

XURISDICIÓN VOLUNTARIA: UNHA REFORMA LEXISLATIVA PENDENTE PARA A NOVA LEXISLATURA *

Antonio Fernández de Buján

Catedrático da Universidade Autónoma de Madrid

Vogal do Relatorio de Reforma da Xurisdición voluntaria da Comisión Xeral de Codificación

antonio.bujan@uam.es

Resumo: *É hora xa de que a Xurisdición voluntaria deixe de ser un campo de experimentación do lexislador. Estamos ante a oportunidade de modernizar a Xustiza nesta materia e de facelo con vontade de permanencia no tempo, desde unha posición de consenso e de progreso, nunha esfera do Ordenamento de marcado carácter técnico-xurídico.*

Palabras clave: *Xurisdición voluntaria; autoridade xurisdiccional; secretario do tribunal; notario; rexistrador.*

Abstract: *It is time that Voluntary Jurisdiction ceases to be a mere area of experimentation for the legislator. We now have the opportunity to modernize Justice in this subject and to do so with the will of assuring its permanence in the future, from a position of consensus and progress and in a decidedly technical sphere of the Jurisdictional Order.*

Keywords: *Voluntary Jurisdiction; Jurisdictional authority; Clerk of the court; Notary; Registry.*

Índice: *1. Reforma lexislativa pendente: Libro III LAC 1881. Procedementos Específicos. Iter Lexislativo da tramitación parlamentaria. 2. O novo perfil da institución. 2.1. Concepto e evolución histórica. 2.2. Contido. 2.3. Garantías do procedemento. 2.4. Sanción constitucional. 3. Racionalizar. Desxudicializar. Redistribuír. Desregular. 4. Quince propostas de modificación respecto do texto normativo aprobado na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados. 5. A modo de conclusión*

1. REFORMA LEXISLATIVA PENDENTE: LIBRO III LAC 1881

PROCEDEMENTOS ESPECÍFICOS. ITER LEXISLATIVO DA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

No marco do Estado Constitucional de Dereito, unha das pezas que aínda queda por encaixar no organigrama da Administración de Xustiza é a corres-

* O presente artigo foi elaborado no marco do Proxecto de Investigación, do que o Autor é o Investigador Principal: «La Jurisdicción Voluntaria: Un Proyecto Legislativo pendiente de cumplimiento». Ministerio de Ciencia e Innovación. DER2008-06460-Co2-C1.

pendente á xurisdición voluntaria. A Lei de axuizamento civil de 7 de xaneiro do 2000, LAC, pola que se rexe a xurisdición contenciosa nos procesos civís, establece na súa Disposición final décimo oitava que: «No prazo dun ano, a partir da data de entrada en vigor desta lei, o Goberno remitirá ás Cortes Xerais un proxecto de lei sobre xurisdición voluntaria». A reforma da xurisdición voluntaria foi así mesmo prevista no Pacto de Estado sobre a Xustiza asinado polos dous partidos maioritarios en España, o 28 de maio do ano 2001.

Por outra banda, na afortunada e precisa Exposición de Motivos da LAC afírmase, no apartado quinto, que en canto ao seu contido xeral, a devandita lei «configúrase con exclusión da materia relativa á xurisdición voluntaria que, como noutros países, parece preferible regular en lei distinta». Especial significación ten neste campo a Lei de xurisdición voluntaria alemá (Freiwillige Gerichtsbarkeit) de 1898 que, con máis de trinta reformas parciais, continúa en vigor.

Un primeiro paso importante no cumprimento do mandato lexislativo pendente de cumprimento, tivo lugar en decembro do ano 2002 ao poñerse en marcha a maquinaria lexislativa coa constitución, no seo da Sección Segunda da Comisión Xeral de Codificación, máximo órgano asesor do Ministerio de Xustiza nas tarefas prelexislativas, dun *Relatorio* presidido por D. José María de Prada e composto por sete membros, que ao longo de case tres anos de traballo, elabora unha proposta normativa integrada por 306 artigos e 10 disposicións complementarias —valoradas e tidas moi en conta as observacións formuladas polas Seccións de Dereito Civil e de Dereito Mercantil da Comisión de Codificación— que asumida como Proposta de Anteproxecto polo Ministerio de Xustiza, é publicada no seu Boletín Informativo en outubro do ano 2005 «como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión», segundo se subliña na Nota que antecede á Memoria Explicativa e á Exposición de Motivos. A ponderada proposta de Anteproxecto elaborada pola Comisión Xeral de Codificación gozou, de forma manifesta, dunha positiva acollida na comunidade científica e por parte dos operadores xurídicos afectados, xuíces, secretarios xudiciais, notarios, rexistradores, avogados e procuradores dos tribunais.

A partir deste primeiro paso relevante do prelexislador, a proposta de Anteproxecto do *Relatorio* foi sometida a unha revisión interna no Ministerio de Xustiza, froito da cal foi o Anteproxecto de Lei de xurisdición voluntaria, aprobado en Consello de Ministros do 2 de xuño do 2006. O vinte de outubro

do ano 2006, o Consello de Ministros aprobou a remisión ás Cortes Xerais do Proxecto de lei de xurisdición voluntaria, para facilitar e axilizar a tutela e garantía dos dereitos da persoa, en materia civil e mercantil, que reproduciu, con escasas modificacións, o texto do Anteprojecto de lei de xuño do 2006, e aínda que introduciu melloras en determinados aspectos contemplados no Anteprojecto do *Relatorio*, cambiou a concepción da XV, ao administrativizar o procedemento xudicial na terminoloxía e no contido e establecer unha artificiosa equiparación, entre procedementos de diferente natureza, como son o xudicial e o administrativo notarial e rexistral, o que se materializou na supresión da contradición, dos recursos e da asistencia técnica nos procedementos xudiciais.

A desacertada, ao meu xuízo, previsión ,que implicaba un estéril reduccionismo da XV ao ámbito negocial e administrativo, foi por fortuna corrixida en trámite de emendas na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados, que procedeu á recuperación das connotacións xurisdicionais do procedemento xudicial de XV, e a unha distinta regulación dos procedementos xudicial e administrativo de XV, en atención á súa diferente natureza xurídica e ás regras de funcionamento e principios informadores propios da súa conformación no Ordenamento Xurídico. En trámite de emendas presentouse un total de 323 ao articulado do Proxecto.

O 27 de xuño do 2007, foi aprobado na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados, con Competencia Lexislativa Plena, o Proxecto de lei de xurisdición voluntaria, antes denominado Proxecto de lei de xurisdición voluntaria para facilitar e axilizar a tutela e garantía dos dereitos da persoa en materia civil e mercantil, cun contido de 229 artigos e 17 disposicións complementarias. O 24 de xullo, o texto lexislativo entrou no Senado, en cuxa Comisión de Xustiza os distintos Grupos Parlamentarios presentaron e debateron un total de 239 emendas. Finalmente, o 24 de outubro do 2007, día no que ía ser votado no Pleno do Senado, o Goberno procedeu a retirar o Proxecto de lei de xurisdición voluntaria.

En tanto non se aprobe unha Lei de xurisdición voluntaria, continúa vixente, con determinadas excepcións, conforme se establece na disposición derogatoria única, apartados 1 e 2 da nova LAC, a regulación contida no libro III da LAC 1881, relativa á xurisdición voluntaria, así como a correspondente á conciliación e á declaración de herdeiros abintestato. En contraposición, porén, coa mencionada previsión legal, coa conciliación pasou o que sucedeu coas dilixencias preliminares, que sendo ambas institucións propias da xurisdición voluntaria foron reguladas en sedes de natureza heteroxénea. Así, a conciliación na recente Lei de reforma da lexislación procesual para a implantación da Nova

*Oficina Xudicial, e as dilixencias preliminares na Lei de axuizamento civil, reguladora da xurisdición contenciosa*¹.

Convén sinalar, por outra banda, que aínda que un amplo número dos supostos de xurisdición voluntaria xudicial contéñense no libro III da LAC, outros moitos nos que está prevista a intervención do xuíz ou se inclúen no marco da denominada xurisdición voluntaria notarial ou rexistral, regúlanse en textos lexislativos diversos, como o Código Civil, o Código de Comercio, a Lexislación hipotecaria, ou a Lei e o Regulamento do rexistro civil.

Nos últimos anos, xerouse, nun marco de expansión da institución, unha inflación de procedementos específicos, sen que exista proceso, contemplados en leis civís ou mercantís, que non sempre resultan xustificadas na súa especificidade, pero que en boa medida se amparan na ausencia dun procedemento global de xurisdición voluntaria no libro III da LAC. Cabería citar, entre outros textos nos que se regulan actos de xurisdición voluntaria, as seguintes disposicións lexislativas: Lei 30/1979, do 27 de decembro, en materia de transplantes de órganos; Lei 50/1980, do 8 de outubro, sobre Contrato de seguro, a propósito de nomeamento de terceiro perito; Lei 11/1981, do 13 de maio, en materia de filiación, patria potestade e réxime económico do matrimonio; Lei 30/1981, do 7 de xullo, sobre nulidade, separación e divorcio; Lei 1/1982, do 5 de maio sobre dereito ao honor, intimidade persoal e familiar e propia imaxe, en relación cos menores; lei 13/1983, do 24 de outubro, sobre tutela e curadoría; Lei 19/1985, do 16 de xullo, cambiaria e do cheque; Lei Foral de Navarra 5/1987, do 1 de abril, sobre autorización xudicial para allear ou gravar bens fideicomisarios; Lei 21/1987, do 11 de novembro, en materia de acollemento e adopción; Lei 22/1987, do 11 de novembro, en materia de propiedade intelectual, en supostos de discrepancias sobre remuneración equitativa do autor, divulgación da obra, reparación de omisións, continuación de explotación de obra, etc., que requiran autorización xudicial; Lei da Generalitat de Cataluña, 40/1991, de 30 de decembro, reguladora do Código de sucesións por causa de morte, sobre autorización xudicial en materia de conmutación ou conversión do modo que grava unha institución de herdeiro ou de legado; Lei 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor; Lei da Generalitat de Cataluña

¹ Neste sentido en Díez-Picazo, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2001, pp. 229: «...aunque la doctrina considera las diligencias preliminares actuaciones de jurisdicción voluntaria, y la jurisdicción voluntaria ha quedado fuera del ámbito objetivo de la LEC, en este caso el legislador ha hecho una excepción a esa regla. Probablemente la razón de que la LEC, regule las diligencias preliminares pese a ser actos de jurisdicción voluntaria debe buscarse en la necesidad que había de introducir cambios en su regulación para darles mayor eficacia, lo que no debía esperar hasta la aprobación de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria».

9/1998, do 15 de xullo, reguladora do Código de familia, en materia de idoneidade para a adopción; Lei da Generalitat de Cataluña, 18/2002, do 5 de xullo, en materia de cooperativas, Lei 9/2000, do 10 de decembro, sobre subtracción de menores; Lei 41/2003, do 18 de novembro, sobre protección patrimonial das persoas con discapacidade, etc.

2. O NOVO PERFIL DA INSTITUCIÓN

2.1. CONCEPTO E EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A xurisdición voluntaria, XV en diante, foi descrita ou cualificada pola doutrina e a xurisprudencia cos máis variados epitetos: misteriosa, heteroxénea, fascinante, atormentada, insistente, pesada e dando resposta a problemas concretos, repudiada por todos e sen sede científica propia, molesta, difícil e de pouco lucimento, un dos máis atormentados problemas da ciencia xurídica europea, a grande esquecida e por que non dicilo, a grande ignorada, autoritaria, inquisitiva e paradigmática pola súa brevidade e economía procesual pero, na práctica, salvo valiosas excepcións, suscitou escaso interese na doutrina científica e no desenvolvemento argumental da doutrina xurisprudencial, se nos atemos á relevancia da parcela imprescindible da realidade social que constitúe o seu campo de aplicación².

