Precisament les iniciatives que s'exposen a continuació s'han basat en una interpretació de preceptes anteriors a l'EBEP per incorporar eines procedents d'altres contextos de referència.

Així, sense ànim d'exhaustivitat, a continuació es fa esment de tres blocs d'iniciatives que configuren algunes de les noves tendències

en gestió de recursos humans a les administracions públiques en general i a l'Administració de la Generalitat de Catalunya en particular.

a. Replantejant la lògica de llocs de treball: les anàlisis funcionals i la gestió per competències

Una de les iniciatives clau del procés de reforma de la funció pública estatal que va prendre força especialment a partir de la Ley 30/1984, de 2 d'agost, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, va ser la estratègia anticorporativa que pretenia racionalitzar i sotmetre l'aparell burocràtic estatal conformat per cossos de funcionaris a la nova direcció política. Un dels instruments clau en aquest procés va ser l'impuls d'un model de funció pública basat en el concepte de "lloc de treball", concretat en l'elaboració i aprovació de Relacions de Llocs de Treball (RLT) com a instrument d'ordenació de personal i peça fonamental per estructurar la carrera administrativa i el sistema retributiu. Aquest instrument es va estendre ràpidament tant a les llavors incipients administracions autonòmiques com a les locals.

Una idea associada a aquest impuls era la normalització i homogeneïtzació de l'ocupació pública, que busqués elements objectius per estructurar i donar coherència a unes administracions públiques en fase d'important creixement. Es pretenia així traduir la missió i els objectius de l'organització en tasques agrupades al voltant de llocs de treball, com a punt de partida per al disseny d'estructures orgàniques racionals i adequades a les activitats a desenvolupar. Les eines per operativitzar l'anàlisi, definició i valoració de llocs de treball varen dissenyar-se seguint el model desenvolupat per una important empresa de consultoria, copiat de forma mimètica amb tan sols lleugeres adaptacions per a la pràctica totalitat d'administracions públiques espanyoles.

Tanmateix, a la pràctica es varen mantenir molts dels elements propis de la lògica de cossos, especialment en àmbits tan importants com l'accés i la promoció interna, al mateix temps que a nivell cultural es mantinguessin les tensions de determinats col·lectius professionals per eludir (Feret, 1997).

Així, tant la vigència de principis propis de la lògica de cossos com la utilització laxa de la definició de llocs de treball, molt sovint

ajustada a les necessitats de flexibilitat i adaptació que requeria una gestió de recursos humans amb dificultats per retribuir i promocionar els seus efectius, van afavorir el qüestionament del model. Un qüestionament implícit que es concretava en termes de desacoblament entre una realitat formal d'estructures basades en llocs de treball i una gestió real que les utilitzava tan sols com a legitimitació a posteriori de decisions preses per criteris allunyats de la racionalitat a la qual suposadament responien aquells instruments.

Davant aquesta situació, a l'escenari autonòmic estan sorgint dues iniciatives (que alguns autors consideren complementàries) que pretenen millorar l'adequació d'elements propis de l'estructura orgànica com són els llocs de treball, i elements propis de la gestió dels recursos humans com són els perfils professionals del efectius de l'organització.

La primera iniciativa, que podem anomenar com "**anàlisis funcionals dels llocs de treball**", desenvolupada amb més profunditat a la Comunitat Autònoma d'Euskadi (Gorriti i Toña, 2005), planteja redefinir el concepte de lloc de treball per atorgar-li un caràcter estratègic, ajustat a la missió i objectius de l'organització, que recolzi alhora un replantejament dels diferents subsistemes de gestió de recursos humans (selecció, formació, promoció i carrera, retribució, avaluació, entre d'altres).

Aquesta iniciativa suposa un nou model nou model organitzatiu i de gestió dels recursos humans basat en l'Anàlisi Funcional –d'aquí la seva denominació– dels llocs de treball i la seva posterior agrupació en Àrees Funcionals i Àrees Relacionals. El model defineix el lloc de treball com "*aquella unitat organitzativa bàsica d'estructuració de la funció pública*"¹⁰ i estableix que a cada lloc de treball li corresponen un conjunt de funcions (responsabilitats assumides) que s'hauran de satisfer mitjançant la realització d'un seguit de taques.

Les "**Àrees Funcionals**" es defineixen com "*aquells instruments d'organització dels recursos humans que consisteixen en l'agrupació*

de llocs de treball que realitzen tasques que exigeixen coneixements i/o destreses comunes".¹¹ Es tracta, doncs, d'una agrupació de llocs de treball per raó de la seva polivalència, que es recull a la corresponent RLT i que no afecta a l'existència dels elements estructurals actuals del sistema de funció pública (cossos i escales) ni a la resta d'elements d'ordenació (relacions de llocs de treball).

Les "Àrees Relacionals", en canvi, son "*les àrees del saber que relacionen llocs de treball de diferents Àrees Funcionals per raó dels coneixements comuns exigits*".¹² Per virtut de les àrees relacionals, els llocs de treball de diferents Àrees Funcionals es relacionen en major o menor grau en funció de la distància formativa que els separa. A diferència de les Àrees Funcionals però, aquesta distància formativa no implica un agrupament de llocs sinó purament un motiu de relació que permet dissenyar rutes i itineraris professionals entre llocs de treball (a partir de l'adquisició de determinats coneixements i habilitats i sempre deixant la decisió sobre la progressió professional en mans dels empleats públics).

Tal com s'ha apuntat, un clar referent d'aquest model es pot trobar a l'Administració General de la Comunitat Autònoma d'Euskadi. Des de l'any 1997, l'administració autonòmica basca ha estat desenvolupant un ambiciós i profund procés de racionalització organitzativa basat en la implantació d'anàlisis funcionals dels llocs de treball. Pel que fa a la Generalitat de Catalunya, cal destacar l'establiment d'àmbits funcionals amb certes connexions amb aquesta opció, a banda de l'actual preparació d'un decret que apunta clarament en aquesta direcció.¹³

Una segona iniciativa destacada, especialment també pel seu caràcter actual i innovador al sí de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, és la denominada **gestió per competències professionals**. Allò realment destacat d'aquesta segona iniciativa és el fet de propo-

11. Decret 77/2005, de 12 d'abril, pel qual es regulen les àrees funcionals de l'Administració General de la Comunitat Autònoma d'Euskadi i els seus Organismes Autònoms.

12. Decret 77/2005, de 12 d'abril, pel qual es regulen les àrees funcionals de l'Administració General de la Comunitat Autònoma d'Euskadi i els seus Organismes Autònoms.

13. *Funció Publicació*, número 58 d'agost de 2008 (<http://www.gencat.net/governacio-ap/pub/sum/sfp/funciopublicacio58.pdf>, consulta realitzada el 17 de juliol de 2008).

sar un model de gestió integral dels recursos humans que parteix de la identificació d'aquelles competències professionals fonamentals per al desenvolupament d'un lloc de treball.

La promoció d'aquest model pretén transcendir les rigideses del model actual de llocs de treball per focalitzar l'atenció en els professionals que integren l'organització, i així identificar les competències definides en termes de capacitats, habilitats i coneixements, que alhora s'agrupen en actituds i aptituds per al desenvolupament de l'activitat.

La seva concreció parteix d'una anàlisi de les competències dels llocs de treball on es descriuen les requerides per desenvolupar les funcions associades, i que es contrasta amb una avaluació de les competències individuals de què disposa cada persona de l'organització. La contrastació de les diferències existents entre les competències que té cada individu i les que requereix el lloc aporta les pautes per a la gestió dels processos de selecció, promoció interna, formació i avaluació de l'acompliment.

Aquesta iniciativa s'ha explorat en algunes administracions autonòmiques (com seria el cas d'Ansalusia –Castillo, 2007–) però de forma més notòria en algunes administracions locals catalanes (com seria el cas de la Diputació de Barcelona o l'Ajuntament de Manlleu –Noguer i Guzmán, 2007–). Pel que fa a la Generalitat de Catalunya, cal destacar la definició d'un grup de treball per desenvolupar aquest camp, especialment pel que fa a l'àmbit directiu, per bé que encara sense resultats efectius.

En tot cas, donat el poc temps que porten en marxa aquestes iniciatives resulta molt arriscat fer-ne un balanç, però sens dubte representen un important element dinamitzador per donar coherència al conjunt de sistemes de la funció de personal i amb un clar potencial per transformar la institució. Tanmateix, i com ja s'ha apuntat, la seva adequada concreció requereix d'una clara explicitació de la missió i objectius a assolir per part de l'organització, traduïbles en termes d'anàlisi funcionals i de competències professionals, sense les quals ambdues iniciatives corren el risc d'esdevenir un altre nivell formal afegit als ja existents que estan més o menys desconnectats de la realitat de la gestió de recursos humans.

b. L'avaluació dels recursos humans: un clàssic encara molt poc estès

Parant atenció en un dels subsistemes de gestió de recursos humans, és a dir, en un altre nivell d'aproximació que el referit al punt anterior, apareix una iniciativa amb una major tradició al món de la funció pública a les nostres administracions: l'anomenada avaluació del desenvolupament o avaluació dels recursos humans.

Ja a la primera meitat dels anys noranta varen aparèixer les primeres iniciatives en matèria d'avaluació a la Generalitat de Catalunya. Aquestes primeres iniciatives varen formular el sistema d'avaluació del desenvolupament en termes de procés continu, sistemàtic, orgànic i en cascada, d'expressió de judicis al voltant del personal d'una organització. Un procés d'expressió de judicis en relació tant al treball habitual de cada empleat com al seu potencial de desenvolupament, i que es plantejava amb una òptica històrica i prospectiva que pretenia integrar els objectius de l'organització amb els de l'individu (Salvador, 1997).

Amb aquest plantejament es concebia l'avaluació del desenvolupament com a una eina per fomentar una visió integral de la gestió dels recursos humans, per recolzar les actuacions en matèria de retribucions (concretament la gestió del complement de productivitat), en la carrera administrativa o en l'establiment d'accions formatives a partir de les mancances detectades, a banda de potenciar el diàleg entre els comandaments i els seus col·laboradors. D'aquesta manera s'assentarien les bases per a un model de direcció per objectius.