² En análogo sentido, maniféstase Muñoz Vermellas, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, núm. 39/90, pp. 577-585, cando afirma que: «en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos». Especial relevancia na doutrina española na materia teñen as obras de Ramos Méndez, *La Jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid 1978; Almagro, en *Derecho procesual Civil*, T. I, Vol. II, Valencia 1992; e González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3ª ed. 1997.

No último decenio, a previsión lexislativa referida á xurisdición voluntaria estimulou a produción doutrinal. Vid. respecto diso, entre outros estudos, en Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001; Id. *Hacia una Teoría Xeral de la Jurisdicción Voluntaria I*, Iustel, Madrid 2007; Id. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Iustel, Madrid 2008; Id. “La Oficina Judicial y la Jurisdicción Voluntaria: dos reformas procesales a debate en el panorama legislativo español”, en “Estudios en Homenaje al Profesor Elías Díaz”, RJUAM, *Revista Jurídica de la UAM*, 2009, e en: Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Problemas actuales de la Jurisdicción*, T. II, pp. 1462-1477. Data: 2010; Id. “El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial”, Número especial de la *Ley sobre la Oficina Judicial*. N. 7.191, do 8 de xuño de 2009, pp. 8-11; De Prada González, “En torno a la futura ley de jurisdicción voluntaria”, en *El Notario del Siglo XXI*, decembro 2005; Rodríguez Adrados, “El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 2006; Seoane Cacharrón, “Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria” do Ministerio de Xustiza do 1 de xuño do

Fronte a posicións maximalistas do tipo «a xurisdición voluntaria podería ser eliminada de calquera Ordenamento Xurídico» ou a de «as necesidades negociais e o tráfico xurídico xustifican a aplicación do procedemento voluntario a supostos de lesión de dereitos ou intereses lexítimos», imponse unha posición realista, na que se sitúan as máis modernas correntes da ciencia procesual, partidarias de regular, sen quebra das garantías esenciais do proceso, e sen desnaturalizar o marco que lle é propio, unha parcela imprescindible da realidade social, en constante expansión, froito do novo perfil da xurisdición voluntaria, que evolucionou desde a orixinaria tutela de relacións xurídico privadas, á actual protección de dereitos indispoñibles, intereses xerais, públicos ou sociais, así como á resolución de conflitos de intereses considerados de relevancia menor.

Non debería, finalmente, estenderse artificialmente o campo da xurisdición voluntaria fóra do seu propio ámbito, por meras razóns de economía procesual, o que se produciría de tramitárense pola vía do procedemento voluntario supostos de tutela de dereitos ou intereses lesionados ou supostos de conflito relevante. Non se pode establecer unha xurisdición voluntaria *contra natura* por un simple desexo de celeridade. Unha cousa é que se facilite a transacción e o compromiso, e outra é que se desnaturalice nun procedemento voluntario, o coñecemento de supostos nos que o que subxace é a tradicional loita polo dereito.

Sería desexable, en todo caso que se valorase a creación, no futuro, de xulgados que tivesen atribuída a competencia en exclusiva nesta materia, tal como sucedía na Idade Media, cos *iudices chartularii*, ante os que, en atención á súa especialización xudicial, se desenvolvía, con carácter exclusivo, a ficción procesual que encubría o negocio de xurisdición voluntaria. Nos pasados decenios arredor dun 10% dos asuntos coñecidos nos xulgados civís corresponden-se con procedementos de xurisdición voluntaria.

Non é a xurisdición voluntaria unha simple expresión nominal que, utilizada polo lexislador como campo de experimentación ou mero catalizador de procedementos heteroxéneos, careza de xustificación racional, nin de fundamento histórico. Ben ao contrario, xa en Dereito Romano existiu o substrato social e a realidade xurídica do que por primeira vez, na historia da ciencia xurídica europea, un xurista romano do século III d. C. chamado Marciano, na súa obra *Institucións*, con posterioridade recolleita no *Digesto* de Xustiniano, denomina xurisdición voluntaria, «*iurisdictio voluntaria*». Asimiladas na época

2006, *La Ley*, 28-9-2006.

clásica romana á xurisdición voluntaria determinadas actuacións formalizadas ante os funcionarios encargados dos Arquivos ou Rexistros Públicos e ante os notarios ou *Tabellións*, é na Idade Media cando se lles atribúe xa aos notarios competencias específicas en materia de xurisdición voluntaria, primeiro como profesionais adscritos aos tribunais, e con posterioridade como titulares dos xulgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para coñeceren dos asuntos de xurisdición voluntaria, ante os que se desenvolvía a ficción procesual que encubría o negocio de xurisdición voluntaria, nunha primeira etapa, superada a cal procedíase á formalización do procedemento de xurisdición voluntaria, tramitado fóra xa do marco do proceso contencioso.

A expresión XV transmítese na Idade Media, a través dos glosadores e comentaristas ao Dereito Común, e deste pasa aos códigos modernos e ás lexislacións dos distintos países europeos.

A denominación de 'xurisdición voluntaria' ten, xa que logo, un fundamento histórico derivado da súa utilización sen intervalos durante case vinte séculos, e a reforma da Xustiza non debe nin pode prescindir da historia, en afortunada expresión da EM da LAC, ao que hai que engadir o valor derivado do arraigo dunha terminoloxía utilizada de forma usual na linguaxe común, na dos operadores xurídicos e na tradición xurisprudencial, así como a inutilidade dos esforzos doutriniais e legais realizados noutras latitudes para atopar unha expresión comprensiva do fenómeno que nos ocupa³.

Así, denominacións como proceso non contencioso ou procedemento en Cámara de Consello reveláronse como insatisfactorias, e non lograron substituír nos propios países en que se introduciron a denominación clásica que seguiu presente nas achegas científicas e, en ocasións, de forma case freudiana, no propio texto da lei⁴. Xurisdición contenciosa e voluntaria, unha vez separadas desta as artificiosas adherencias que non lle son propias, constitúen

³ Sobre a consideración do Dereito como produto histórico, vid. en Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano*. 14^º ed., Iustel 2004 ; Id. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Reus 3^ª ed. 1999.

⁴ Art. 32, disp. Att. do Código Civil Italiano: «o ministerio público debe ser oído sempre nos procedementos de xurisdición voluntaria que teñen contido patrimonial»; arts. 35 e 36 do D.P.R., 5 de xaneiro de 1967, n. 200, que regulan as funcións e competencias dos cónsules en materia de xurisdición voluntaria; arts. 9, 66 e 67 da recente Lei do 31 de maio de 1995, reformadora do sistema italiano de dereito internacional privado, mediante os que se regulan as hipóteses en que subsiste a xurisdición do xuíz italiano en materia de xurisdición voluntaria, así como os orzamentos e a eficacia en Italia dos procedementos de xurisdición voluntaria nos que interveñen xuíces estranxeiros. Vid. respecto diso en Venturini, *Consideración sulla qualificazione dei procedimenti stranieri dei giurisdizionii volontaria*, Rivista dei Diritto Internazionale privato e procésalle, 2003, pp. 813-910. En relación co estudo histórico da institución da xurisdición voluntaria vid., Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3.^ª ed. 1999.

esferas da xurisdición que requiren unha actividade de axuizamento do órgano xurisdicional, aínda que na xurisdición voluntaria, que se enmarca, en gran parte do seu contido, no amplo campo do exercicio pacífico dos dereitos, e de aí a xustificación funcional da denominación non existen, en xeral, posicións contrapostas, a priori, de persoas enfrontadas salvo supostos de conflitos de relevancia menor, mentres que na xurisdición contenciosa, o normal é a existencia dunha controversia entre os litigantes, aínda que hai tamén procesos declarativos ou constitutivos nos que non existe oposición. Trátase de auténticos procesos sen contradición de vontades; por exemplo, sucede nos supostos das denominadas sentenzas sen oposición.

2.2. CONTIDO

Coa expresión xurisdición voluntaria, en sentido estrito, faise referencia a aqueles procedementos nos que un particular solicita a intervención dun xuíz, ou este intervén de oficio ou a instancia do Ministerio Fiscal sen que exista unha contenda relevante con outra persoa, ou unha lesión de dereito subxectivo ou interese lexítimo.

Son, por exemplo, supostos de xurisdición voluntaria —de entre os máis de 200 pendentes de nova regulación, racionalización e redistribución— a adopción de medidas relativas ao traslado ou retención ilícita de menores en actuacións de subtracción internacional; a aprobación do recoñecemento da filiación extramatrimonial; a protección patrimonial das persoas con discapacidade; a declaración de ausencia ou falecemento dunha persoa; que se proceda ao nomeamento dun titor ou que se autorice a este a venda dun inmovible do seu pupilo; a constitución dunha adopción ou dun acollemento familiar; as autorizacións relacionadas co honor, a intimidade ou a propia imaxe do menor; a autorización para o transplante de órganos de persoas falecidas; que se autorice a convocatoria dunha xunta xeral ordinaria de sociedade anónima que non se convocou no prazo legal; que se acorden medidas de garantía en relación coa mala administración dos pais; que se dispoña o depósito e venda de mercancías e equipaxes nos casos en que o destinatario non aboe o frete ou a pasaxe; a auditoría das contas dos empresarios; o nomeamento de perito no seguro de danos; que se lle autorice ao capitán do buque a venda dun cargamento, en perigo de avaría, no porto de arribada e non no de destino; a liquidación e distribución dunha avaría importante, en materia de dereito marítimo, ou os supostos de intervención xudicial, sen que exista proceso, en relación coa restrición de dereitos fundamentais.

Inclúense así mesmo dentro da esfera da xurisdición voluntaria un conxun-

to de procedementos dirixidos á solución xudicial de conflitos que o ordenamento xurídico considera que non teñen entidade suficiente para ser dirimidos nun proceso contencioso, entre os que cabe sinalar as controversias entre os proxenitores no exercicio da patria potestade, ou os desacordos entre os esposos na xestión dos bens comúns. Trataríase de supostos nos que a urxencia ou a conveniencia de eludir a excesiva dilación do xuízo ordinario, xustificaría a tutela simplificada, áxil e flexible do procedemento voluntario, que cumpriría, nestes casos, o papel que correspondería a un especial procedemento sumario contradictorio.

Son considerados finalmente procedementos de xurisdición voluntaria xudicial outros supostos nos que a intervención do xuíz queda reducida á mera presenza, comprobación de feitos, cualificación, autenticación ou documentación do acto ou relación xurídica, o que supón unha desnaturalización do que debe entenderse por potestade xurisdicional, nin parece así mesmo necesaria nestes supostos a actuación xudicial en garantía de dereitos, que con carácter compartido con outros poderes do Estado, se lles atribúe aos xuíces e tribunais no artigo 117.4 da Constitución.

Sería pois desexable, neste ámbito de reflexión, e en atención aos ensinamentos da experiencia histórica, a dogmática xurídica e a realidade social propia desta esfera do Ordenamento, deslindar entre aquelas competencias que deben continuar atribuídas ao órgano xurisdicional — por razón da súa natureza xurídica, ou ben debido á consideración dos xuíces como os operadores xurídicos que gozan dun maior grao de independencia e imparcialidade no exercicio da súa función— e aquelas outras competencias que, atribuídas no seu momento —finais do século XIX— aos xuíces, en atención ao seu prestixio, á seguridade xurídica que producía a súa intervención, á prevención ou desconfianza fronte a outros operadores xurídicos, ou a razóns de mera tradición historicista, oportunidade, conveniencia ou división do traballo, poderían desxudicializarse ao desaparecer as razóns de política lexislativa que constituían o seu fundamento, e atribuírseles, na parte correspondente a disposicións finais, a profesionais do dereito, notarios e rexistradores da propiedade e mercantís, a quen corresponden con maior propiedade o exercicio destas funcións, en atención á súa propia natureza así como á súa especialización e cualificación xurídicas. Trataríase con iso non tanto de evitar o colapso da xustiza contenciosa, senón sobre todo de sistematizar e redistribuír funcións, a prol da racionalización do sistema e como demostración de confianza na madurez da sociedade civil.

A intervención de oficio do xuíz e do fiscal está prevista en supostos de procedementos de xurisdición voluntaria que afectan a menores, incapacitados

ou desvalidos, en estreita relación cos preceptos constitucionais (arts. 9.2 e 53.3 CE) referidos ao Estado social, ou ben á condición e estado civil das persoas, ou a intereses xurídico-públicos, xerais ou sociais.

2.3. GARANTÍAS DO PROCEDEMENTO

A nova concepción da XV xudicial debe caracterizarse pola súa substancial aproximación á xurisdición contenciosa, en materia de garantías do procedemento. A previsión legal contida no artigo do Proxecto de lei do Goberno conforme á cal : «A comparecencia ha substanciarse polos trámites do xuízo verbal coas seguintes especialidades», supón a supresión das particularidades previstas en materia de XV e unha práctica equiparación na regulación de ambas esferas da xurisdición. Así en materias como:

- Días e horas hábiles;
- Desaparición da posibilidade de modificar de oficio as providencias e autos non definitivos, conforme ao 1818 LAC, que supoñía unha desvirtuación do previsto na LOPX, arts. 18 e 267, que establecen o principio de que as resolucións xudiciais só quedarán sen efecto en virtude, de ser o caso, dos recursos previstos polas leis;
- Reforzamento do principio de igualdade de partes, na medida en que se produce unha atenuación ou práctica desaparición, nalgúns casos de XV, da posición de solicitantes, interesados (é, dicir persoas con interese concorrente ou complementario, de calquera tipo, xurídico, económico, moral, etc., co do solicitante), conainterésados (é dicir, persoas con interese diverxente ao expresado polo solicitante) e afectados, en relación coa audiencia, alegacións, testemuños (por ex. de terceiros non interesados porque o procedemento non afecta, en sentido estrito, aos seus intereses), probas (en contraposición ás actuais informacións, acreditacións e xustificacións), trámite de conclusións, rexistro da comparecencia en soporte apto para a reprodución do son e a imaxe, prazo para emendar os posibles defectos ou omisións nas solicitudes, asistencia técnica, xustiza gratuíta, recursos, etc., así como naqueles supostos en que, por análogas motivacións, rexe o principio de impulso de oficio no proceso contencioso ou no procedemento de XV.
- Previsión da controversia e a oposición.
- Prazos curtos e prorrogables. Asunción, con carácter xeral, do principio preclusivo.
- Previsión e reparación de posibles defectos ou omisións nas solicitudes, conforme ao art. 23.1.

- Supresión do réxime singular da apelación nun ou dous efectos, ex arts. 1819 e 1820.
- Previsión de supletoriedade da Lei procesual civil, conforme ao art. 12: «A Lei de axuízamento civil será de aplicación supletoria aos expedientes de xurisdición voluntaria administrados por xuíces e secretarios xudiciais no non previsto por esta lei».

Resultaría apropiado, así mesmo, un reforzamento dos principios dispoñitivo e de contribución de parte no procedemento voluntario, unha atenuación do dirixismo xudicial, que en consonancia coa liberdade de forma e o carácter máis potestativo da actuación xudicial nesta esfera da xurisdición, poida poñer en risco as fundamentais garantías inherentes a todo procedemento, unha limitación do principio de impulso de oficio a aqueles supostos de dereitos indispoñibles ou de interese xeral, públicos ou sociais e unha aproximación das posicións de solicitante, interesados e terceiros, en especial naqueles supostos nos que o interesado exprese un interese contrario ao manifestado polo promovente, é dicir, naqueles casos en que nos atopemos en presenza do que se denomina contrainterés na lexislación italiana, non obstante o cal, non se produce un sobresemento do expediente.

O carácter variable e fluído entre xurisdición contenciosa e xurisdición voluntaria, en atención ás decisións continxentes de política lexislativa foi, por outra banda, unha constante na historia de ambas as esferas da xurisdición, e así, por exemplo, os alimentos provisionais e a incapacitación por loucura, foron nunha primeira época de vixencia da LAC 1881 expedientes de xurisdición voluntaria, sendo con posterioridade transvasados á xurisdición contenciosa. Na mesma liña, o lexislador da Lei procesual civil do ano 2000 incluíu no seu seo supostos que con anterioridade se regulaban polo trámite voluntario, como o internamento de persoas incapaces por trastornos psíquicos ou conforme ao artigo 770 LAC, as pretensións que se formulan ao abeiro do título IV, libro I do Código Civil, relativo ao matrimonio, que se substanciarán polos trámites do xuízo verbal.

Á necesidade de regular a contradición no procedemento de XV xudicial, que constituía, ao meu xuízo, a deficiencia de maior calado do texto lexislativo presentado polo Goberno, referíronse todos os expertos que compareceron na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados, entre eles o autor do presente estudo, os días 7 e 14 de maio do 2007, a fin de asesorar sobre o contido do Proxecto. Carece de sentido articular un procedemento xudicial garantista —como en efecto así se fixo, en contraposición á vixente previsión

legal que carecía desta nota caracterizadora, entre outros aspectos, en materia probatoria e de audiencia— e aplicalo tan só a menores e incapaces, como se prevía no Proxecto do Goberno. Resultaba así mesmo artificioso optar por unha concepción da XV baseada na ausencia de conflictividade como elemento diferenciador coa xurisdición contenciosa, conforme a un modelo xa superado na vixente lexislación substantiva e procedemental, española e comunitaria, como así foi subliñado nos preceptivos ditames do Consello Xeral do Poder Xudicial e do Consello Fiscal.

Loxicamente se se acode ao órgano xudicial, en numerosos supostos de XV nos que non están afectados intereses de menores ou incapacitados, é ante a falta de acordo entre os interesados; así, por exemplo, para proceder á consignación dun obxecto ou dunha cantidade de diñeiro; para fixar o prazo para o cumprimento dunha obrigaición; para obrigar a exhibir a contabilidade dunha empresa ou a auditar as contas dun empresario; para convocar unha xunta ou asemblea xeral; para nomear un terceiro perito nun contrato de seguro; para proceder a liquidar unha avaría importante, ou para resolver as discrepancias xurdidas no contrato de fretaxe, entre fretador, como titular das mercancías transportadas e fretante, como portador das mesmas, por sinalar só algún dos moitos supostos nos que a discordancia é manifesta ou está subxacente, é porque existe un problema sen resolver ou unha necesidade que atender do cidadán que acode en axuda do órgano xudicial. Noutras ocasións, é o propio texto legal o que prevé que a oposición non fará contencioso o expediente, como así sucede na presentación e adveración do testamento hológrafo ou do testamento cerrado, ou nos supostos de extravío, subtracción ou destrución do coñecemento de embarque.

En materia de efectos da controversia volveuse, no curso da tramitación parlamentaria, á regulación prevista no anteproxecto da Comisión de Codificación, o que supón optar por facer unha lei eficaz e que resolva os problemas que se suscitan cando se acode a un operador xurídico para que incoe un procedemento, dado que a opción polo arquivo do expediente cando se xere unha controversia e a oposición conseguinte, traería consigo a ineficacia da lei e, en consecuencia, os cidadáns deixarían de acudir á XV. A razoable regulación da oposición prevista no *Relatorio* da CGDC e asumida no Congreso dos Deputados contense no art. 7 conforme ao cal: «Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocado o modificado en proceso declarativo promovido por

persona legitimada». A fundamental emenda sobre os efectos da controversia, a n. 100, sen dúbida a esencial, ao meu xuízo, no logro dunha Lei de XV eficaz, foi presentada e defendida na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados polo Grupo Parlamentario Mixto.

2.4. SANCIÓN CONSTITUCIONAL

En relación coa sanción constitucional da XV paréceme plenamente acertada a análise razoamento contido no Fundamento de Dereito sexto da STS de 22 de maio do ano 2000 (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), da que foi relator o Maxistrado Peces Morate: «.....El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas o determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) su actuación no debe estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción..... No se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere.....»

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción.»⁵

⁵ Vid. especialmente en Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil, T. III*, cit., pp 1289 ss; Id. *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss.

Para Tarzia debe considerarse superado o antigo aforismo *jurisdictio in sola notione contentiosa*

Reparar lesións de dereitos ou intereses lexítimos ou o seu non recoñecemento e dirimir controversias relevantes constitúe o núcleo esencial da potestade xurisdiccional, e outorgar tutela xudicial efectiva, fóra do marco proceso contencioso, en conflitos cuxa entidade non require un xuízo ordinario ou en defensa de dereitos ou intereses lexítimos de menores, incapaces, persoas con discapacidade, dereitos indispoñibles ou intereses xerais, públicos ou sociais, mediante unha actividade de axuizamento e en aplicación do dereito obxectivo, con todos os principios e garantías procesuais, forma parte así mesmo, ao meu xuízo, do contido de facultades atribuídas con carácter exclusivo a Xulgados e Tribunais polo art. 117.3 CE ou, en determinados supostos, en garantía de dereitos polo artigo 117.4 CE . En todo caso, a XV xudicial configúrase como parte integrante da idea de Administración de Xustiza, considerada como función cun contido máis amplo que o propio do exercicio da potestade xurisdiccional.

Hai determinados procedementos que, ao meu xuízo, necesariamente deben permanecer no ámbito da reserva xurisdiccional, e iso unicamente o garante o 117.3. Así non parece razoable transvasar, co actual marco constitucional, a unha titularidade distinta da xudicial, procedementos relativos á autorización xudicial para esterilizar un incapaz, ou para o tratamento non voluntario dunha persoa con trastornos psíquicos ou para unha intromisión lexítima no honor, na intimidade ou na propia imaxe dun menor ou incapacitado ou para autorizar ou aprobar o recoñecemento da filiación non matrimonial de menores ou incapaces ou para o nomeamento ou remoción dun titor ou curador ou para autorizar a venda dun ben do patrimonio dunha persoa con discapacidade ou para decidir sobre a custodia dos menores cando os pais vivan separados ou sobre a atribución a un só dos cónxuxes da facultade para realizar actos de administración ou disposición dos bens comúns. Non parece, ao meu xuízo, razoable que nos sinalados e noutros análogos supostos de XV, caiba cuestionar que o xuíz está realizando unha actividade de axuizamento propia da potestade xurisdiccional, consistente en constituír, autorizar, habilitar ou com-

*consistit, e é necesario reivindicar algunhas garantías fundamentais da xurisdición contenciosa tamén para a xurisdición voluntaria; así, por exemplo, as garantías da independencia e a terceiridade do xuíz; para Montesano os dereitos subxectivos e intereses tutelados pola xurisdición teñen a mesma natureza que os dereitos subxectivos lesionados propios da xurisdición contenciosa e, especialmente, nos casos de tutela dos dereitos dos menores e incapacitados, o procedemento seguido debe cumprir todas as garantías que informan os procesos contenciosos; para Denti, non cabe individualizar unha xurisdición voluntaria con características autónomas respecto da xurisdición en xeral, senón que, pola contra, despois de que se atribúe a órganos xudiciais, non se subtrae ás garantías, subxectivas e obxectivas, que caracterizan a actividade xudicial. As opinións destes autores atópanse reflectidas nas *Atti do XVII Convengo Nazionale do Processo civile* en Palermo, celebrado en 1989.*

plementar a capacidade dunha persoa, tutelar un interese público ou resolver un conflito cuxa relevancia non require, a xuízo do lexislador, que sexa dirimido nun proceso contencioso, mediante un procedemento contraditorio ou de exercicio pacífico do dereito, substanciado con todas as garantías da tutela xudicial efectiva.

De modo que o lexislador debe ser consciente de que non parece acertado manter que a fundamentación da XV se asenta tan só no parágrafo 4 do art. 117 CE, dado que iso supoñería que no futuro se puidese decidir que algún ou todos os supostos mencionados se lles atribúsen a outros operadores xurídicos, que non poderían ser, por razóns obvias, outros profesionais distintos aos secretarios xudiciais, notarios ou rexistradores. Parece pois razoable ou ben incardinar os procedementos de xurisdición voluntaria atribuídos aos xuíces nos apartados 3 e 4 do artigo 117 da CE, ou ben obviar esta cuestión na futura Lei de xurisdición voluntaria.