Tanmateix la seva concreció va mostrar resultats força allunyats d'aquest plantejament inicial, i a la Generalitat de Catalunya la iniciativa va tendir a diluir-se en la seva aplicació, i va esdevenir un instrument merament formal per distribuir un complement retributiu amb caràcter bàsicament lineal. Un balanç que ve a reforçar la idea que l'aplicació de l'avaluació del desenvolupament professional requereix d'una adequada adaptació, especialment tenint en compte les institucions o "regles del joc" que caracteritzen la gestió dels recursos humans. Des d'aquest enfocament l'avaluació del desenvolupament professional representa quelcom més que una mera eina de gestió dels recursos humans ja que incorpora un potencial de recolzament als processos de canvi organitzatiu i institucional.

Aquest potencial ha propiciat que malgrat que l'experiència en la seva aplicació no hagi estat reeixida, el tema de l'avaluació del desenvolupament professional continuï essent un tema central en els debats sobre la gestió dels recursos humans (com per exemple al voltant del Llibre Blanc de la Funció Pública de Catalunya) i que aparegui referenciada clarament a l'EBEP (tant a l'exposició de motius com al Capítol II dins el Títol III –"Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño" dins dels "Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos"–). En definitiva, rep un nou impuls que permet anticipar una renovada atenció per part de l'administració autonòmica catalana.

5. Algunes reflexions finals a tall de conclusió

La perspectiva desenvolupada per a l'anàlisi de la institució "funció pública autonòmica" i de les seves dinàmiques de configuració i desenvolupament ha permès destacar un conjunt de factors que han generat un escenari de baixa potencialitat de canvi en el model de gestió de recursos humans vigent en el cas de la Generalitat de Catalunya.

Aquest escenari era el resultat d'una trajectòria prèvia caracteritzada per una conjuntura crítica i per la transferència d'aquells esquemes que els nuclis decisoris de l'àmbit (directius i tècnics de les unitats centrals de personal, davant l'absència d'atenció i suport polític) consideraven més pròxims. Aquest marge de maniobra es va veure clarament condicionat per l'evolució descrita i la consolidació de mecanismes estables de reproducció institucional que afavorien la convergència de la institució autonòmica amb aquella característica de l'Administració General de l'Estat. Encara que es mantenien diferències puntuals en ambdues institucions, la tendència era a desenvolupar més l'àmbit de l'administració de personal que una veritable política de recursos humans orientada a transformar el model vigent.

En aquest context, les úniques reformes que es van revelar com viables van ser aquelles que resultaven acords amb la institució vigent. I si les úniques reformes viables van ser aquells acords amb la institució vigent, tan sols podem esperar modificacions de caràcter incremental en el sistema de funció pública de l'administració autonòmica.

Això no obstant, des de la Generalitat de Catalunya (i també des d'altres administracions) s'han endegat iniciatives orientades a promoure la transformació del model de gestió de recursos humans per millorar les capacitats institucionals. La breu revisió d'algunes d'aquestes iniciatives, com el replantejament de la lògica de llocs de treball a través de les anàlisis funcionals o la introducció de la gestió per competències, o la referència a l'avaluació dels recursos humans, permeten apuntar el sorgiment d'un plantejament transformador que pretén incorporar una visió integral del sistema. En altres termes, unes opcions que busquen respostes que vagin més enllà de l'actuació puntual en algun dels àmbits que constitueixen el sistema de gestió de recursos humans (com la selecció o la retribució, per exemple).

A partir de la diagnosi prèvia apuntada, un element essencial per valorar la viabilitat d'aquestes propostes és la seva estratègia d'adaptació a la realitat institucional que pretenen transformar. La manca de concordança entre el que pressuposen aquestes receptes i la realitat de les normes, valors, estructures i processos que configuren les regles del joc i la "manera de fer" de la gestió de personal a l'administració autonòmica són la principal dificultat per a la seva aplicació efectiva i per a un adequat aprofitament el potencial que ofereixen.

Atenent a aquest plantejament, de les tres iniciatives de millora plantejades, la referida a les anàlisis funcionals de llocs de treball s'apunta com la més propera i coherent amb la institució vigent (adequació que es constata amb els seus progressos en el cas de l'administració autonòmica basca). Per contra, les altres dues, la gestió per competències i l'avaluació dels recursos humans, plantegen majors diferències en relació a la institució descrita a l'apartat 2, "caracteritzant la institució la funció pública autonòmica", per la qual cosa s'anticipen –en absència d'una adequada estratègia de gestió del canvi– majors resistències i dificultats per poder implantar-se i assolir el potencial associat. De fet aquests dos àmbits d'innovació podrien realment modificar de forma substantiva el model de gestió de recursos humans vigent a la funció pública autonòmica, de manera que marcarien una diferència respecte del referent de l'Administració General de l'Estat.

En aquesta línia, l'impuls de la Llei Catalana d'Ocupació Pública és un factor clau per assentar les bases i el marc d'un nou model que

permeti desenvolupar instruments de gestió que, amb un plantejament estratègic, permetin adequar la institució "funció pública autonòmica" als nous reptes que es plantegen.

En aquest article s'ha volgut destacar la necessitat d'apostar per transformar valors, estructures i processos, a banda de promulgar noves normes. Perquè és en aquests àmbits on hi ha més llibertat de moviments i on, alhora, els avenços poden donar lloc a millores molt més notables i sostenibles al llarg del temps. Amb aquesta reflexió es vol fer esment a la necessitat d'impulsar un "nou estil" per gestionar els recursos humans, una nova manera de fer les coses que faciliti que aquest àmbit entri a formar part de les prioritats dels màxims nivells directius i no sigui una dimensió on es dóna per fet que s'hi pot fer poc i gaire se'n pot esperar.

Per aconseguir transformacions de major abast cal un reconeixement previ de les institucions vigents i comprovar fins a on incideixen en el desenvolupament de les polítiques de personal, identificant les situacions de canvi potencial com oportunitats per desenvolupar una estratègia integrada. En aquesta tasca resulta essencial la participació dels denominats emprenedors institucionals com a actors que, reconeixent les institucions que constreixen el seu camp d'activitat, siguin capaços de generar iniciatives de reforma amb una estratègia d'acord amb la realitat institucional, que permeti capitalitzar les pautes de funcionament, reproducció i difusió, per introduir un canvi.

Identificar les institucions vigents a les administracions públiques es presenta, des d'aquest enfocament, com un pas previ per valorar l'oportunitat d'incorporar noves eines de gestió. Per fer-ho cal observar la legislació, però també com aquesta s'aplica, cal observar les estructures orgàniques i els procediments administratius, així com la cultura i els valors que orienten el seu funcionament. Però més enllà d'aquests components, cal conèixer les seves interrelacions de reforç mutu a través de les quals les institucions tendeixen a reproduir-se sense gaires modificacions.

Es tracta, en definitiva, de conèixer-nos una mica millor a nosaltres mateixos abans d'implantar solucions descontextualitzades. Una tasca essencial en moments de canvi en la mesura que incideix directament en les capacitats institucionals i organitzatives de l'administra-

ció de la Generalitat de Catalunya per assumir els nous reptes que se li plantegen.

Bibliografia

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. 2000. *Curso de ciencia de la administración*. 4ª edición. Madrid: Tecnos.

BALLART, Xavier i RAMIÓ, Carles. 2000. *Ciencia de la administración*. València: Tirant Lo Blanc.

BALLESTEROS, A. 1989. "La función pública de las Comunidades Autónomas" en Martín Retortillo, S. (1989): *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid.

CASTELLS ARTECHE, José María. 1987. *Proceso de construcción y desarrollo de la función pública autonómica*. INAP. Madrid.

CASTILLO, Joaquín. 2007. "Medición de las competencias de las personas directivas para la planificación de su formación", ponència presentada al XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, República Dominicana, 30 oct. – 2 nov. 2007 (www.clad.org.ve).

COLLIER, Ruth Bernis i COLLIER, David. 2002. *Shaping the political arena. Critical junctures, the labour movement and regime dynamics in Latin America*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame.

DiMAGGIO, Paul i POWELL, Walter W. 1991. *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: Chicago University Press.

ECHEVARRÍA, Koldo. 1995. *La paradoja de la reforma administrativa de las comunidades autónomas*. Papers ESADE, 135.

FERRET, Joaquim. 1997. "El sistema español de formación y selección de altos funcionarios" a Sánchez Rodríguez, A. i Nuñez Santos, Ma. T. (eds.): *La función pública a debate. Actas del I Congreso Nacional de Función Pública*. Fundación Genesian y Fundación Educación y Futuro. Sevilla.

GALLEGO, Raquel, Ricard GOMÀ i Joan SUBIRATS. 2002. *Els règims autonòmics de benestar. Polítiques i gestió públiques en les comunitats autònomes amb més nivell competencial, 1980-2000*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.

GORRITI, Mikel i TOÑA, Fernando. 2005. "El nuevo modelo de organización y recursos humanos en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco" a *Presupuesto y Gasto Público* 41/2005.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. 1998. *Altos Cargos y Directivos Públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*. IVAP. Oñati.

KISER, L. i OSTROM, Elinor. 1982. "The three worlds of action: a metatheoretical synthesis of institutional approaches" en Ostrom, E. (ed), *Strategies of Political Inquiry*. Beverly Hills: Sage.

LANZARA, Giovanni F. 1999. "Por qué es tan difícil construir las instituciones", *Desarrollo Económico* 38 (152): 925-953.

LEVI, Margaret. 1997. "A model, a method, and a map: rational choice in comparative and historical analysis", en Lichbach, M. I. and Zuckerman, A. S., *Comparative politics. rationality, culture, and structure*. Cambridge: Cambridge University Press.

LONGO, Francisco. 2003. "Revisió d'alguns elements clau de la situació de la funció pública a Catalunya" a Fernández, A.; Muñoz, X. i Sisternas, X. (coord.): *Informe Pi i Sunyer sobre l'Administració de la Generalitat de Catalunya*. Fundació Carles Pi i Sunyer. Barcelona.

———. 1996. *Políticos, directivos y sindicatos como actores de la gestión de recursos humanos en las administraciones públicas*. *Papers ESADE*, núm. 148. Julio, 1996.

———. 1995. "Reforma del empleo público: Tótem y Tabú", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 2: 5-15.

MAHONEY, James. 2000. "Path dependence in historical sociology", *Theory and Society* 29 (4): 507-548.

MARCH, James G. i OLSEN, Johan P. 1989. *Rediscovering institutions*. New York: Free Press.

MAURI, Joan. 1999. "La distribución de competencias en materia de función pública" *Autonomies*, núm. 24.

MEYER, John W. i ROWAN, Brian. 1991. "Institutionalized organizations: formal structure as a myth and ceremony" en DiMaggio, P. and Powell, W., *The new institutionalism in organizational analysis*. Chicago: Chicago University Press.