No sentido expresado, pronunciose, no seu preceptivo ditame ao Proxecto de lei, o Consello Xeral do Poder Xudicial: páx. 23: «sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....» .

3. RACIONALIZAR, DESREGULAR, REDISTRIBUÍR E DESXUDICIALIZAR

O marco constitucional no que se desenvolve a tutela xudicial non supón, por outra banda, ningún obstáculo nesta materia para racionalizar o sistema, desregular os procedementos obsoletos, de nula aplicación práctica ou de escasa eficacia, manifestacións da actual discordancia entre o lexislado e a actual realidade social, redistribuír entre xuíces e secretarios as competencias asignadas ao órgano xurisdicional e desxudicializar aqueles supostos que, pola súa propia natureza xurídica, comprenden a outros profesionais do dereito, en especial notarios e rexistradores da propiedade e mercantís, en atención á súa especialización e á competencia funcional que se lles recoñece polo Ordenamento Xurídico.

A necesidade de descargar de traballo aos xuíces, concentrar a súa actuación en tarefas xurisdicionais, redistribuír competencias e racionalizar o sistema na Administración de Xustiza, constituíu, por outra banda, o obxecto dunha Recomendación do Consello de Europa, dirixida aos países membros de

data 16 de setembro de 1986. A desxudicialización supoñerá a reforma da correspondente lexislación notarial, rexistral, funcional ou a doutros axentes xurídicos, respecto dos que se produza o traspaso de competencias, dado que parece procedente que na futura Lei de xurisdición voluntaria se regulen tan só as competencias que se manteñen na órbita xudicial

Na modificación da Lei orgánica do poder xudicial, por lei de 23-12-2003, artigos 438,3 e 5 e 456,3 e 4, prevese, pola súa banda, a competencia dos secretarios xudiciais, nos actos de xurisdición voluntaria cuxo coñecemento se lles atribúa nas futuras leis procesuais, o que supón así mesmo un recoñecemento expreso da competencia destes profesionais do dereito neste ámbito, na liña co previsto no art. 290 da LOPX de 1985, que xa lles atribuíu as propostas de autos definitivos en materia de xurisdición voluntaria.

Descargaríase con iso de competencias aos xuíces; competencias que se lles atribuirían a estes funcionarios do dereito que integran o órgano xurisdicional, polo menos a partir da LOPX de 1985, conforme á opinión dunha parte da doutrina procesualística, cualificados pola súa preparación xurídica e polo seu dominio da técnica procesual, e que se atopan no momento actual, ao dicir da maioría dos estudosos que se pronunciaron sobre a cuestión, infrutilizados no marco da Administración de Xustiza⁶, malia a relevancia das funcións que se lles atribúen no marco da Administración de Xustiza: dación de fe, dación de conta, ordenación procesual e determinadas competencias no ámbito da execución.

O procedemento podería consistir en recoñecerlles competencia para ditar decretos motivados, con feitos, fundamentos de dereito e resolución, nos asuntos que se lles atribúan, decretos motivados que serían recorribles ante o xuíz en primeira instancia. A utilización do termo decreto supoñería, por outra banda, a recuperación da denominación da resolución «*decretum*» coa que o maxistrado romano concluíu o procedemento de xurisdición voluntaria, así como a harmonización coa terminoloxía utilizada na lexislación alemá —o *Rechtsfleger* alemán, equiparable ao secretario xudicial español, conclúe o procedemento de xurisdición voluntaria mediante un decreto motivado—, e na lexislación italiana. Nos asuntos de xurisdición voluntaria cuxo coñecemento se manteña na exclusiva competencia dos xuíces, podería atribuírselle ao se-

⁶ Vid. neste sentido Rodríguez Adrados, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

cretario a tramitación do expediente que debería en todo caso ser estudado e decidido polo xuíz en auto motivado.

Notarios e rexistradores son ao mesmo tempo profesionais privados do dereito e órganos da Administración pública, titulares activos das funcións públicas que lles atribúe o Ordenamento Xurídico e responsables das actuacións desenvolvidas no seu exercicio ante os órganos xudiciais.

En relación coa atribución de competencias que lle poderían ser transferidas ao Notariado⁷, cómpre sinalar que se fai imprescindible un amplo recoñecemento e atribución ao Notariado de competencias desxudicializadas neste sector do Ordenamento, en atención á dobre condición dos notarios de titulares dunha función pública ao servizo dos intereses xerais, e de profesionais privados do dereito, o que supoñerá, por outra banda, a recuperación dun protagonismo nun ámbito que xa lles foi recoñecido pola historia, en atención ao desempeño de funcións de autenticación, notificación, documentación, acreditación e certos supostos de homologación e de fe pública extraxudicial, mera presenza ou comprobación de feitos e garantía de dereitos, en consonancia coa seguridade xurídica preventiva e a finalidade antilitixiosa da actividade notarial, e que fixeron que o notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, «no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes».

A función notarial exerceuse, por outra banda, de forma independente e imparcial, sen sometemento a ordenación xerárquica, e a súa actuación, mesmo na súa función de dar fe pública, está sometida ao control xudicial. Non constitúe a actividade notarial un servizo público na súa concepción administrativa, aínda que si supón o exercicio dun servizo público en canto á súa función certificante e autorizante, na medida en que se trata dunha delegación parcial da soberanía do Estado, que controla o seu recto exercicio. Así, entre outros moitos procedementos relativos a dereitos reais, obrigacións, herdanza, ou dereito marítimo, cuxa competencia se lle podería atribuír ao Notariado, cabería sinalar a inmatriculación mediante acta de notoriedade, a supresión da intervención xudicial homologadora da decisión do notario, nos supostos de actas

⁷ Vid. neste sentido Rodríguez Adrados, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, xull-dec. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, xull-dec 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

notariais de notoriedade para renovar o tracto sucesivo ou rexistrar os excesos de cabida, por supoñer unha desnaturalización da actividade notarial e unha inapropiada desconfianza da súa actuación, o recoñecemento da intervención notarial nos casos de declaración de herdeiros a favor de parentes colaterais, a consignación de débedas diñerarias, as poxas voluntarias, a protesta de avarías ou o inventario de bens.

Non vou entrar tampouco neste estudo no exame detallado dos procedementos que, ao meu xuízo, especialmente no campo do dereito de cousas e no do tráfico mercantil de sociedades, cabería atribuír nesta materia ao outro relevante corpo de profesionais do dereito, o dos rexistradores da propiedade e mercantís, que en canto órganos das Administracións, que exercen unha potestade pública a través do procedemento rexistral, poderían asumir todos aqueles procedementos que, incardinados de xeito especial, aínda que non exclusiva, no marco dos dereitos reais, como a anotación preventiva do crédito refraccionario, ou a rectificación de erros nos asentos do rexistro da propiedade, e no ámbito do dereito societario, como a convocatoria de xuntas xerais de sociedades anónimas, de responsabilidade limitada, ou asembleas xerais de cooperativas en determinados supostos, ou o nomeamento de interventores, liquidadores ou auditores en situacións concretas, teñan clara vocación rexistral.

Abonda dicir que tanto en materia civil como en mercantil determinados procedementos que se desxudicialicen poden ser atribuídos con idéntica eficacia tanto a notarios como a rexistradores, que nos supostos desxudicializados debe suprimirse todo resto procesual e de manifestación de imperio, e que é en sede de disposicións finais da futura Lei de xurisdición voluntaria onde deben incluírse os supostos que saen da órbita xudicial e en sede da lexislación hipotecaria, notarial e rexistral, onde debe residenciarse a regulación correspondente.

Cómpre afirmar, en definitiva, en relación con este punto, que o recoñecemento de potestade decisoria aos secretarios xudiciais no ámbito da XV, como recoñecidos expertos en dereito procesual, e á súa configuración como corpo superior xurídico e único, de carácter nacional, ao Servizo da Administración de Xustiza, e a ampla desxudicialización de competencias e a súa atribución a notarios e rexistradores, como profesionais de acreditada solvencia xurídica e titulares dun servizo público que exercen por delegación do Estado, supón unha racionalización do sistema, unha descarga de traballo para os xuíces e unha lóxica ratificación de confianza na idoneidade destes operadores xurídicos no desempeño desta función, así como na madurez da sociedade civil.

4. QUINCE PROPOSTAS DE MODIFICACIÓN RESPECTO DO TEXTO NORMATIVO APROBADO NA COMISIÓN DE XUSTIZA DO CONGRESO DOS DEPUTADOS

Todos os grupos parlamentarios manifestaron nas intervencións dos seus voceiros na Comisión de Xustiza do Congreso a súa vontade de consenso, de diálogo e de aproveitar as sesións de obrigada tramitación no Senado para corrixir as disfuncións e mellorar o texto legal no Senado, o que só en parte foi posible, debido a que o Goberno procedeu a retirar o Proxecto de lei en outubro de 2007, o mesmo día en que ía ser votado no Pleno do Senado. Nesta liña de vontade de mellora do texto do Proxecto, retirado polo Goberno, e que deberá ser presentado polo novo Executivo que resulte das Eleccións na próxima Lexislatura, cómpre enmarcar as observacións que se expresan nas páxinas que seguen.

- 1) A Exposición de Motivos do Proxecto debe ser revisada co fin de cohonestar o seu contido coas reformas introducidas nas emendas votadas de forma favorable na Comisión de Xustiza do Congreso, en especial as referencias aos aspectos fundamentais que afectan á concepción e filosofía da XV, como son a posibilidade de controversia e oposición, a articulación dos recursos e a preceptividade da asistencia técnica e representación procesal, co que iso supón de reforzamento das garantías e da xurisdicionalidade do procedemento xudicial e de cuestionamiento da excesiva administrativa-ción da institución .
- 2) Os procedementos atribuídos aos xuíces en materia de condición e estado civil da persoa e dereito de familia implican reserva xudicial —é dicir, o cidadán non pode acudir a outro operador xurídico que non sexa o xuíz—, pero non reserva xurisdicional. En relación con este punto cómpre sinalar, ao meu xuízo, a afirmación contida na exposición de motivos, apartado terceiro, conforme á cal («tal y como aparece concebida en la presente ley la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución.....») supón ao meu xuízo unha toma de postura doutrinaria nunha cuestión sometida a debate na doutrina europea, así como contrario á máis recente xurisprudencia do Tribunal Supremo, en cuxa sentenza da Sala Terceira de 22 de maio do ano 2000, di textualmente: “no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria, los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales, con independencia de que anteriormente que pasó lo mismo, otro proceso contradictorio y en consecuencia, estas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de

la Constitución, las demás funciones —continúa a dicir o Tribunal Supremo— que el artículo 117.4 permite que la ley atribuya a juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos como en los supuestos de participación de los jueces en jurados de administración forzosa o en la administración electoral". Ao debate doutrinal sobre a XV referiuse o fiscal do TS na súa intervención, previa á aprobación da emenda que reintroduciu a posibilidade de oposición, nos seguintes termos: «...hay una polémica doctrinal fuerte sobre si la JV está incardinada en el 117.3 o en el 117.4. En puridad se podría decir que la contradicción, en cuanto que se va a resolver contradictoriamente, entraría ya en el conflicto y estaríamos más hablando de proceso y más del 117.3.....»

Por outra banda, a exclusión da xurisdición voluntaria do núcleo esencial indispoñible e excluínte de funcións que conforman a potestade xurisdiccional dos xuíces previsto no 117.3 e a súa inclusión nas funcións dos xuíces en garantía de dereitos conforme ao 117.4, respecto dos que non existe unha reserva de xurisdición, comportaría a posibilidade de traspaso nun futuro das funcións relativas a menores, incapacitados, discapacitados, desvalidos, dereitos indispoñibles, supostos atinentes a intereses públicos, restrición de dereitos fundamentais, etc. a outros operadores xurídicos que nun momento determinado tiñan sido considerados máis idóneos, o que, ao meu xuízo, resulta inasumible no actual marco constitucional, en atención á natureza dos intereses que están en xogo e á necesidade de que o seu coñecemento e resolución se lle atribúa ao operador xurídico que goza dun maior grao de independencia e imparcialidade, no seu estatuto xurídico, no marco da Administración do Estado. O que si cumpriría afirmar é que as competencias atribuídas aos xuíces no ámbito da xurisdición voluntaria se inclúen, dependendo da materia, nos parágrafos terceiro ou cuarto do art. 117.

Parece razoable que algunhas das competencias que actualmente se lles atribúen aos xuíces poidan transvasarse a outros operadores xurídicos no futuro, por ex. a declaración de ausencia e falecemento aos secretarios xudiciais. Pero, ao meu xuízo, hai determinadas competencias respecto das que non cabe pensar, co actual marco constitucional, nunha titularidade distinta da xudicial. Así, por exemplo, respecto da autorización xudicial para esterilizar un incapaz, ou para o tratamento non voluntario dunha persoa con trastornos psíquicos; ou para unha intromisión lexítima

no honor, na intimidación ou na propia imaxe dun menor ou incapacitado; ou para autorizar ou aprobar o recoñecemento da filiación non matrimonial de menores ou incapaces; ou para o nomeamento ou remoción dun titor ou curador; ou para autorizar a venda dun ben do patrimonio dunha persoa con discapacidade; ou para decidir sobre a custodia dos menores cando os pais vivan separados; ou sobre a atribución a un só dos cónxuxes da facultade para realizar actos de administración ou disposición dos bens comúns. Non semella, ao meu xuízo, razoable que nos sinalados e noutros análogos supostos de XV, caiba cuestionar que o xuíz está a realizar unha actividade de axuízamento propia da potestade xurisdiccional, consistente en constituír, autorizar, habilitar ou complementar a capacidade dunha persoa, tutelar un interese público ou resolver un conflito cuxa relevancia non require, a xuízo do lexislador, que sexa dirimido nun proceso contencioso, mediante un procedemento contraditorio ou de exercicio pacífico do dereito, substanciado con todas as garantías da tutela xudicial efectiva.

É dicir, hai determinados aspectos que, ao meu xuízo, necesariamente deben permanecer no ámbito da reserva xurisdiccional, e iso está garantido unicamente polo 117.3. De xeito que o lexislador debe ser consciente que se mantén que a fundamentación da XV asenta tan só no parágrafo 4 do art. 117 CE, cumpriría que no futuro se decidise que algún ou todos os supostos mencionados fosen atribuídos a outros operadores xurídicos, que no marco da XV serían secretarios xudiciais, notarios ou rexistradores.

No sentido expresado pronunciouse, no seu preceptivo Ditame, o Consello Xeral do Poder Xudicial: páx. 23: «sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....» e Conclusión segunda, páx. 84: «Al considerar que la intervención judicial en los procedimientos de JV no reviste la nota de exclusividad, al tener encaje constitucional en el apdo. 4 del art. 117.....». No texto do anteproxecto elaborado na Comisión de Codificación, afirmábase que as competencias xudiciais de XV quedaban amparadas polos parágrafos terceiro e cuarto do artigo 117 da Constitución.

En definitiva, parece evidente, ao meu xuízo, que a fundamentación constitucional da XV, conforme á fundamental STS de 22 de maio de 2000, que se refire á XV de competencia xudicial, ten de residenciarse ou no parágrafo 3º do art. 117, ou nos parágrafos 3º e 4º do art. 117 da CE; ou se cadra ata podería resultar máis prudente que non se fixese referencia á

natureza xurídica da XV, nunha sede como a Exposición de Motivos, que non parece a máis apropiada para este mester, co agravante, a feixes, de tratarse dunha cuestión sometida a debate na doutrina europea, sen que exista unha posición maioritaria respecto diso.

Cómpre afirmar, para concluír este punto, que o procedemento de XV de competencia xudicial, para a protección de dereitos e intereses lexítimos, require un labor de axuizamento por parte do xuíz equiparable á propia da xurisdición contenciosa, e unha tramitación na que deben respectarse os principios e garantías inherentes a toda actuación xudicial, que debe concluír mediante unha resolución xudicial de fondo, por medio da cal o xuíz se pronuncie sobre a cuestión suscitada no curso do expediente, a fin de que o cidadán obteña a tutela xudicial efectiva no exercicio do seu dereito ou interese lexítimo. En definitiva, a perda de garantías supón, tamén no ámbito dos procedementos de XV, un menoscabo na tutela xudicial efectiva dos dereitos e intereses lexítimos dos xusticiables. Cómpre sinalar así mesmo que, do mesmo xeito que sucede no marco da xurisdición contenciosa, o cidadán pode suscitar unha cuestión de constitucionalidade sobre o procedemento de XV no seu conxunto ou sobre algún dos preceptos específicos da súa normativa.

- 3) O mantemento das expresións «administradores do expediente» e «administración e xestión do expediente», poderían resultar apropiadas en referencia á función propia dos notarios e dos rexistradores, pero aplicadas a xuíces e secretarios xudiciais obedece a unha concepción administrativista da XV que quedou por fortuna superada no texto aprobado en sede da Comisión de Xustiza, polo que sería desexable a súa substitución polas expresións: «operadores xurídicos competentes» e «tramitación do expediente», en atención ao seu maior tecnicismo e á súa utilización usual na linguaxe lexislativa, así como na propia da doutrina e a xurisprudencia. Daríase tamén con iso un paso adiante no desideratum expresado nas liñas que pechan o texto da Exposición de Motivos da Lei: «Quizá esta Ley constituya el punto de partida para la elaboración de una dogmática y una teoría general de la jurisdicción voluntaria, con principios informadores y reglas de procedimiento, que la incardine de forma definitiva en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental».

A denominación de forma indistinta a todos os titulares con competencia na materia, supón unha inadecuada administrativación terminolóxica da XV, que só produce confusiónismo, ao poñer no mesmo plano operadores xurídicos que non o están no marco do Ordenamento, nin pola natureza

xurídica das súas actuacións nin polo grao de independencia e imparcialidade de cada un deles, en relación cos cidadáns e cos outros órganos do Estado. Neste sentido pronunciouse o Consello Xeral do Poder Xudicial nas páxs. 34 e 35 do seu Informe: «El Anteproyecto denomina "administrador del expediente" a las autoridades o funcionarios a los que la ley, ésta u otra, designe para conocer y resolver los expedientes de JV (art. 2.1), denominación que por ir asociada a la idea de gestión, se considera inadecuada, como se ha indicado, tanto referida a la actividad que se realiza, como, en particular, a la función judicial», e páx. 20: «Lo que el Anteproyecto denomina administradores del expediente —parece que intentando encontrar una denominación genérica a todos ellos— constituye una denominación poco afortunada dado que los procedimientos de JV no son, en puridad, susceptibles de administración sino de tramitación y resolución.....».

- 4) En relación así mesmo coa terminoloxía cómpre sinalar q en materia de XV, en estrita técnica xurídica, a máis axeitada, ao meu xuízo, correspóndese coa utilización dos vocábulos acto, procedemento e expediente. En puridade, previsto na lexislación substantiva un acto de XV e atribuída a súa titularidade a un xuíz, secretario xudicial, notario ou rexistrador, requírese, para a realización do dereito subxectivo ou interese lexítimo que constitúa o seu obxecto, que se incoe un procedemento a solicitude de persoa lexitimada ou, se procede, de oficio ou a instancia do Ministerio Fiscal, de se tratar dun procedemento xudicial, no curso do cal se procederá á tramitación dun expediente. A utilización abusiva no Proxecto de Lei do termo expediente cun carácter totalizador que abrangue de forma indistinta a perspectiva material e a procedemental, constitúe un desaxeitado reduccionismo lingüístico.
- 5) A coherencia conceptual esixe que desde o propio artigo primeiro, no que se axexa unha especie de definición legal de XV, se prevexa que a discordancia previa entre os intervenientes ou suscitada na tramitación, se ventile no propio curso do expediente, agás que a lei dispoña o contrario. A reflexión exposta, que pretende ser un exercicio de realismo e de coherencia entre o establecido no art. 1 e o previsto no art. 7, respecto dos efectos da controversia, foi así mesmo esgrimida por varios dos voceiros dos grupos parlamentarios, no debate na Comisión. Coido que unha posible redacción do apartado 2º do art. 1 podería ser a seguinte: «Se considerarán procedimientos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario o Registrador, sin estar empeñada o promoverse contienda relevante alguna

entre los interesados, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición, conforme a lo regulado en esta Ley».

- 6) En relación coa lexitimación, art. 3, habería que prever que o procedemento puidese ser incoado de oficio, como así está contemplado nos procedementos que afecten a menores ou incapaces —aínda que o impulso de oficio debería preverse, con carácter xeral, en todos os procedementos con reserva xudicial, en atención á relevancia do seu contido, así nun procedemento de declaración de ausencia ou falecemento ou de extracción de órganos—, ou a instancia do Ministerio Fiscal, como acontece en múltiples supostos. No sentido apuntado maniféstase o Ditame do Consello Fiscal, no comentario das Disposicións Comúns «.....sería conveniente incluir entre los sujetos legitimados al Ministerio Fiscal ya que, en ocasiones, el ordenamiento le encomienda la obligación de promover el expediente como, por ejemplo, en materia de tutela, ausencia o protección del patrimonio de las personas con discapacidad».
- 7) En relación coa litispendencia (identidade de obxectos) referida a procedementos substanciados ante operadores xurídicos de diferente natureza, prodúcese un discutible cambio de regulación en relación coa previsión do Proxecto de outorgar prioridade ao expediente que se iniciou con carácter previo, ao establecer no art. 2.2 que: «Cuando se tramiten simultáneamente ante administradores de diferente naturaleza dos o más expedientes con idéntico objeto y sujetos, proseguirá la tramitación del iniciado ante la Administración de Justicia, y se acordará el archivo de los otros expedientes incoados».
- 8) No Capítulo I relativo a Disposicións Comúns engádese un apartado, o 3º, ao artigo 5, rubricado como Medios de proba, no que se prevé o impulso de oficio por parte do xuíz nos procedementos relativos a menores ou incapaces, ao efecto de «ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones se estimen oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente», aínda que cómpre sinalar que:
 - a) Xa se contén na regulación do Procedemento Común a xuíces e secretarios un texto, art. 22.5, con análogo contido,
 - b) o impulso de oficio debe preverse tamén naqueles supostos nos que a resolución do expediente afecte a menores ou incapaces, aínda que este non sexa de titularidade xudicial, por ex. cando nun expediente de dominio resulten afectados intereses de menores, incapaces ou ausentes, tal e como se prevé no art. 113.4.

- c) o impulso de oficio debe preverse, con carácter xeral, en todos os procedementos con reserva xudicial, en atención á relevancia do seu contido, así nun procedemento de declaración de ausencia ou falecemento ou de extracción de órganos.
- 9) En materia de días e horas hábiles, vólvese á previsión realizada no art. 9 do texto do anteproxecto da Comisión de Codificación, que se atén ao previsto ao efecto na xurisdición contenciosa, aínda que, ao meu xuízo, debería incorporar unha cláusula de estilo do tipo «salvo que la ley disponga lo contrario», en atención a que o propio texto do Proxecto prevé a habilidade de todos os días e horas en materia de Dereito marítimo, art. 173, así como establece no art. 13.1 que «Fuera de las horas de audiencia del Juez encargado del Registro Civil, y siempre que la urgencia del asunto lo requiera, le sustituirá el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia». Cumpriría logo, en materia de habilidade, volver ao réxime xeral do art. 1812 da LAC, cando estean en xogo intereses de menores ou incapaces, que non deberían ser obxecto dun réxime menos privilexiado que o que se outorga ao Dereito Marítimo; ou polo menos prever o réxime xeral de todos os días e horas hábiles en determinados supostos como: a restitución de menores nos supostos de subtracción internacional, respecto do que si se dispón a preferencia na tramitación do procedemento, art. 68; a autorización para a intromisión lexítima no honor, intimidade ou propia imaxe do menor ou incapacitado, arts. 78 e 79, ou os casos de discordancia no exercicio da patria potestade, que poden afectar por ex. á potestade de garda ou á realización ou non dunha operación ou dunha transfusión de sangue, ao menor ou incapaz, arts. 100 ss.
- 10) En materia de recursos cómpre sinalar que o reforzamento do principio de audiencia, de oficio ou a instancia dos interesados, implica a posibilidade de que se produza discordia, discrepancia, contraposición, controversia, contradición, en suma, entre os intervinientes, e que unha vez tramitada e resolta a contradición, o recurso contra a resolución, é dicir, a dobre instancia, parece inherente ao procedemento xudicial. A non admisión dos recursos ten sentido nun procedemento sen contradición, de exercicio pacífico dos dereitos, pero supón un menoscabo da seguridade xurídica e da tutela xudicial efectiva, nun procedemento no que se admite a posibilidade de controversia e oposición, agás que a lei dispoña o contrario.