NIETO, Alejandro. 1997. "Condicionantes y determinantes de la Administración Pública española histórica". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 7-8.

NOGUER, Carme i GUZMÁN, Neus. 2007. *La gestió dels recursos humans per competències: una experiència municipal*. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona.

PARRADO, Salvador. 2002. *Sistemas administrativos comparados*. Colección Temas de Gestión y Administración Pública. Tecnos – UPF. Madrid.

PETERS, B. Guy. 1999. *Institutional theory in political science: the "new institutionalism"*. London: Painter.

PIERSON, Paul. 2000. "Increasing returns, path dependence, and the study of politics", *American Political Science Review* 94 (2): 179-194.

RAMIÓ, Carles i SALVADOR, Miquel. 2002. "La configuración de las administraciones de las comunidades autónomas: entre la inercia y la innovación institucional" en Subirats, J. y Gallego, R., *Veinte años de autonomías en España. Leyes, políticas públicas, instituciones y opinión pública*. Madrid: CIS.

RAMIÓ, Carles i SUBIRATS, Joan. 1996. "Los aparatos administrativos de las Comunidades Autónomas (1980-1995): entre el mimetismo y la diferenciación". *Revista Vasca de Administración Pública* 45 (II): 151-181.

SALVADOR, Miquel. 2005a. *Institucions i polítiques públiques en la gestió dels recursos humans de les comunitats autònomes*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.

———. 2005b. "La función pública autonómica como institución: ¿buscando alternativas o reforzando un modelo? Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya" a *Revista Española de Ciencia Política*, Núm. 12: 129-151.

———. 2003. *Instituciones y políticas públicas en la gestión de los recursos humanos de las Comunidades Autónomas*. Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra.

———. 1997. *Polítiques de funció pública: l'avaluació de recursos humans*. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona.

SCOTT, W. Richard. 1995. *Institutions and organizations*. Thousand Oaks: Sage.

VILLORIA, Manuel. 2003. "La función pública de la Comunidad de Madrid" en *El Derecho Público de la Comunidad de Madrid*.

VILLORIA, Manuel i DEL PINO, Eloísa. 1997. *Manual de Gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*. Tecnos. Madrid.

XIRAU, Joan. 2000. "Noves institucions per millorar la gestió" ponència presentada en el *I Congrés Català de Gestió Pública*, Barcelona (www.congres.lluert.net).

RESUM

En el context del progressiu desplegament de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de l'any 2006, amb les incerteses pròpies del procés i del context en el qual s'està realitzant, sorgeixen debats al voltant de les capacitats efectives de gestió de les competències autonòmiques, una de les quals és la mateixa gestió dels professionals i de les professionals que integren l'Administració autonòmica catalana. Respecte d'aquest àmbit es planteja la qüestió sobre fins a quin punt s'han utilitzat els marges de maniobra existents per gestionar de forma innovadora i diferenciada aquests contingents de recursos humans, atenent tant voluntats polítiques com condicionants derivats de la inèrcia mateixa de les organitzacions públiques, les elits administratives o els mateixos marcs institucionals que regulen el funcionament de l'àmbit.

Amb la voluntat d'aportar evidències i argumentacions a aquest debat, l'article formula algunes preguntes sobre la configuració i l'evolució de la funció pública autonòmica, en què destaquen des dels denominats enfocaments neoinstitucionalistes alguns factors que contribueixen a explicar la trajectòria seguida i els resultats assolits. A tall prospectiu s'introdueixen alguns àmbits d'innovació i s'aporten arguments sobre el seu encaix amb el model vigent i, d'acord amb els plantejaments neoinstitucionalistes, sobre el seu potencial efectiu de transformació.

Paraules clau: institucions; Administració pública autonòmica; Generalitat de Catalunya; neoinstitucionalisme; funció pública; gestió pública; innovació.

RESUMEN

En el contexto del progresivo despliegue del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006, con las incertidumbres propias del proceso y del contexto en el que se está realizando, surgen debates en torno a las capacidades efectivas de gestión de las competencias autonómicas, siendo una de ellas la misma gestión de los profesionales y de las profesionales que integran la Administración autonómica catalana. Con respecto a este ámbito se plantea la cuestión sobre hasta qué punto se han utilizado los márgenes de maniobra existentes para gestionar de forma innovadora y diferenciada estos contingentes de recursos humanos, atendiendo tanto a voluntades políticas como a condicionantes derivados de la inercia propia de las organizaciones públicas, las elites administrativas o los mismos marcos institucionales que regulan el funcionamiento del ámbito.

Con la voluntad de aportar evidencias y argumentaciones a este debate, el artículo formula algunas preguntas sobre la configuración y evolución de la

función pública autonómica, destacando desde los denominados enfoques neoinstitucionalistas algunos factores que contribuyen a explicar la trayectoria seguida y los resultados conseguidos. Prospectivamente se introducen algunos ámbitos de innovación y se aportan argumentos sobre su encaje con el modelo vigente y, de acuerdo con los planteamientos neoinstitucionalistas, sobre su potencial efectivo de transformación.

Palabras clave: instituciones; Administración pública autonómica; Generalitat de Cataluña; neoinstitucionalismo; función pública; gestión pública; innovación.

ABSTRACT

In the context of the progressive rolling out of the Statute of Autonomy of Catalonia of 2006, with the uncertainties characteristic of the process and the context in which it is taking place, debate is emerging regarding the effective administrative capacity of the Autonomous Communities' jurisdictions, including that of the very professionals who make up the administration of the Autonomous Community of Catalonia. Regarding this field, the following issue arises: the extent to which the existing potential for innovatively and differently managing these personnel has been used, taking into account political will as well as factors derived from the inertia characteristic of public organizations, administrative elites, or the very institutional frameworks that regulate the functioning of the field.

With the aim of contributing evidence and arguments to this debate, the article poses some questions about the structure and development of public service in the Autonomous Communities, highlighting some factors from the so-called neo-institutionalist perspectives that contribute to explaining the path followed and the results achieved. With regard to the future, some areas for innovation are introduced and arguments put forward regarding how to integrate them into the system that is currently in force and, in accordance with neo-institutionalist approaches, their effective potential for transforming the system.

Key words: institutions; Administration by the Autonomous Communities; Catalan Government; Neo-institutionalism; Public service; Public administration; innovation.

LA PROPUESTA MARROQUÍ DE AUTONOMÍA PARA EL SÁHARA OCCIDENTAL DE 2007: UNA ANTIGUA PROPUESTA SIN CREDIBILIDAD*

Carlos Ruiz Miguel

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. El contexto interno y externo del documento. 1.1. El contexto interno: una monarquía absoluta y centralista. 1.2. El contexto externo: la necesidad de justificar el rechazo al Plan Baker. – 2. Análisis jurídico-internacional de la “iniciativa” marroquí: contradicción insalvable y confusión interesada. 2.1. Un proyecto con dos premisas contradictorias entre sí: autodeterminación saharauí y soberanía marroquí. 2.2. Un referéndum confuso, sin libertad de elección ni de debate. – 3. Análisis jurídico-constitucional de la “iniciativa” marroquí: nada es lo que parece. 3.1. La distribución de competencias entre Marruecos y el Sáhara Occidental. 3.2. El sistema de resolución de conflictos. 3.3. La organización de la autonomía. 3.4. La garantía de la autonomía y el sistema constitucional marroquí. 3.5. Los derechos fundamentales. 3.6. El cuerpo electoral. – 4. Conclusión. – *Resumen-Resum-Abstract.*

El presente trabajo pretende argumentar que el nuevo proyecto de autonomía para el Sáhara Occidental presentado por Marruecos en 2007 es incluso más regresivo que el anterior proyecto marroquí de 2003. La “Iniciativa marroquí para la negociación de un estatuto de autonomía para el Sáhara” presentada por Marruecos ante Naciones Unidas el 11 de abril de 2007, se presentó como alternativa al bloqueo marroquí del “plan Baker” (“solución política óptima” apoyada por el Consejo de Seguridad unánimemente). Esta “iniciativa”, recibida con elogios por algunos altos responsables norteamericanos, franceses y

Artículo recibido el 05/10/2007; aceptado el 06/03/2008.

* Este trabajo constituye una ampliación de mi trabajo “La propuesta marroquí de autonomía para el Sáhara Occidental de 2007: demasiados agujeros negros” (GEES, 2007).

españoles contiene diversos (demasiados) “agujeros negros” que desvirtúan sus elementos esenciales.

El propósito de este análisis es demostrar, en primer lugar, que, desde un punto de vista internacional, esta “iniciativa” marroquí, aunque sigue conteniendo aspectos contrarios a la legalidad internacional (como la premisa de que el Sáhara Occidental forma parte de Marruecos), contiene otros (reconocimiento de la autodeterminación y del referéndum) que constituyen un nuevo viraje en la política exterior de este país sobre el Sáhara, necesario tras haberse puesto Marruecos en una posición abiertamente ilegal.

En segundo lugar, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, se pretende argumentar que esta “iniciativa” constituye una grave regresión respecto a los anteriores proyectos de autonomía presentados por Marruecos o por Naciones Unidas. Esta regresión, que se produce en materias tan importantes como la organización del poder, el censo, el referéndum, los recursos naturales, los derechos humanos o las garantías de la autonomía, hace que estemos ante un texto que carece de seriedad y credibilidad para constituir el punto de partida de ninguna negociación sobre el futuro del Sáhara Occidental. Por lo demás, en este análisis no se comparará la autonomía prevista para el Sáhara Occidental con otras autonomías internacionales como la de Palestina,¹ que pondrían aún más de manifiesto la insuficiencia de la propuesta marroquí.

1. El contexto interno y externo del documento

1.1. El contexto interno: una monarquía absoluta y centralista

El análisis de este documento debe partir de una doble y complementaria constatación en el plano interno marroquí: Marruecos es una monarquía absoluta y Marruecos es uno de los Estados más centralistas del mundo.

1. La autonomía palestina se halla regulada en el “Acuerdo transitorio israelo-palestino sobre Cisjordania y Gaza”, firmado en Washington el 28 de septiembre de 1995. El texto de este acuerdo, conocido también como “Oslo 2” se puede consultar en: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Peace/interim.html>

1.1.A. Desde que obtiene su independencia en marzo (proteCTORADO francés) y abril (proteCTORADO español) de 1956 hasta 1962, Marruecos no contaba ni siquiera con una Constitución nominal. El 7 de diciembre de 1962 se aprueba la primera Constitución nominal marroquí, que ha sido objeto de cuatro reformas importantes (31 de julio de 1970, 10 de marzo de 1972, 9 de octubre de 1992 y 10 de octubre de 1996) y de tres reformas menores (23 de mayo de 1980, 30 de mayo de 1980 y 15 de septiembre de 1995).²

Aunque la Constitución nominal marroquí hable de este país como una “Monarquía constitucional”, el hecho, jurídica y políticamente indiscutible, es que Marruecos es una monarquía absoluta de Derecho divino donde el rey es quien maneja los tres poderes del Estado. En efecto, como reconoce un autor marroquí, el jefe del Estado no solo tiene el poder temporal, sino también un poder espiritual en cuanto “príncipe de los creyentes (musulmanes)”. Según el artículo 19 de la “Constitución” marroquí, esta cualidad religiosa pone al rey “por encima de las instituciones y del ordenamiento jurídico, incluida la propia Constitución”. Esta situación ha llevado al rey a rechazar el principio de separación de poderes (incluso aunque esté recogido en la Constitución) y a limitar la soberanía de la nación en tanto que el rey está investido del poder por voluntad divina. El rey se ve a sí mismo como el titular legítimo de todos los poderes que puede monopolizar o en cuyo ejercicio pueden implicarse sus subordinados. Esta “concepción teocrática del poder tiene importantes consecuencias para las demás instituciones políticas de Marruecos”. Para entender esto, “no debemos atender a la Constitución escrita, que solo es una pantalla, sino a las declaraciones mediante las cuales el rey define su papel”.³

Nada de esto ha cambiado con el supuesto proceso de “reformas” emprendido en Marruecos. Como afirman Ottaway y Riley⁴ “las

2. Mohammed Amine Benabdallah, «Propos sur l'évolution constitutionnel au Maroc», *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement (REMALD)*, n° 36, 2001, p. 9 s.

3. Omar Bendourou, “Power and Opposition in Morocco” en *Journal of Democracy* 7.3 (1996) 108 ss. (110-111).

4. Marina Ottaway & Meredith Riley, *Morocco: From top-down to democratic transition*, Carnegie Papers. Middle East Series, n° 71 (2006). Cfr. P. 8: “the reforms enacted by both Hassan II and Mohammed VI are not real political reforms that have changed the distribution of power and the nature of the political system. Power still resides in the monarchy, which is untrammelled by constitutional provisions and institutional checks and

reformas aprobadas por Hassán II y Mohamed VI no son auténticas reformas políticas que hayan cambiado la distribución del poder y la naturaleza del sistema político. El poder aún reside en la monarquía que no se haya limitada por ninguna previsión constitucional ni por ningún freno institucional. El rey sigue siendo libre de tener en cuenta o no el resultado de las elecciones cuando forma un nuevo gobierno. Los consejeros reales aún supervisan los actos de los ministerios del gobierno. Después de casi veinte años de proceso de reformas, la democratización aún tiene que empezar en Marruecos”.

El carácter absoluto del sistema político encuentra su fiel reflejo en el sistema de fuentes. La fuente superior del ordenamiento jurídico es la voluntad del rey. Un decreto del rey (*dahir*), dictado al amparo del art. 19 de la Constitución es una fuente de Derecho *que no puede ser revisada por ninguna instancia*. En Marruecos existe, sí, un Consejo Constitucional inspirado en su homónimo francés, pero este órgano solo puede verificar la conformidad con la Constitución de las leyes, pero en absoluto de los *dahires* dictados por el rey invocando el mencionado art. 19.⁵ Es más, una simple palabra del rey, aun sin estar escrita tiene el mismo valor jurídico.

Por lo demás, la calificación política del caso marroquí va más lejos aún, pues el monarca no solo posee todo el poder político, sino que controla más de la mitad de la economía marroquí y, además, pretende el control de las almas al autoatribuirse el título de “príncipe de los creyentes (musulmanes)”. En definitiva, en pocos casos en la historia ha habido una acumulación de poder tan intensa como la que, a día de hoy, existe en Marruecos.

1.1.B. Por otro lado, aunque no todo Estado centralista es totalitario, por definición todo Estado totalitario es centralista. Y esto es lo que ocurre en Marruecos. En el Marruecos tradicional, anterior al establecimiento del protectorado hispano-francés sobre Marruecos,

balances. The king remains free to take into account the outcome of elections when forming a new government or to ignore it. Royal counselors still oversee the operations of government ministries. Almost twenty years into the reform process, democratization has yet to begin in Morocco”.

5. Así se desprende del art. 81.3 de la Constitución marroquí de 1996 y del art. 22 de la Ley Orgánica nº 29-93, de 25 de febrero de 1994, relativa al Consejo Constitucional (modificada por la Ley Orgánica 8-98, de 28 de septiembre de 1998).

en 1912, existían diversos poderes locales que disponían de un gran margen de actuación y una amplia autonomía que hacía que la autoridad administrativa no estuviera tanto en las manos del poder central cuanto en el de las tribus que conforman el país. Sin embargo, al establecerse el protectorado todo cambió. El gobernador francés (*Résident général*) del protectorado marroquí, el mariscal Lyautey, emprendió una serie de reformas administrativas que llevaron a configurar administrativamente a Marruecos según el esquema francés. La centralización se erigió en credo sacrosanto para facilitar la sumisión a las autoridades coloniales.⁶

Este modelo centralizador fue asumido por la monarquía en el momento de la independencia. Marruecos, constituido por una doble serie de pluralidades (árabe y bereber; español y francés) se centralizó reprimiendo el componente bereber y la herencia española. Pero entre Francia y Marruecos había una diferencia muy importante: mientras que el origen del poder centralizado en el país europeo era democrático, el del norteafricano no lo era. No tiene así nada de extraño que la entrega a la monarquía marroquí de las dos zonas bajo protectorado español (el Rif y Tarfaya, en abril de 1956 y de 1958, respectivamente) fuera seguida de sendas rebeliones contra el poder central que fueron, sobre todo en el caso del Rif, aplastadas de forma brutal.⁷

De la misma forma que Marruecos tuvo, a partir de 1962, una Constitución nominal, a partir de 1971 se inicia un proceso de "regionalización" que es también puramente nominal. En 1971, Marruecos se divide en siete "regiones económicas". En la revisión constitucional de 1992, se introduce la "región" como "colectividad local" y el 2 de abril de 1997 se aprueba una ley sobre regiones que pretende dar un contenido administrativo a esta categoría. Esta ley fija el número de regiones (16), su nombre, su capital y su extensión terri-

6. Mohammed Amine Benabdallah. "De la régionalisation constitutionnelle et du respect de la souveraineté nationale". Comunicación presentada en el coloquio *Les enjeux constitutionnels de la régionalisation: Perspectives marocaines et expériences étrangères*, organizado por la Association Marocaine de Droit Constitutionnel, los días 24 y 25 de marzo de 2006 en la Facultad de Derecho de Rabat-Agdal.

7. Me he referido a estos dos episodios en mi libro *El Sáhara Occidental y España. Historia, Política y Derecho. Análisis crítico de la política exterior española*, Dykinson, Madrid, 1995. Sobre la rebelión y subsiguiente represión en el Rif y en Tarfaya, p. 62 ss.

torial, así como el número de consejeros que se deben elegir en cada una.

Por lo que respecta al Sáhara Occidental, el territorio aparece unido con parte del sur de Marruecos que, aunque históricamente era saharauí, por mor de la evolución colonial quedó anexionado a Marruecos en 1912. El Sáhara Occidental, en sus fronteras internacionalmente reconocidas, comprende dos regiones: El Aaiún-Bojador-Saguia El Hamra (139.480 km², 175.669 habs. en 1994 y capital en El Aaiún), y Río de Oro (50.880 km², 36.751 habs. en 1994 y capital en Dajla-Villa Cisneros). Precisamente, una de las cuestiones que se han debatido en Marruecos es si la eventual autonomía se concedería al territorio *histórico* del Sáhara Occidental (que comprende parte del sur marroquí, entre el río Draa y el paralelo 27'40°) o al territorio en sus fronteras internacionalmente reconocidas.⁸ Ahora bien, existe una tercera región que se encabalga entre los territorios internacionalmente reconocidos del sur de Marruecos y del Sáhara Occidental, y que es la región de Gulimín-Smara (133.730 km²).

1.2. El contexto externo: la necesidad de justificar el rechazo al Plan Baker

La propuesta marroquí sobre el Sáhara Occidental también debe entenderse a la luz del contexto internacional del conflicto. La proposición por parte de Marruecos de una "autonomía" para el Sáhara Occidental no es, ni mucho menos, algo novedoso, pues es la táctica que se ha venido siguiendo cuando la posición marroquí en el conflicto era delicada.

1.2.A. La propuesta marroquí de 2007 tiene antecedentes en 1985, 2001 y 2003. En efecto, la primera vez que se presenta públicamente esta propuesta es cuando aún estaba activa la guerra del Sáhara, en 1985. Para intentar parar la guerra, Hassán II dijo entonces que "todo era negociable excepto el sello y la bandera". En aquel entonces, Hassán II propuso una autonomía para los saharauis en la que estos tuvieran

8. Aluden a este problema Malainin Lakhal, Ahmed Khalil & Pablo San Martín, "Moroccan Autonomy for the Western Sahara: A Solution to a Decolonisation Conflict or a Prelude to the Dismantling of a Kingdom?", en *Review of African Political Economy (ROAPE)*, Vol. 33, núm. 108 (2006), p. 336 ss. (339).

libertad absoluta en materia de administración local, policía, justicia y explotación de los recursos naturales, y en la que quedara en manos de Marruecos solo el Ejército y el control de las fronteras.⁹

Más tarde, cuando en diciembre de 1999 se termina de confeccionar por la ONU el censo electoral previsto en el Plan de Paz (1988-1990) para votar en el referéndum de autodeterminación, Marruecos decide romper con el citado Plan y, para intentar amortiguar el coste político de la ruptura de los compromisos solemnemente aceptados, propone una "tercera vía" consistente en otorgar una autonomía al territorio. Aquella "tercera vía" se concretó en el Proyecto de Acuerdo Marco que, formalmente, fue propuesto por el Enviado Personal del Secretario General de la ONU (materialmente se reconoció que estaba "inspirado" por Marruecos), pero no llegó a ser aprobado por el Consejo de Seguridad.¹⁰

Posteriormente, el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad la resolución 1495 que avala el "plan Baker" como "solución política óptima" para resolver el Sáhara Occidental. El "plan Baker" consistía en una fórmula de compromiso según la cual se establecía un régimen de autonomía durante cinco años (bajo la tutela de la ONU), al que seguiría un referéndum de autodeterminación para elegir entre la independencia del territorio u otras opciones.¹¹

Finalmente, en diciembre de 2003, Marruecos decidió presentar formalmente, por primera vez, una propuesta articulada de autonomía que el Enviado Personal del Secretario General, James Baker, juzgó "insuficiente".¹²

9. Majdouline El Atouabi, "Quel autonomie pour le Sahara?", *Maroc Hebdo*, nº 690 (17-III-2006), [http://www.maroc-hebdo.press.ma/MHinternet/Archives_690/html_690/quelle.html].