Como foi subliñado polo decano do Colexio de Avogados de Madrid na súa intervención, «...Un diseño que dice que lo nuclear es el verbal tiene

contradicción.....y si no hay recursos es algo a corregir. El recurso no es un elemento de dilación, se interpone dentro de plazo o no existe, y lo que tarda es la resolución y no el recurso.... Así que si conseguimos que el recurso en esta materia se haga pronto por quien lo tiene que hacer, ya no hay dilación y ahorraría el pleito principal en muchas ocasiones. Además si el recurso se pone quiere decir que la parte que lo interpone está conforme en estar en jurisdicción voluntaria.....». A posición favorable do propio presidente do Colexio Nacional de Secretarios Xudiciais na súa intervención parlamentaria e do secretario xudicial Seoane Cacharrón en recentes estudos publicados sobre a XV, a que se articule un recurso contra o decreto do secretario, polo que resolve nun procedemento da súa competencia, é unha boa mostra da responsabilidade coa que os operadores xurídicos se sitúan ante o texto legal.

No sentido expresado, e de conformidade coa filosofía das intervencións dos comparecentes, que resultaron unánimes neste punto, aprobouse a razoable emenda 109 do Grupo Parlamentario Mixto, que se recolle no art. 26, conforme ao cal se reintroduce a previsión de recursos e ao que procede engadir o establecido no apartado 3 do art. 26. bis, que debe quedar sen efecto no resto do seu contido.

- 11) En materia de asistencia técnica e de representación procesal, foron así mesmo unánimes na súa filosofía as intervencións dos comparecentes ante a Comisión de Xustiza, no sentido de resaltar que a intervención de avogados e procuradores sempre serviu para reforzar as garantías do procedemento, a seguridade xurídica e, en consecuencia, a tutela xudicial efectiva. Nos arts. 19, 19 bis e 19 ter, procédese a regular de forma diversa o que corresponde á mesma rúbrica: Comparecencia dos interesados e defensa técnica. Parece evidente que o apartado 1 do art. 19 bis no que se establece: «En los expedientes de jurisdicción voluntaria no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador», ten de considerarse derogado, en atención á aprobación de dúas emendas en sentido contrario: a 150, que se corresponde co art. 19 e reproduce o previsto no art. 6 do Anteproxecto da CXC, que establece o carácter preceptivo xeral da intervención de abogado, agás nunha serie de supostos; e unha emenda transaccional, que se corresponde co art. 19 ter e que establece: «La intervención preceptiva de Abogado y Procurador en los expedientes regulados en los títulos IV y V de esta Ley».

Non resulta xustificado, na miña opinión, o radical cambio de criterio lexislativo neste punto, consistente en suprimir a intervención preceptiva

de avogado. A propensión a equiparar ou aproximar, tamén neste aspecto, procedementos de XV de distinta natureza e atribuídos a distintos titulares de competencia, en aras da simplificación, da diminución de formalidades e do custo do expediente, pode supoñer, con todo, en determinados supostos, unha regresión no reforzamento das garantías dos intervinientes.

No A. de 2005, a representación dos interesados no procedemento regulouse cun criterio análogo á regulación vixente. O interesado debía ser dirixido por avogado, agás en casos de conciliación, expedientes de contía inferior a dous mil catrocentos euros, para presentar a solicitude en expedientes que teñan por obxecto a adopción de medidas urxentes ou que deban instarse en prazo perentorio, expedientes de recoñecemento de filiación extramatrimonial e para a intervención dos interesados, distintos do solicitante, sempre que non teña por obxecto formular oposición.

Pois ben, o reforzamento no PL dos principios de audiencia, dispositivo e achega de parte, a atenuación do dirixismo xudicial, a posibilidade da práctica de todo tipo de probas, o que redundará nunha superación da verosimilitude á que se atopan abocadas, en ocasións, as tradicionais informacións, acreditacións e xustificacións, previstas na regulación vixente, unido todo iso ao recoñecemento expreso da posibilidade de contradición e de recursos, nos procedementos nos que se vexan afectados intereses de menores ou incapaces, ao propio tempo que supoñerá unha mellora nas garantías dos intervinientes e na dialéctica entre os solicitantes, interesados —en especial naqueles supostos en que se manifeste un interese contrario ou diverxente do solicitante— ou terceiros non interesados, implicará, en determinados procedementos, unha maior dificultade e complexidade procesal.

Por outra banda, a transcendencia económica dos intereses en xogo, en ocasións, a necesidade de razoar con criterios de lóxica xurídica a utilidade ou conveniencia de adoptar unha ou outra toma de postura, noutras vicisitudes, a proposición ou práctica de probas, ou ben as propias tensións que xeran as controversias no exercicio da patria potestade, as relacións de menores co proxenitor que non sexa titular da patria potestade ou con parentes ou achegados, ou as diverxencias relativas á administración dos bens de menores ou incapaces ou na administración de bens gananciais no seo da comunidade conxugal etc., parecen razóns dabondo para que se reflexione sobre este punto, ao efecto de distinguir entre aqueles supostos nos que a previsible ausencia de dificultade técnica non fai necesaria ou conveniente a preceptiva asistencia letrada, e aqueloutros nos que a

posibilidade de contradición ou recursos prevista nos propios procedementos, como sucede nos casos de menores ou incapacitados, ou a existencia dunha discrepancia ou contradición atenuada a priori, o que ten lugar nos procedementos en materia de familia, fan aconsellable a obrigada intervención dun avogado. Podería mesmo resultar aconsellable o establecemento da preceptiva intervención de avogado, con carácter xeral, en todos aqueles procedementos cuxa titularidade se lles atribúa aos xuíces.

Cumpriría tamén preguntarse en que medida resultaría axeitado o carácter preceptivo da asistencia técnica de avogado en procedementos tramitados ante os SX que poden revestir unha especial complexidade, como os expedientes de dominio e de liberación de cargas e gravames, a fixación do prazo para o cumprimento das obrigacións, a testamentaría, ou a liquidación de avarías.

Semella así mesmo razoable argumentar que, en atención ao establecido no art. 22 do PL, PL «La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades.....», resultase preceptiva a intervención de avogado e procurador, conforme ao criterio establecido ao efecto para o xuízo verbal, nos arts. 23 ss. LAC, en materia de primeira instancia e apelación.

Os títulos IV e V regulan os procedementos cuxa competencia atribuílles aos xuíces, e o seu contido incumbe á condición e estado civil da persoa e dereito de familia. Pois ben, a necesidade de harmonizar o texto de ambas as emendas, e a conveniencia de que en determinados procedementos de especial complexidade tramitados ante os secretarios xudiciais se establecese tamén o carácter preceptivo da asistencia técnica de avogado e da representación por procurador, como así foi mesmo recomendado polo presidente do Colexio de Secretarios na súa intervención, podería propiciar unha solución transaccional no sentido de engadir unha cláusula no art. 19 ter, apartado 1 do teor, «así como en aquellos otros expedientes tramitados ante los Secretarios Judiciales, en los que así lo disponga la Ley». Habería, conforme á devandita disposición, que determinar caso a caso en que expedientes sería aconsellable o carácter preceptivo da intervención destes profesionais. Certamente resulta difícil imaxinar a un particular tramitando, por exemplo, un expediente de dominio, un expediente de liberación de gravames, unha testamentaría, unha liquidación xudicial de avarías, ou un depósito e venda de mercancías e equipaxes no transporte marítimo etc., ante un secretario xudicial, que non ten obriga legal nin lle pode prestar asesoramento á persoa interesada ou afectada.

Parece razoable tamén recoñecerlles aos procuradores a capacidade de certificación nos actos de comunicación en que interveñan, en réxime de concorrencia e competencia cos servizos comúns, cun específico marco de responsabilidade, en atención á acreditada profesionalidade e eficacia demostradas por estes operadores xurídicos, no seu labor de colaboración coa Administración de Xustiza. A axilización no tráfico xurídico que se produciría con esta medida podería xustificar, ao meu xuízo, a súa toma en consideración nesta Lei, sen demorar, para unha eventual reforma, unha decisión, que ten moitos visos de asumirse, en todo caso, no futuro.

Aínda que se dá por suposta, en varios artigos, a intervención do secretario nos procedementos de reserva xudicial como, por exemplo, cando se afirma no art. 23.1, incurso na Sección correspondente a Procedemento Común, que: «El Secretario judicial controlará la existencia de posibles defectos u omisiones en las solicitudes y dará un plazo para subsanar los mismos.....», ou no art. 26 bis. 3 «..... que en los expedientes correspondientes al Juez, cabrá recurso de revisión, sin efecto suspensivo, contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el secretario.....», sería conveniente reintroducir a previsión específica respecto diso contida no art. 5.3 do Anteproxecto da CXC: «En los casos en que la resolución definitiva del expediente corresponda al Juez, el Secretario Judicial llevará a cabo toda la tramitación, excepto la admisión y práctica de pruebas».

- 12) A regulación legal da cousa xulgada non resulta satisfactoria, dado que a dicción legal pode dar lugar a confusión. No ámbito da cousa xulgada formal, semella claro que as resolucións, ditadas en todo tipo de procesos e procedementos, que deveñan firmes resultan inimpugnables, polo que producen efectos de cousa xulgada formal. O art. 207 LAC refírese a iso cando afirma que «transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.....», o que non obsta para iniciar un proceso contencioso, con independencia de que varíen ou non os suxeitos, o obxecto ou as circunstancias ou orzamentos propios do procedemento voluntario precedente e sen que iso teña de entenderse, de ningún xeito, como unha impugnación da resolución ditada no marco da XV.

Sucede, con todo, que o art. 25.2, pode xerar confusión e cómpre interpretar que entra en contradición co art. 2.2, ao negar efectos de cousa xulgada ao auto do xuíz e ao decreto do secretario e non distinguir entre cousa xulgada formal, que si se produce respecto das resolucións firmes no marco da XV, e cousa xulgada material, que así mesmo se produce, ao meu

xuízo, no seu efecto negativo, no ámbito da propia XV, cando se afirma no propio art. 2. 2 que «Resuelto un expediente de JV por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados», e non se produce, pola contra, no seu efecto negativo, fóra do ámbito da propia XV, o que se prevé no art. 2.3 ao dispoñerse que «La resolución de un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso judicial con el mismo objeto».

En definitiva, as resolucións de XV non comportan efectos de *cousa xulgada material* fóra do ámbito da propia XV, pero si neste ámbito, nos seus efectos negativo e positivo. Cumpriría afirmar, pola súa banda, en relación con este último, que calquera órgano xurisdiccional quedará vinculado en calquera proceso ou procedemento, e iso encaixaría no denominado efecto positivo da *cousa xulgada material*, polo contido dispositivo da resolución adoptada no expediente de XV, sempre que esta non se cuestione nun proceso ordinario; nese caso o xuíz non estará vinculado, en medida ningunha, polo decidido no procedemento de XV. Negar efectos de *cousa xulgada material* á xurisdición voluntaria no seu propio marco introduciría, ao meu xuízo, unha perigosa variable que só xeraría inseguridade xurídica aos xusticiables e ao propio funcionamento da Administración de Xustiza. Por dicilo con palabras utilizadas polo fiscal do Tribunal Supremo na súa comparecencia: «Estos expedientes producen efecto de cosa juzgada formal porque no se pueden impugnar en el mismo proceso y producen efecto de cosa juzgada material en otro expediente de jurisdicción voluntaria, no en un proceso contencioso posterior pero sí en otro de jurisdicción voluntaria y si se ha resuelto no lo vamos a resolver otra vez, aunque la materia de familia es susceptible de otra modificación».