10. El texto del proyecto de "Acuerdo Marco para el estatuto del Sáhara Occidental" se encuentra publicado como Anexo I del informe del Secretario General de Naciones Unidas, de 20 de junio de 2001 (S/2001/613) [http://www.umdraiga.com/documentos/ONU_informessecregralconsejoseguridad/S_2001_613_PB1_es.htm].

11. El texto del "plan Baker", oficialmente llamado "Plan de paz para la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental", se haya publicado como Anexo I del informe del Secretario General de 23 de mayo de 2003 (S/2003/565) [http://www.umdraiga.com/documentos/ONU_informessecregralconsejoseguridad/S_2003_565_PB2_es.htm].

12. El texto del proyecto se encuentra en: <http://www.arso.org/projetA2003.htm>. Sobre ese proyecto y las consideraciones que del mismo haga aquí me remito a mi análisis "«El proyecto marroquí de 'Autonomía' para el Sáhara de 2003: Análisis y consecuencias para el futuro" (6-X-2006) [<http://www.gees.org/articulo/3083/>].

1.2.B. En la reunión celebrada con James Baker (Enviado Personal del Secretario General) el 15 de abril de 2004, Marruecos dio su respuesta definitiva al Plan de paz para la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental ("Plan Baker"), adjunta a una carta de fecha 9 de abril de 2004 dirigida a James Baker por el Ministro de Relaciones Exteriores y Cooperación de Marruecos.¹³ En esa carta, Marruecos rechaza el principio de autodeterminación y la celebración de un referéndum para aplicarlo, pese a que ambos (ese principio y ese medio) están consagrados por Naciones Unidas. El texto de la carta es claro: para Marruecos, la "autonomía, convenida entre las partes y las Naciones Unidas, cerraría la cuestión de la libre determinación". De esta suerte, "la solución de autonomía, una vez acordada por las partes y aprobada por la población, excluye por definición que se someta a ésta la opción de la independencia". Es más, "el carácter definitivo de la solución de autonomía no es negociable para el Reino". Y concluye que "está fuera de lugar que Marruecos entable negociaciones con quien sea acerca de su soberanía e integridad territorial". En definitiva, este lenguaje diplomático evitaba aceptar expresamente el principio de autodeterminación (se excluían las opciones que la legalidad internacional establece para descolonizar un territorio) y la celebración de un referéndum (solo se hablaba de que la fórmula debía ser "aprobada por la población", sin decir cómo ni por qué "población").

El rechazo marroquí produjo un bloqueo de la situación. Algunos avanzamos la idea de que más allá del "plan Baker" no era posible ninguna solución,¹⁴ pero otros han creído que sí que era posible. Es el caso de los responsables de la política exterior de EE.UU. El representante norteamericano ante el Consejo de Seguridad, declaró, tras la adopción de la resolución 1720, el 31 de octubre de 2006, que había "exhortado a Marruecos a presentar una proposición de autonomía 'global y creíble' para el territorio" y que había sugerido a Marruecos, para ello, negociaciones directas con el pueblo saharauí.¹⁵

13. Anexo I del informe del SG S/2004/325. Puede consultarse en: http://www.umdraiga.com/documentos/ONU_informessecregralconsejoseguridad/S_2004_325_es.htm

14. «El largo camino jurídico y político hacia el "Plan Baker II": ¿Estación de término?», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V (2005), p. 445 ss. [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/5/art/art14.pdf>].

15. <http://www.un.org/News/Press/docs/2006/sc8860.doc.htm>. En la versión francesa (no auténtica, obviamente) se dice que las negociaciones deben ser "con los representantes del conjunto de la población saharauí" [<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2006/CS8860.doc.htm>].

Esta "exhortación" tuvo una cierta eficacia. En efecto, consiguió que, por fin, Marruecos presentara una "proposición de autonomía", algo que Marruecos venía anunciando constantemente pero que nunca llevaba a cabo, después de haber presentado su proyecto de diciembre de 2003 que fue rechazado por la ONU. Es la "Iniciativa marroquí para la negociación de un Estatuto de autonomía de la región del Sáhara".¹⁶ Ahora bien, si esta proposición es "creíble" es algo que vamos a examinar a continuación.

2. Análisis jurídico-internacional de la "iniciativa" marroquí: contradicción insalvable y confusión interesada

Desde la perspectiva del Derecho Internacional, hay algunas diferencias entre la "Iniciativa" marroquí de abril de 2006 y el proyecto de 2003 presentado por ese país. Sin embargo, ambos textos parten de las mismas premisas, incompatibles con el Derecho Internacional, que dan lugar a consecuencias igualmente incompatibles.

2.1. Un proyecto con dos premisas contradictorias entre sí: autodeterminación saharauí y soberanía marroquí

2.1.A. El proyecto de autonomía marroquí de diciembre de 2003 no aludía en ningún momento al principio de autodeterminación (a pesar de que Marruecos ya aceptó expresamente, por primera vez en los años 60, y luego en los años 80 y 90, dicho principio). Por contra, el proyecto de abril de 2007 sí que acepta expresamente de nuevo el principio de autodeterminación. Y lo hace en dos lugares. En primer lugar, en el punto 8 del proyecto, donde dice que "el estatuto de autonomía, resultante de las negociaciones, será sometido a una consulta mediante referéndum de las poblaciones concernidas, conforme al principio de la autodeterminación y de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas". Y en segundo lugar, en el punto 27 que dispone que la autonomía será sometida a un referéndum que "constituye, conforme a la legalidad internacional, a

la Carta de las Naciones Unidas y a las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, el libre ejercicio, por estas poblaciones, de su derecho a la autodeterminación". A este cambio de posición de Marruecos (esto es, a la aceptación expresa del principio de autodeterminación) pueden aplicársele las palabras de la resolución 1754 ("acogiendo con beneplácito los esfuerzos serios y creíbles de Marruecos para hacer avanzar el proceso hacia una solución").

2.1.B. Sin embargo, este paso positivo, que es la aceptación por Marruecos de la legalidad internacional (que en el pasado había aceptado pero luego rechazado), es incompatible con otros pasajes del proyecto de 2007 que, ciertamente, no satisfacen las exigencias del Derecho Internacional. Del mismo modo que el proyecto de 2003 (punto 4), el de abril de 2007 parte de una premisa que es contradictoria con el principio de autodeterminación y contraria al Derecho Internacional. A saber, que el Sáhara Occidental se halla *ahora* bajo soberanía marroquí. Esta premisa se encuentra en varios pasajes de la "iniciativa" de 2007. Así, en el punto 2, se afirma: "Marruecos se [compromete] a someter una iniciativa para la negociación de un estatuto de autonomía de la región del Sáhara, en el marco de la soberanía del Reino y de su unidad nacional". Igualmente, el punto 14 dice que "el Estado conservará la competencia exclusiva, particularmente sobre: los atributos de soberanía, (...)".

Autodeterminación significa que el destino del territorio depende de lo que decida su población originaria. Esto es consecuencia de reconocer que *la soberanía del territorio pertenece a la población originaria* y solo ella puede decidir *soberanamente* si el Sáhara será marroquí, independiente u otra cosa. Es evidente que el proyecto de 2007, igual que sucedía con el "acuerdo marco" y con el proyecto de 2003, establece como premisa (que el Sáhara Occidental forma parte de la "integridad territorial" marroquí y está bajo "soberanía" de Marruecos) lo que solo puede ser una conclusión del proceso de autodeterminación (que el pueblo del Sáhara Occidental decida libremente integrarse en Marruecos). Por esta razón, James Baker y las Naciones Unidas consideraron que el proyecto marroquí de 2003 era "insuficiente". Y por esta razón también es "insuficiente" el proyecto de 2007. En efecto, esta premisa constituye una negación del derecho a la libre determinación del pueblo saharauí, que es inadmisibles en el Derecho Internacional.

2.1.C. Es evidente que el reconocimiento del principio de autodeterminación que hacen los puntos 8 y 27 del proyecto (y que implica que la soberanía es del pueblo saharauí) es incompatible con lo dispuesto en el punto 2 (que la soberanía del Sáhara Occidental corresponde al Reino de Marruecos antes de la celebración del referéndum). Esta contradicción, sin duda, resta seriedad a la iniciativa. Por lo demás, como veremos continuación, esta cuestión tiene una importancia esencial para valorar el carácter del referéndum previsto en el proyecto.

2.2. Un referéndum confuso, sin libertad de elección ni de debate

2.2.A. Una vez que Marruecos ha aceptado el principio de autodeterminación, es necesario ponerlo en práctica y, para ello, el Derecho Internacional vigente dispone un medio que es el “referéndum” libre y democrático, supervisado por la ONU. Ello obliga a precisar qué se entiende en el Derecho Internacional por “referéndum de autodeterminación”. Y lo que está claro es que la autodeterminación exige como condición *sine qua non* la posibilidad de elegir entre varias opciones, entre las cuales debe incluirse, siempre, la de independencia.

La resolución 2625, de la Asamblea General de la ONU que, junto con la resolución 1514 del mismo órgano, constituyen el Derecho aplicable a la generalidad de los casos de descolonización, dentro de los cuales se halla el Sáhara Occidental, dispone que “el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo”.

Por su parte, en una opinión jurídica de la Secretaría de las Naciones Unidas de 29 de agosto de 1980, se confirmó la idea de que un referéndum para la libre determinación de los pueblos solo merece tal calificativo cuando, efectivamente, se contempla de forma clara la posibilidad de optar por la independencia (además de por otros posibles estatutos políticos, como el Estado libre asociado o la autonomía). Así, y cito textualmente, se afirmó que: “En conclusión, cabe decir que la práctica de las Naciones Unidas, tanto en el plano de la

elaboración de los principios generales como en el plano de la aplicación concreta de esos principios, ha establecido que la condición de Estado es un modo de aplicación legítimo del derecho de libre determinación. La condición de Estado incluso ha surgido como la forma más común y por ende normal de libre determinación, y no puede esperarse que la Asamblea General acepte alguna otra forma, a menos que los pueblos que optan por una condición distinta a la de Estado independiente lo hagan a pesar de que dicha condición sea una alternativa claramente posible".¹⁷

2.2.B. Las premisas, incompatibles entre sí, del proyecto marroquí de 2007, dan lugar a lecturas igualmente incompatibles acerca del significado que tiene el referéndum que se prevé en esta "iniciativa". Todo parece indicar que el referéndum previsto en el proyecto de 2007, ni es libre, ni contempla la posibilidad de elegir entre diversas opciones. A pesar de que el discurso oficial marroquí (promovido por el mismo rey Mohamed VI) sostenía que el referéndum como medio de solucionar el conflicto había quedado "caduco", tanto la propuesta de 2003, como ésta de 2007, demuestran que los deseos no pueden negar la realidad del Derecho Internacional.

El proyecto marroquí de 2007 contempla la celebración de un "referéndum", pero ¿es el referéndum que la legalidad internacional exige? Dos son los problemas claves. El primero, el referido a la "libertad" del referéndum. El segundo, a la posibilidad misma de elegir entre diversas opciones.

2.2.C. El proyecto marroquí de 2007 pone en cuestión la "libertad" del referéndum de autodeterminación. Según el proyecto, "el estatuto de autonomía de la Región será objeto de negociaciones y se someterá a una libre consulta mediante referéndum de las poblaciones concernidas" (punto 27). Ahora bien, luego añade que "con esta finalidad, *las partes se comprometen a obrar conjuntamente y de buena fe a favor de esta solución política y de su aprobación por las poblaciones del Sahara*" (punto 28).

Lo dispuesto en el punto 27 puede ser aceptable como hábil recurso político para avalar el "sí" a la autonomía en el referéndum. En

17. *Anuario jurídico de las Naciones Unidas*, 1980, ST/LEG/SER.C/18, pp. 202-203.

efecto, si el proyecto sometido a referéndum es el fruto de un acuerdo entre Marruecos y el Frente Polisario, al Frente Polisario le resultaría políticamente difícil defender luego el "no". Difícil, pero no imposible. Pero el problema mayor lo plantea el punto 28, porque pretende que, incluso aunque el proyecto de autonomía haya sido acordado por Marruecos con el Frente Polisario, éste tenga que estar obligado a promover su aprobación. Si las dos partes quedan obligadas a promover el "sí", ¿dónde está la igualdad de oportunidades para quienes promuevan el "no"? Y sin igualdad de oportunidades entre ambas posturas, ¿cómo cabe hablar de un referéndum "libre"?

2.2.D. El proyecto marroquí de 2007 no permite elegir entre diversas opciones. En efecto, la pregunta es: si se sometiera a referéndum un eventual proyecto de autonomía, ¿qué ocurriría si el resultado fuera "no"? El proyecto marroquí de 2007 no dice nada *expresamente*. Y aquí tenemos que volver al principio de este análisis.

Si la premisa fuera la "autodeterminación", el resultado de votar "no" a la integración bajo forma de "autonomía" se podría interpretar como un "sí" automático a la independencia o como un mantenimiento de la situación colonial que exigiría ofrecer al pueblo una nueva opción (la del "estado asociado, por ejemplo) hasta que el pueblo colonizado decidiera su destino. Desde esta perspectiva, el "no" sería o bien la independencia automática o bien la obligación de someter a referéndum del pueblo colonizado una nueva opción, sin que en ningún caso el "no" pueda significar aceptación de la integración en la metrópoli colonial.

Ahora bien, si la premisa fuera la "soberanía" de Marruecos, el "no" al referéndum significaría que el Sáhara Occidental continuaría formando parte del territorio nacional sobre el que Marruecos ejerce su soberanía. Este sería el tipo de referéndums que se celebran en Quebec (Canadá) o Cataluña o Andalucía (España). En Quebec, cuando se vota "no" a la independencia, el "sí" tiene como resultado que se mantiene el status del territorio como autonomía bajo la soberanía canadiense. Si en Cataluña en 1979 se hubiera votado "no" al Estatuto de Autonomía, el resultado es que el territorio seguiría formando legalmente parte de España, sometido al poder central. Sin embargo, el Sáhara Occidental no es como Quebec o Cataluña por la sencilla razón de que no es territorio de soberanía marroquí.

La falta de seriedad y consistencia del proyecto marroquí en sus premisas fundamentales hace que los desarrollos del mismo no puedan aportar una solución “definitiva” y mucho menos “estable” al conflicto que tantos sufrimientos produce.

3. Análisis jurídico-constitucional de la “iniciativa” marroquí: nada es lo que parece

A la hora de analizar jurídico-constitucionalmente la seriedad y solvencia de la “iniciativa” marroquí de abril de 2007, conviene examinar varios puntos importantes: 1) la distribución de competencias entre Marruecos y el Sáhara Occidental; 2) el sistema de resolución de conflictos; 3) La organización de la autonomía; 4) La garantía de la autonomía y el sistema constitucional marroquí; 5) Los derechos fundamentales; y 6) El cuerpo electoral.

3.1. La distribución de competencias entre Marruecos y el Sáhara Occidental

La distribución de competencias que hace el proyecto de 2007 es inconsistente. El proyecto marroquí de autonomía de 2007 establece en sus puntos 12 y 13 cuáles son las competencias propias de la “Región Autónoma del Sáhara” (RAS). Por su parte, en los puntos 6, 14 y 15 se relacionan las competencias que corresponderían al Reino de Marruecos. En materia de distribución de competencias, el proyecto de 2007 supone una regresión respecto al proyecto de 2003.

En primer lugar, sigue negando a la RAS las competencias más importantes, dadas las características del territorio (recursos naturales, policía no local y justicia). En efecto, igual que en el 2003, el proyecto de 2007 atribuye estas competencias expresamente a Marruecos (punto 14).

En segundo lugar, respecto a las “competencias residuales” (es decir, las competencias que no estén expresamente atribuidas a una u otra parte) el proyecto marroquí de 2007 constituye un claro paso atrás respecto al proyecto de 2003. En efecto, mientras en el texto de 2003 la “competencia residual” correspondía a la RAS (punto 11), en la “iniciativa” de 2007 esa competencia residual queda aparente-

mente indefinida pero en realidad atribuida a Marruecos. En efecto, el punto 17 del proyecto de 2007 dice que "las competencias que no son atribuidas específicamente serán ejercidas, de común acuerdo, sobre la base del principio de subsidiariedad". Ahora bien, ¿quien decide sobre el modo en que se concreta el principio de subsidiariedad? Esa es una cuestión que atañe al modo de resolución de conflictos que, como veremos, atribuye a Marruecos la decisión sobre los mismos.

Finalmente, en tercer lugar, la "iniciativa" marroquí de 2007 contiene todo un "agujero negro" competencial en su punto 6. ¿Qué dice este punto? Pues que "el Estado conservará sus competencias en los dominios de regalía particularmente en lo relativo a la defensa, a las relaciones exteriores y a las atribuciones constitucionales y religiosas de Su Majestad el Rey". ¿Y cuáles son esas competencias? Pues todas. O sea, las del art. 19 de la Constitución. ¿Y qué es este artículo? Cualquier mínimo conocedor del sistema político marroquí sabe que el artículo 19 es TODO el sistema marroquí, porque de ese artículo se derivan poderes *absolutos* para el rey de Marruecos. Por eso, todo el debate (hoy silenciado) sobre la reforma política de Marruecos se vertebra acerca de la conveniencia de modificar el art. 19 de la Constitución marroquí, que en sí mismo ha sido considerado como "Supraconstitución", "Constitución implícita" o "Constitución dentro de la Constitución".¹⁸

Es decir, la "Iniciativa" marroquí de 2007, al atribuir dentro de la Región "autónoma" del Sáhara poderes absolutos al Rey ¡vacía la "autonomía" de todo su contenido! Resulta así más que dudoso que "esta iniciativa se inscribe en el marco de la edificación de una sociedad democrática y moderna, fundada sobre el Estado de derecho, las libertades individuales y colectivas y el desarrollo económico y social" (punto 3 de la "Iniciativa" de 2007) y que "de este modo, las poblaciones del Sahara administrarán por sí mismas y de manera democrática sus asuntos" (punto 5 de la "Iniciativa" de 2007). ¿Qué "credibilidad" puede tener esto allí donde el Rey tiene plenos poderes frente a los órganos supuestamente "autónomos"? ¿Puede ser cali-

18. Una buena exposición del debate sobre la necesidad de reformar la Constitución de Marruecos de 1996 puede verse en "Récrivons la Constitution", estudio especial aparecido en el semanario *Tel Quel* nº 173 (22 de abril de 2005) [http://www.telquel-online.com/173/couverture_173_1.shtml].

ficada como “seria” una “autonomía” donde un órgano del Estado central tiene todos los poderes? Solo desde la más profunda ignorancia del Derecho Constitucional y del sistema político marroquí se pueden hacer declaraciones como esas a la luz del punto 6 de la “iniciativa” marroquí.

3.2. El sistema de resolución de conflictos

La “Iniciativa” marroquí de 2007 para resolver los conflictos entre la región autónoma y Marruecos resulta insuficiente al no atribuirle a un órgano neutral. El proyecto marroquí de 2003 contenía una previsión expresa para la resolución de conflictos, que atribuía esta tarea al Consejo Constitucional marroquí. El proyecto de 2007 sigue la misma senda en sus puntos 23 y 24. En ellos se dice que “el Tribunal Regional Superior, la más alta jurisdicción dentro de la Región autónoma del Sáhara, estatuye, en última instancia, sobre la interpretación de la Ley de la Región, *sin perjuicio de las competencias del Tribunal Supremo y del Consejo constitucional del Reino*” (punto 23) y que “Las leyes, los reglamentos y las decisiones de justicia que emanan de los órganos de la Región autónoma del Sáhara, se deben ajustar al estatuto de autonomía de la mencionada Región y a la Constitución del Reino” (punto 24).