A miña proposta é que o art. 25.2 quede redactado do seguinte teor: «Cuando el operador jurídico competente sea un Juez resolverá el expediente mediante auto, que no tendrá efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Si el operador jurídico competente es un Secretario Judicial, lo resolverá mediante decreto, que también carecerá de efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria».

- 13) Debería valorarse a conveniencia de regular a mediación, no marco da XV, de conformidade coas observacións formuladas por varios comparecetes ante a Comisión de Xustiza e por varios dos voceiros de grupos parlamentarios. A regulación da mediación —diciase na Memoria Explicativa do Anteproxecto da CXC, que si procedeu a articular este procedemento,

suprimido no Proxecto— «se hace ex novo y es una de las grandes innovaciones de la ley. Se ha querido recoger esta figura para dar respuesta a las recomendaciones internacionales de realizar esfuerzos en aras de disminuir la conflictividad judicial y a la exigencia de un importante sector doctrinal que pedía su introducción».

Ao meu xuízo, a Lei de XV constitúe unha adecuada sede para regular un procedemento como a mediación, que contribúa a evitar a xudicialización de determinados conflitos no ámbito civil, mercantil e familiar, que podería ser o xa previsto no Anteprojecto, e que conforme expresou a decana do Colexio de Avogados de Barcelona na súa comparecencia: «Tal y como está previsto, reviste las garantías suficientes para su puesta en práctica». A regulación da mediación é, por outra banda, un compromiso previsto na DF 3ª da Lei 15/ 2005, de modificación do CC e da LAC, para os casos de separación e divorcio. No texto aprobado haberán de terse en conta, como así se contempla no procedemento do Anteprojecto, as disposicións aprobadas ao efecto pola Unión Europea, así como as notas caracterizadoras da actividade do mediador: profesionalidade, confidencialidade, imparcialidade e voluntariedade. A aprobación dunha Proposición de Lei de articulación da mediación e do estatuto xurídico do mediador, o día 26 de xuño de 2007, na Comisión de Xustiza do Congreso, é dicir, o día anterior á votación das emendas do Proxecto de lei de XV, constitúe unha clara vontade de regular esta materia, e o trámite pendente no Senado pode constituír unha boa oportunidade para aprobar unha emenda na que se faga efectivo o compromiso pendente, nos escasos meses que restan de lexislatura.

- 14) En relación cos procedementos que, na miña opinión, poderían ser obxecto de inclusión específica no texto da futura Lei de XV, aludirei a) as propostas do CERMI, b) a emenda 64 de Convergencia i Unió, de inclusión dun novo capítulo no Título IV, en materia de Persoas, baixo a rúbrica «Del procedimiento para la autorización biológica de la filiación, paternidad o maternidad», e c) supostos que incluídos na LAC poderían ser trasladados á futura Lei de XV, en atención á súa natureza voluntaria.

Desde o sector da discapacidade, representado polo CERMI, Comité español de representantes de persoas con discapacidade, solicitouse que: 1) Se articule o procedemento de XV previsto no art. 156 do Código penal, relativo á autorización xudicial da persoa incapaz que adoeza de grave deficiencia psíquica; 2) Se regule a autorización xudicial para impoñerlles tratamento médico forzoso aos enfermos psíquicos e 3) Se valore a conve-

nencia de que a autorización xudicial para o internamento de persoas que padecen trastornos psíquicos, sexa tramitada mediante un procedemento de XV.

A segunda proposta do CEMI, que fora xa asumida nunha Proposición de lei presentada por Convergencia i Unió en 2005 e articulada como procedemento específico no proxecto de lei, quedou sen efecto ao aprobarse unha emenda de supresión do capítulo polo que se procedeu á súa regulación. Agora ben, ao meu xuízo, a intervención dos representantes do CERMI na Comisión, así como a posición favorable de varios voceiros e comparecentes, con especial referencia pola súa significación neste Procedemento, do fiscal xefe da Sala Primeira do TS, deberían ser obxecto dunha nova valoración. As consideracións atinentes a que se trata dunha alternativa, en moitas ocasións, a unha incapacitación, ou a un internamento non voluntario, creo que non foron suficientemente desvirtuadas polos argumentos en sentido contrario. Trátase de que un acto sanitario como é o tratamento ou o período de observación dunha persoa que non ten conciencia clara da súa enfermidade, pero non ata o punto de requirir unha incapacitación ou un internamento, se articule nun procedemento con todas as garantías. O problema non está resolto e os afectados están de acordo na conveniencia e urxencia da medida. Quizais a ausencia dos preceptivos ditames do Consello Fiscal e do Consello Xeral do Poder Xudicial, si poida considerarse unha obxección relevante á articulación do procedemento no texto de referencia.

A terceira proposta é un claro reflexo do carácter variable e fluído entre ambas as dúas esferas da lexislación, manifestado en institucións como os alimentos provisionais, a incapacitación por loucura ou o internamento de persoas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedementos de XV antes de pasar á esfera contenciosa. No suposto do internamento, o transvase materializouse coa súa inclusión na LAC 2000. Agora ben, configurado o Procedemento de XV con todas as garantías propias da tutela xudicial efectiva, establecida a súa efectiva aplicación a supostos nos que estean en xogo intereses de menores e incapaces, ata o límite ata de non proceder ao transvase da esterilización de persoa incapacitada ao marco da Xurisdición contenciosa, con maior razón debería considerarse de natureza voluntaria o internamento, o que redundaría por outra banda nunha maior harmonización do sistema. Semella razoable, así mesmo, que de se decidir, como así parece, manter a esterilización prevista no art. 156.2 do C. penal no marco da XV, sería conveniente proceder á articula-

ción do procedemento singularizado, en atención ás súas específicas particularidades. Por todo iso, ao meu xuízo, sería un acerto que se valorase en sentido positivo a súa regulación polo Senado.

A proposta sobre «Investigación biolóxica de la filiación, paternidad o maternidad» de Convergencia i Unió, está articulada con todas as garantías, pretende encher un baleiro legal sobre unha cuestión de crecente transcendencia social e ten un entronque claro, entre outros preceptos constitucionais, no art. 39.2 CE, conforme ao cal: «La Ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Habería que ter en conta, finalmente, aos efectos do seu posible transvase á Lei de XV, que na LAC se regulan baixo a denominación de procesos supostos sen contradición de vontades e de clara natureza voluntaria. Así sucede por exemplo: nos denominados procesos matrimoniais de separación ou divorcio por mutuo consenso; nas demandas en solicitude de eficacia civil, das resolucións de Tribunais eclesiásticos sobre nulidade de matrimonio canónico e das decisións pontificias sobre matrimonio intre e non consumado, sempre que non se solicite a adopción ou a modificación das medidas establecidas; ou nas demandas en xuízo verbal nas que se pretende que o Tribunal poña en posesión de bens a quen os adquiriu por herdanza de non estiver sendo posuídos por ninguén a título de dono ou usufrutuário. Contéplase neste último suposto o tradicional interdito de adquirir a posesión, expresión que foi suprimida pola LAC, malia o mantemento, noutras ocasións, de termos, principios, regras e criterios de perenne valor, acuñados pola tradición xurídica e acolleitos nas leis procesais civís doutros países da nosa mesma área cultural, conforme se afirma, con acerto, na precisa e afortunada Exposición de Motivos da Lei procesal civil. Inclúense de igual xeito na LAC, en atención a motivacións diversas, institucións que teñen unha natureza basicamente de xurisdición voluntaria. Así sucede en relación coas previsións lexislativas referidas a dilixencias preliminares ou medidas provisionais previas ás demandas de nulidade, separación ou divorcio.

- 15) Parece razoable, finalmente, que na Exposición de Motivos da futura Lei se faga unha mención ao texto do Anteproxecto, que serviu de fundamento e referencia obrigada no debate e, chegado o caso, aprobación da Lei de XV. O texto legal mencionado, publicado polo Ministerio de Xustiza en outubro de 2005, é obra dun *relatorio* que, constituído no seo da Sección Segunda, que presidía naquel momento o profesor Aurelio Menéndez, da Comisión Xeral de Codificación, e composto por sete membros, presididos por D. José

María de Prada, foi nomeado no ano 2002 por D. José María Michavila e confirmado no ano 2004 por D. Juan Fernando López Aguilar, na súa condición de ministros de Xustiza.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

A seriedade con que, sen dúbida, se acometeu o estudo da XV, manifestada na constitución dun *Relatorio* no seo da Comisión Xeral de Codificación, que elaborou un valioso texto prelexislativo entre os anos 2002 a 2005, que serviu de base ao Proxecto do Goberno, a comparecencia, en trámite de asesoramento do Congreso dos Deputados, de 14 expertos sobre a materia e as 562 emendas presentadas por todos os grupos parlamentarios, así como o alto nivel técnico do texto legal aprobado en sede parlamentaria —a aprobación no Congreso de emendas contraditorias reduciase a tan só dous artigos en materia de asistencia técnica e recursos— viuse frustrada, con todo, ao meu xuízo, por:

- a) O cambio de concepción, respecto do previsto no texto do *Relatorio*, que supuxo a inclusión no proxecto dunha artificiosa equiparación entre procedementos de diferente natureza, como son o xudicial e o administrativo notarial e rexistral, o que se materializou na supresión da contradición, dos recursos e da asistencia técnica e a representación procesual, nos procedementos xudiciais.
- b) A oposición dalgúns dos operadores xurídicos afectados, de forma singular, secretarios xudiciais e avogados, ante a desacertada previsión que implicaba un estéril reduccionismo da XV ao ámbito negocial e administrativo, debido á supresión das connotacións xurisdicionais do procedemento xudicial.
- c) A articulación dun procedemento xudicial xeral unitario e garantista, en contraposición á vixente previsión legal, que carecía desta nota caracterizadora, e a súa aplicación tan só a menores e incapaces, co risco de ineficacia do procedemento substanciado ante os secretarios xudiciais, e de frustración destes operadores xurídicos, que se verían obrigados a tramitar tan só os supostos de ausencia de conflitividade, e a arquivar o expediente nos restantes, obrigando aos interesados en acudir a un xuízo ordinario.
- d) A polémica -xurdida, ao meu xuízo, por unha deficiente redacción legal-arredor da consideración de que non parece que a Lei de XV sexa unha lei adecuada para cambiar o actual modelo de seguridade xurídica preventiva e de fe pública, cuxa probada eficacia e prestixio entre os xusticiables e os operadores xurídicos está fóra de toda dúbida razoable.

- e) A inapropiada referencia á natureza xurídica da XV xudicial en sede de Exposición de Motivos. O carácter controvertido da cuestión na doutrina española e europea, unido á, ao meu xuízo, cuestionable ausencia de reserva xurisdiccional nos supostos de atribución de competencias aos xuíces, fan aconsellable ou ben incardinar a materia nos apartados 3 e 4 do art. 117 CE, ou ben mesmo, o que sería máis prudente, non abordar a cuestión da natureza da XV no texto legal.