Las mismas objeciones que en su día hicimos al proyecto de 2003 son reiterables ahora. En efecto, “a diferencia de lo que ocurre en el “plan Baker” (“Plan de Paz para la autodeterminación del pueblo del Sáhara Occidental”)¹⁹ donde durante el período de autonomía la resolución última de los conflictos se atribuye a una instancia neutral (el Secretario General de la ONU), aquí la ‘competencia sobre las competencias’ (que no es sino expresión de la soberanía) se atribuye a un órgano, el Consejo Constitucional,²⁰ controlado por el Rey de Marruecos”. Como ya expuse,²¹ el “Consejo Constitucional” es un ór-

19. El texto del “Plan Baker” se publicó como Anexo I del informe del Secretario General de la ONU (S/2003/565), de 23 de mayo de 2003. Puede consultarse en: http://www.umdraiga.com/documentos/ONU_informessecregralconsejoseguridad/S_2003_565_PB2_es.htm

20. Puede consultarse la normativa marroquí sobre este órgano en: http://www.accpuf.org/index.php?option=com_content&task=view&id=148&Itemid=209

21. “La ‘tercera vía’ ante el Derecho Constitucional marroquí: una autonomía imposible” (5-II-2002) [http://sahara_opinions.site.voila.fr/CRM02.02.htm].

gano en el que la mitad de sus miembros, incluido su presidente (voto de calidad en caso de desempate), es designado directamente por el Rey. Se trata, en consecuencia, de un órgano que no tiene credibilidad suficiente para resolver este conflicto con garantías de imparcialidad. A todo ello se añade un agravante nuevo en el proyecto de 2007. El Consejo Constitucional marroquí puede juzgar la constitucionalidad de las "leyes"... ¡pero no la de los *dahíres* emitidos por el Rey al amparo del art. 19 de la Constitución! Dado que el proyecto atribuye en la región "autónoma" del Sáhara al rey los poderes del art. 19 de la Constitución, resulta que el ejercicio de estos no está sometido a ningún control (como, por otra parte, es propio de una monarquía absoluta).

3.3. La organización de la autonomía

La organización de la Región "autónoma" que establece el proyecto de 2007 también supone una regresión sobre lo dispuesto en el proyecto de 2003. La regulación sobre esta materia es la prueba más evidente de que el proyecto de "autonomía" marroquí, lejos de contribuir a la "democratización" de Marruecos como sostienen sus propagandistas, contribuye a cerrar las posibilidades de democratización real del sistema marroquí.

En primer lugar, en relación con el Ejecutivo regional, recordemos que el "Acuerdo marco" de 2001 ("Acuerdo marco sobre el Estatuto del Sáhara Occidental) y el "plan Baker" de 2003 disponían que el jefe del Ejecutivo autónomo sería elegido directamente por el pueblo. Ya el proyecto de 2003 dio un paso atrás al establecer que este órgano no sería elegido directamente por el pueblo, sino por la Asamblea regional, de entre sus miembros (art. 9). Ahora se dispone que el jefe del Ejecutivo sea elegido por la Asamblea, aunque no tenga que ser uno de sus miembros (punto 20).

En segundo lugar, el Parlamento se configura de modo claramente regresivo. Mientras en el proyecto de 2003, se establecía que todo él debía ser elegido por "sufragio universal directo", el proyecto de 2007 rompe ese sistema abriendo el camino al tribalismo. Ya no todo el Parlamento regional se elegiría por sufragio universal directo, sino solo una parte ("El Parlamento de la Región autónoma del Sáhara estará compuesto de miembros elegidos por las diferentes tri-

bus saharauis, y de miembros elegidos por sufragio universal directo por el conjunto de la población de la Región”, punto 19), de la que no se dice siquiera si será la mayoritaria.

En tercer lugar, como se ha dicho, toda esta organización “autónoma” salta por los aires merced a ese “agujero negro” que es el punto 6 de la “iniciativa” (“El Estado conservará sus competencias en los dominios de regalía particularmente en lo relativo a la defensa, a las relaciones exteriores y a las atribuciones constitucionales y religiosas de Su Majestad el Rey”), en relación con el ya citado art. 19 de la Constitución marroquí. Lo anterior significa que el rey de Marruecos, en cualquier momento, puede pasar por encima de cualquier órgano de la región “autónoma” del Sahara.

3.4. La garantía de la autonomía y el sistema constitucional marroquí

3.4.A. La experiencia histórica en materia de descolonización pone de relieve la importancia que tiene el establecimiento de una garantía de un eventual régimen de autonomía, máxime cuando se establece en el contexto de un Estado no democrático.

La experiencia de Eritrea, en el continente africano, debe inducir a la máxima vigilancia. Eritrea es el único precedente de la descolonización africana en que, en vez de organizar un referéndum de autodeterminación en el territorio, en el que su población decidiera libremente su futuro, y cediendo a las presiones de un Estado contiguo (Etiopía), en los años sesenta, las Naciones Unidas auspiciaron un régimen de autonomía dentro de la integridad territorial de dicho Estado. Meses después de ser establecida esta autonomía fue suprimida, lo que llevó a la población eritrea a protagonizar una cruenta guerra de liberación nacional, que concluyó con su independencia. Como se ve, un ejemplo muy poco edificante de las bondades de un régimen autonómico, cuando se pasa por encima de la voluntad de la población.²² Por otro lado, resulta importante recordar que EE.UU.

22. Juan Soroeta Licerias, “El Plan de Paz del Sáhara Occidental, ¿viaje a ninguna parte?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org, núm. 10, 2005 (p. 1 ss.), cfr. P. 30 [[http://www.reei.org/reei%2010/J.Soroeta\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/J.Soroeta(reei10).pdf)].

no puso objeción a la anexión de Eritrea por Etiopía debido a que era su aliado en la zona.²³

3.4.B. La garantía de la autonomía del proyecto de 2007 es tan frágil como en el proyecto de 2003. Recordemos que las propuestas de autonomía contenidas en el "Acuerdo marco" de 2001 y en el "plan Baker" de 2003 contenían un punto común: el estatuto no podía ser modificado unilateralmente por Marruecos ni por los órganos de la Autoridad del Sáhara Occidental en el "plan Baker". Además, en el "Acuerdo marco" se establecía una garantía internacional (Francia y EE.UU. garantizaban el respeto a lo dispuesto en el mismo).

Pues bien, el proyecto marroquí de 2003 dio un paso atrás y contemplaba implícitamente la posibilidad de que el Estatuto del Sáhara fuera modificado *unilateralmente* por Marruecos después de su entrada en vigor. Y lo mismo hace el proyecto marroquí de 2007 que afirma que "la Constitución marroquí será revisada y el estatuto de autonomía se incorporará a la misma como prueba de su estabilidad y de su lugar particular dentro del ordenamiento jurídico nacional". Ocurre que al convertir el Estatuto en un apéndice de la Constitución marroquí se permite que el mismo pueda ser modificado por quien puede modificar la Constitución marroquí, esto es, (teóricamente) por el pueblo marroquí, unilateralmente, sin que pueda oponerse el pueblo saharauí. Esto significa que dar naturaleza "constitucional" al estatuto de la RAS, lejos de suponer una mayor garantía, deja la puerta abierta a una modificación unilateral del mismo por parte de Marruecos mediante una reforma de la Constitución.²⁴

A mayor abundancia, resulta especialmente oportuna la sugerencia de que un proyecto que sea "serio" y "creíble" debiera establecer que "la libre aceptación del pueblo saharauí de un estatuto de

23. Así lo recuerda Yahia H. Zoubir, "Stalemate in Western Sahara: ending International legality", *Middle East Policy*, vol. XIV, N° 4, (2007) p. 158 ss. (174).

24. Ya hice esta observación en mi análisis del proyecto marroquí de 2003 (Cfr. «El proyecto marroquí de 'Autonomía' para el Sáhara de 2003: análisis y consecuencias para el futuro" (6-X-2006): <http://www.gees.org/articulo/3083/>). Esta misma idea ha sido repetida (aun que sin citar mi contribución) por el International Crisis Group. Cfr. *Western Sahara: Out of the Impasse*, Crisis Group Middle East/North Africa Report N°66, 11 Junio 2007, p. 7: http://www.crisisgroup.org/library/documents/middle_east__north_africa/egypt_north_africa/66_western_sahara__out_of_the_impasse.pdf

autonomía propio garantizado por las Naciones Unidas (...) solo podría derogarse o modificarse por el mismo procedimiento” establecido para su aprobación,²⁵ lo que no es el caso del proyecto marroquí de 2007.

3.5. Los derechos fundamentales

En materia de derechos fundamentales el proyecto de 2007 carece de toda credibilidad. Tanto el proyecto de “Acuerdo marco” como el “plan Baker” contenían cláusulas de garantía de los derechos fundamentales de la población del Sáhara Occidental. Aquellas cláusulas tenían una credibilidad porque las propuestas tenían una garantía sólida. El proyecto de 2003, sin embargo, no aludía en ningún momento a esta cuestión.

El proyecto de 2007 vuelve a contener una cláusula sobre derechos fundamentales, pero su redacción queda totalmente desvirtuada por el contexto socio-político, tal y como ha sido constatado por las propias Naciones Unidas. El proyecto dice que “las poblaciones de la Región se beneficiarán de todas las garantías que aporta la Constitución marroquí en materia de derechos humanos, tal y como son universalmente reconocidos” (punto 25). Ahora bien, ¿qué “garantías” aporta la Constitución marroquí? Tras el estallido de la “Intifada de la independencia”,²⁶ a tenor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), se puede decir que ninguna. En efecto, es tal la represión desencadenada contra la población civil del Sáhara Occidental ocupado que el Secretario General de la ONU decidió enviar al ACNUDH en mayo de 2006 en una misión para evaluar el alcance real de los hechos. El ACNUDH finalmente elaboró su informe, demoledor, sobre las violaciones de derechos humanos por parte de Marruecos en el Sáhara Occidental bajo su control. Ese informe, por presiones de Marruecos y Francia, no se ha hecho público, aunque su contenido se ha filtrado a la opinión pú-

25. Alberto Carnero y David Sarias, «Sáhara Occidental: deslealtad, dejación.... coresponsabilidad», *Papeles Faes* nº 46 (22/05/2007): http://www.fundacionfaes.es/documentos/boletin_1656.pdf

26. Sobre la represión desencadenada en Marruecos después del estallido de esta Intifada el 20 de mayo de 2005, pueden verse estas páginas: <http://www.arso.org/intifada2005s.htm> y <http://www.afapredesa.org>

blica.²⁷ A la luz de estos hechos, relatados por una instancia neutral y oficial de las Naciones Unidas, la disposición del proyecto marroquí de 2007 resulta un verdadero sarcasmo.

3.6. El cuerpo electoral

El proyecto marroquí no define el cuerpo electoral y deja abierta la puerta a interminables técnicas dilatorias que impidan la puesta en práctica de la autonomía saharauí una vez que las Naciones Unidas hayan reconocido eventualmente la "soberanía" marroquí sobre el territorio.

La primera solución para el conflicto del Sáhara Occidental acordada por Marruecos y el Frente Polisario fue el "Plan de paz" de 1988.²⁸ Sin embargo, es sabido que dicho Plan sufrió numerosas dilaciones y un aborto final por causa del censo electoral. En efecto, aunque el Consejo de Seguridad aprobó el plan en 1990 y 1991, la confección del censo, inicialmente prevista para unos meses, se demoró 10 años. Cuando, finalmente, en enero de 2000, la ONU terminó de elaborar el censo y el referéndum era inminente, Marruecos dio marcha atrás.

Precisamente porque el censo es uno de los problemas principales del conflicto, los proyectos de "Acuerdo marco" de 2001, el "plan Baker" de 2003 y el proyecto de autonomía marroquí de 2003 contenían cláusulas que definían con precisión el censo electoral a fin de evitar cualquier táctica dilatoria.

El proyecto marroquí de 2007 no contiene ninguna cláusula sobre el censo, el cual queda sujeto a una nueva negociación. Es éste un nuevo "agujero negro" en el proyecto marroquí. Como bien ha dicho una buena conocedora del asunto, dada la historia del conflicto, son más bien escasas las posibilidades de que las dos partes se pon-

27. El texto original del informe puede verse en: <http://www.arso.org/OHCHRRep2006en.pdf>. Una traducción no oficial española se puede consultar en: <http://www.umdraiga.com/ddhh/2006/noviembre/INFORMEOHCHRVISITAMAYO06.htm>

28. Aprobado por las resoluciones 658 (1991), 690 (1991) y 725 (1991) del Consejo de Seguridad.

gan de acuerdo mediante negociaciones (como sugiere el proyecto marroquí) en el censo electoral.²⁹ Aunque también se podría decir que, dada la historia del conflicto, el sugerir que el censo se acuerde mediante negociaciones de las partes en conflicto es un modo de impedir que llegue incluso a existir una autonomía. Algo que, sin duda, invita a poner en duda la credibilidad y seriedad del proyecto marroquí.

4. Conclusión

El proyecto marroquí de 2007 de autonomía para el Sáhara Occidental no puede ser entendido fuera del contexto interno y externo en el que se produjo. Desde el ángulo del Derecho Internacional, aunque contiene la aceptación expresa del principio de autodeterminación (lo que supone un “esfuerzo” de Marruecos), contiene cláusulas incompatibles con este principio. En particular, resulta contrario a la legalidad internacional que se pretenda celebrar un referéndum de autodeterminación de un territorio colonial sin incluir la opción de independencia. Desde la perspectiva del Derecho Constitucional, por su parte, un análisis de los diversos elementos de la “Iniciativa” marroquí (la distribución de competencias entre Marruecos y el Sáhara Occidental; el sistema de resolución de conflictos entre las dos instancias; la organización de la autonomía; la garantía de la autonomía y el sistema constitucional marroquí; los derechos fundamentales; y el cuerpo electoral) verifica que este texto constituye una regresión respecto al proyecto presentado por Marruecos en diciembre de 2003 y es, en todo caso, igualmente un paso atrás respecto a lo que preveía el “Acuerdo Marco” de 2001 y el “plan Baker” de 2003.

29. Anna Theofilopoulou, «Western Sahara – How to Create a Stalemate», *USIPeace Briefing* (United States Institute of Peace), May 2007 [http://www.usip.org/pubs/usipeace_briefings/2007/0524_western_sahara.html].

RESUMEN

La propuesta marroquí de autonomía para el Sáhara Occidental presentada en 2007 contradice la legalidad internacional que reconoce el derecho a la autodeterminación y a la independencia del pueblo del Sáhara Occidental, pues a pesar de contemplar la celebración de un referéndum y de aludir retóricamente a la autodeterminación, excluye la opción de independencia del referéndum previsto. Por lo demás, la propuesta no es novedosa, pues desde hace mucho tiempo Marruecos viene proponiendo la concesión de una autonomía al Sáhara Occidental, llegando incluso a presentar una propuesta anterior en diciembre de 2003. Finalmente, la propuesta carece de credibilidad y seriedad, en primer lugar, porque es menos clara y generosa que la presentada en 2003 y, en segundo lugar, porque resulta incompatible con el propio derecho marroquí, del que no se contempla hacer ningún cambio sustancial. Un análisis de los sistemas de distribución de competencias y de resolución de conflictos, así como de la organización de la eventual "autonomía" y de su garantía o del cuerpo electoral y el régimen de los derechos fundamentales revela que la propuesta marroquí contiene numerosas cláusulas que conducen a su propio vaciamiento.

Palabras clave: Sáhara Occidental; Marruecos; autodeterminación; autonomía; monarquía absoluta; Constitución; derecho internacional.

RESUM

La proposta marroquina d'autonomia per al Sàhara Occidental presentada el 2007 contradiu la legalitat internacional que reconeix el dret a l'autodeterminació i a la independència del poble del Sàhara Occidental, ja que tot i que preveu la celebració d'un referèndum i al·ludeix retòricament a l'autodeterminació, hi exclou l'opció d'independència del referèndum previst. Fora d'això, la proposta no és nova, ja que fa molt temps que el Marroc està proposant la concessió d'una autonomia al Sàhara Occidental, i fins i tot va arribar a presentar una proposta anterior el desembre de 2003. Finalment, la proposta no ha tingut credibilitat i no és seriosa, en primer lloc, perquè és menys clara i generosa que la que es va presentar el 2003 i, en segon lloc, perquè resulta incompatible amb el mateix dret marroquí, del qual no es preveu fer cap canvi substancial. Una anàlisi dels sistemes de distribució de competències i de resolució de conflictes, així com de l'organització de l'eventual "autonomia" i de la seva garantia o del cos electoral i el règim dels drets fonamentals, revela que la proposta marroquina conté nombroses clàusules que condueixen a un contingut buit.

Paraules clau: Sàhara Occidental; Marroc; autodeterminació; autonomia; monarquia absoluta; Constitució; dret internacional.

ABSTRACT

The Moroccan proposal for autonomy for Western Sahara presented in 2007 contradicts international legislation recognizing the right of people of Western Sahara to self-determination and independence since, despite making provision for holding a referendum and referring in rhetorical terms to self-determination, it excludes the option of independence from the planned referendum. Furthermore, there is nothing new in the proposal, since Morocco has been proposing the concession of some form of autonomy to Western Sahara, even getting as far as presenting a previous proposal in 2003. Finally, the proposal lacks credibility and seriousness, firstly because it is less clear and generous than that presented in 2003 and, secondly, because it is incompatible with Moroccan law itself, from which no substantial changes are envisaged. An analysis of the systems for the distribution of jurisdictions and resolution of conflicts, as well as the organization of the possible "autonomy" and guarantee of it or the electoral body and the system of fundamental rights, reveals that the Moroccan proposal contains numerous empty clauses.

Key words: Western Sahara; Morocco; Self-determination; Autonomy; Absolute monarchy; Constitution; International Law.

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 jurídicopolític.

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 Miquel, 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'introduïxi 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 Autònomic 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 assenyallem 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 Autònoms, 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 Autònoms i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. 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

1. Objetivos y contenido de la REAF

La *Revista d'Estudis Autònòmics 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 reaf@gencat.cat. También podrán remitirse por correo postal, en papel y en soporte informático, a la sede del IEA: Palau Centelles, Bda. de Sant Miquel, 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 arábiga, 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 siguiente:

- 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 Autònomic 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 Autònoms, 2004.

– Artículos de revista

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. "Los grupos políticos municipales". *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 292, 2003, p. 123-162.

– Legislación y jurisprudencia

Según la cita oficial en cada caso:

Ley 8/2005, de 8 de junio, de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

STC 33/2005, de 17 de febrero.

– Publicación electrónica

CRUZ VILLALÓN, P., "La reforma del Estado de las autonomías" [en línea]. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 2 (abril 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/reaaf2%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 REAF

The *Revista d'Estudis Autònoms 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 for publication the Institut d'Estudis Autònoms shall have the *copyright* to such articles and they may not be reproduced without prior authorization.

Articles should be sent preferably by email to reaf@gencat.cat. 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: professional 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'animament 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 Autònoms, 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 Autònoms i Federals*, núm. 2 (April 2006). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms. URL: http://www10.gencat.net/drep/binaris/rea2%20CRUZdigi_tc%20m112-40009.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 Capó Giol / Joan Marcet Morera – Ángeles de Palma del Teso.

Núm. 6 - Abril 2007. Articles de: John Kincaid – Josep M^a Castellà Andreu – Manuel Medina Guerrero – María Dolores Arias Abellán – Montserrat Ballarín i Espuña – Marcos Almeida Cerrada – Xavier Padrós – Ferran Armengol i Ferrer – Xavier Bernadí Gil – Gerardo Ruiz-Rico Ruiz.

SUMARI

FÉDÉRALISME D'OUVERTURE ET POUVOIR DE DÉPENSER AU CANADA

Alain Noël

LA POTESTAD SUBVENCIONAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Luis Pomed Sánchez

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 247/2007 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Joaquín Tornos Mas

LA RELACIÓN DERECHOS-ESTADO AUTONÓMICO EN LA SENTENCIA SOBRE EL ESTATUTO VALENCIANO

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA A LA LUZ DEL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA Y DE LA LEY CATALANA 18/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Juli Ponce Solé

LA LEY CATALANA DE SERVICIOS SOCIALES: ¿NUEVOS DERECHOS DE CIUDADANÍA EN EL ESTADO AUTONÓMICO?

Vicenç Aguado i Cudolà

INNOVACIÓ INSTITUCIONAL I CAPACITATS DE GESTIÓ A L'ADMINISTRACIÓ AUTONÒMICA: EL CAS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Miquel Salvador

LA PROPUESTA MARROQUÍ DE AUTONOMÍA PARA EL SÁHARA OCCIDENTAL DE 2007: UNA ANTIGUA PROPUESTA SIN CREDIBILIDAD

Carlos Ruiz Miguel