É hora xa de que a xurisdición voluntaria deixe de ser un campo de experimentación do lexislador. Hai que elaborar unha lei o máis completa posible que, escrita con boa técnica xurídica, conforme ás esixencias da dogmática do dereito procesual:

- a) articule un procedemento xeral con todas as garantías inherentes a calquera actuación xudicial, entre as que cómpre destacar que a oposición non impida a continuación na tramitación do expediente, salvo que a lei dispoña o contrario, a posibilidade de recorrer en apelación o auto definitivo do xuíz ou, en revisión, o decreto do secretario xudicial e o mantemento, salvo as excepcións previstas na lei, do carácter preceptivo da asistencia técnica de avogado e a representación do procurador, xunto coa previsión do beneficio de xustiza gratuíta, fronte á actual identificación da institución con supresión ou diminución de garantías, prazos ou formalidades, en detrimento da tutela xudicial efectiva,
- b) suprima os procedementos obsoletos, reforme os aínda útiles, e traslade e incorpore doutros textos legais os que teñen natureza voluntaria
- c) desxudicialice competencias, en aras da racionalización do sistema, e que llelas atribúa a outros profesionais do dereito, notarios e rexistradores, de forma especial, as que razoablemente lles correspondan pola súa propia natureza,
- d) redistribúa competencias no seo do órgano xudicial entre xuíces e secretarios xudiciais, e
- e) recoñeza ao xusticiable a posibilidade de optar, en determinados procedementos respecto dos que non exista reserva xudicial, entre acudir a un secretario xudicial ou a un operador xurídico extraxudicial, notario ou rexistrador da propiedade ou mercantil, o que constitúe unha manifestación de confianza na madurez da sociedade civil.

Estamos, daquela, ante a necesidade de atender a unha urxente necesidade social e de modernizar a Xustiza nesta materia, caracterizada pola estreita

conexión coa vida diaria dos cidadáns e pola relevante transcendencia práctica de moitas das súas manifestacións, e de facelo con vontade de permanencia no tempo, co maior consenso político posible, nunha esfera do Ordenamento de marcado carácter técnico-xurídico, no que o debate non debe ser ideolóxico, senón en todo caso de concepción ou filosofía da xurisdición voluntaria. Trátase, en definitiva, de dar resposta, tamén nesta parcela do Ordenamento Xurídico, ao desafío dunha Xustiza máis moderna, racional e eficaz.

PROPOSTAS PARA O FUTURO DOS GOBERNOS LOCAIS. CRÓNICA DUNHA SUPERACIÓN

Borja Vereá Fraiz

Subdirector xeral de Réxime Xurídico Local

Dirección Xeral de Administración Local

Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza

"Ninguén mellor que os individuos dunha poboación coñecen as súas necesidades, os seus recursos, os medios de aumentar os seus bens e de diminuír as súas calamidades"
Alberto Lista, Revista de Madrid (1837)

Resumo: *É unha constante no debate da xestión pública o preguntármonos sobre a necesidade de continuar cō sistema actual municipal ou se este debe sufrir unha profunda reforma. Propóranse unha serie de melloras na administración local que van dende axustes puntuais no seu financiamento para acadar unha maior eficiencia ata un tratamento máis obxectivo e profesional para cōs empregados públicos locais, todo partindo dunha perspectiva histórica que intenta xustificar a necesidade e posibilidade de evolución progresiva dos gobernos locais.*

Palabras clave: *Gobernos locais, propostas, federalismo fiscal, impostos, empregados públicos, gasto público, mellora, evolución histórica.*

Abstract: *It is a constant debate in the public administration asking us on the need to continue with the current municipal system or whether it should undergo a thorough reform. It will propose a series of improvements to local governments ranging from one-off adjustments in funding for greater efficiency, to a more objective and professional with local civil servants, all from a historical perspective that attempts to justify the need and possibility of a gradual evolution of local governments.*

Keywords: *Local governments, proposals, fiscal federalism, taxation, civil servants, public expenditure, improvement, historical evolution*

Índice: *1. Servizo público coma orixe e esencia dos concellos 1.1. Orixe dos servizos públicos locais 1.2. As especialidades dos servizos públicos locais hoxe en día 2. Propostas de superación do sistema actual 2.1. En materia de financiamento 2.1.1. Dignificación das competencias municipais 2.1.2. Unha nova cultura na financiación local 2.1.3. Algúns axustes nos impostos locais existentes 2.2 No eido da función pública local 2.3. Un maior control do gasto público local 3. Bibliografía.*

1. O SERVIZO PÚBLICO COMA ORIXE E ESENCIA DOS CONCELLOS

Do mesmo xeito que no comezo do traballo premiado de Juan Francisco Parra Muñoz¹ podemos parafrasear a Ortega y Gasset nunha das súas máis famosas afirmacións – “*Castela fixo a España e Castela a desfixo*” – e modular a mesma para dicir que se o servizo público está no cerne dos concellos, na esencia da súa aparición, a problemática dos servizos públicos locais é sen dúbida a que está xerando hoxe en día os efectos máis devastadores nos mesmos. Non é demasiado novidoso dicir que a estrutura constitucional, lexislativa e financeira do eido local está acadando unhas constantes ineficiencias que someten aos concellos e deputacións á crítica constante e á concepción destas administracións como unha molestia ou contrapunto do que debe ser o futuro da xerencia pública.

Ao longo deste artigo intentaremos propoñer unha serie de modulacións concretas nos diferentes ámbitos xerenciais nos que ten potestades a administración local; axustes que non esixen unha reformulación traumática do sistema, senón que son de aplicación sinxela e case que inmediata e que entendemos poden corrixir algúns dos desaxustes detectados tanto pola doutrina como polos operadores xurídicos.

1.1. ORIXE DOS SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS

Pero, como dicíamos, a historia e orixe dos concellos está íntimamente ligada á historia da organización natural de familias para a solución conxunta dunha serie de intereses e a prestación conxunta duns servizos. Así, e coma orixe desta natureza pública podemos remontarnos ao ano 218 a.C cando desembarca en Ampurias a cidade romana que terá a súa continuidade decadente² no municipio visigodo³ ata chegar á época medieval cando a idea de concello afunde as súas raíces no imaxinario común e artéllase como o principal referente non xa de sometemento lexítimo a un poder, senón como niño das futuras liberdades. Así, a propia Lei 7/1985, de 2 abril, de bases do réxime

¹ PARRA MUÑOZ, JUAN FRANCISCO. “El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?”, IAAP, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2006

² Como dunha maneira descriptiva narrou Salviano de Marsella hacia o ano 440 no seu tratado *de gubernatione Dei*; podémolo atopar en BLAZQUEZ MARTINEZ, JOSÉ MARIA. “El sistema impositivo de la Hispania Romana”; Historia de la Hacienda Española (Épocas Antigua y Medieval), Homenaje al Profesor García de Valdeavellano, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1982 pag. 119 y ss.

³ SÁNCHEZ ALBORNOZ, CLAUDIO. Ruina y extinción del municipio romano en España : e instituciones que le reemplazan. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1943.

local (LBRL) no seu preámbulo establece con palabras dificilmente mellorables: "... É mester recordar a anterior exclusividade da vida agraria, controlada por inteiro por sectores señoriais cuxa prepotencia se traduciu no establecemento e xeneralización das relacións de servidume. Nese contexto señorial, o renacemento das cidades e a súa organización en Municipios posibilita o desfrute de liberdades ata entón inaccesibles; permite redimirse dos malos usos e da opresión señorial, así como adquirir un estatuto xurídico liberado das pasadas e pesadas restricións. Non lle faltaban motivos ao home medieval para pregoar que -o aire da cidade fai libre-. Se o señorío é o arquetipo da suxeición persoal, o Municipio é o reduto das liberdades. En verdade os Municipios son enclaves liberadores no medio do océano señorial de campesiños, nativos, etcétera, sometidos a servidume... "

Vai ser curiosamente en Francia, nación coñecida polo seu rexeitamento a alonxar os poderes de París, onde se comece a teorizar sobre as liberdades municipais e onde aparecerá o termo *Pouvoir Municipal*, adiantado xa naquela idea da "Memoire sur les municipalités" que o fisiócrata Turgot⁴ presentou ao Rei Luis XVI en 1775. Turgot propoñía xa a administración dos intereses particulares dos pobos polos seus propios habitantes, participando, claro, do racionalismo iusnaturalista da época e incorporando xa unha ruptura do Antigo Réxime. Recoñecíanse como unha liberdade natural os pobos, os lugares e as parroquias formados pola asociación espontánea de individuos e familias: aos veciños de cada pobo habería de corresponderlle a administración dos seus asuntos propios⁵. A súa proxección práctica sería inmediata o 4 de agosto de 1789 na Asemblea Nacional que abolía os privilexios de provincias, vilas e señoríos e pouco máis tarde dotaba ao país dunha nova organización local. O Decreto de 22 de decembro de 1789 xeralizaba a institución municipal a todo lugar no que existise unha asociación ou comunidade espontánea de veciños.

⁴ Sobre o Povoír Municipal e a orixe francesa da autonomía local SANCHEZ MORÓN, MIGUEL "La autonomía local: antecedentes históricos y significado constitucional", Civitas Ediciones S.L., Monografías Civitas, Madrid, 1990, pag, 37 y siguientes; y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO "Turgot y los orígenes del municipalismo moderno", incluído en Revolución francesa y Administración Contemporánea, Madrid, 1981.

⁵ O nacemento da autonomía local que chegará aos nosos días trufada e mellorada polas teses Burmeister en Alemaña, e sen dúbida pola teoría da "garantía institucional" de Carl Schmitt que recepciónaría no noso país Parejo Alfonso e posteriormente a famosísima STC de 2 Febreiro de 1981; vemos que en esencia e literalidade non escapa moito destes primeiros brotes de autonomía local na súa orixe francesa. Así o artigo 2 da LBRL regula que "... a lexislación...deberá asegurar aos Municipios, as Provincias e ás Islas o seu dereito a intervir en cuantos asuntos afecten directamente ao círculo dos sus intereses" e o propio artigo 137 da CE consagra que os Municipios e Provincias gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses.

Aquí en España, foi tamén en agosto, pero 21 anos máis tarde, cando o Decreto de 6 de agosto de 1811, norma anterior á Constitución de Cádiz de 1812, vai supoñer o final do sistema feudal, polo menos formalmente. Esta Constitución vai significar no que respecta aos municipios cambios fundamentais, que se exporán clara e moi brevemente no Título VI da Constitución baixo o título "Goberno nas provincias e pobos." Aquí estábanse poñendo os piares básicos do municipalismo actual ao tempo que serviu como unha base fundamental sobre a que se sostiveron os textos positivos posteriores do sistema local. Estas referencias constitucionais feitas en Cádiz ao eido local poden ser resumidas en dúas ideas fundamentais: por unha banda, que sobre a vida local está a vida nacional (a cal ten unhas necesidades xerais non localizables nos municipios) e por outra banda está a evidencia da decadencia medieval que se contrapon ante o discurso da necesidade de certa forma de descentralización⁶.

Se dende Francia se artellaban as bases teóricas do municipalismo moderno, sen dúbida foron os pilgrims recén chegados a América no século XVII os que puxeron en práctica con todas as súas consecuencias as potencialidades das liberdades municipais, configurando o máis semellante que a cultura occidental moderna estivo das cidades-estado gregas. A fundación de Nova Inglaterra foi sen dúbida unha novidosa experiencia que non ten parangón na historia de occidente. Cando falamos de colonias, como é o caso, estes colonos adoitaban ser persoas sen educación e sen recursos; todo o contrario que os emigrantes que chegaron a Plymouth que se ben pertencían ao chamado puritanismo eran todos eles membros que deixaban no Reino Unido unha posición social estimable e medios de vida moi seguros; homes cunha educación selecta que marcharon ao Novo Mundo na busca dunha perfección intelectual. Perseguían o que Tocqueville chamou o "triunfo dunha idea". Constituíronse a partir de 1620 pequenas cidades, grupos sociais que xa tiñan nas súas constitucións os principios xerais sobre os que se basearán posteriormente as modernas cartas magnas, xerando ademais un exemplo práctico de que os concellos son unha realidade natural de todas as sociedades: "o municipio é a única asociación tan identificada coa natureza que alá onde hai homes reunidos fórmase espontaneamente un municipio"⁷.

En España a Constitución de Cádiz de 1812 e o posterior Decreto de 1813

⁶ GARCIA TREVIJANO, J.A. "Las Haciendas Locales y el Estado en el momento presente"; Revista de Hacienda Local, vol.. I, número 1 Enero -Abril, 1971, pag 26

⁷ Para todo o referido ao nacemento de Nova Inglaterra recomendase a TOCQUEVILLE, ALEXIS "La Democracia en América", Alianza Editorial, Madrid, 2005, pag.66 e seguintes e o MORTON, NATHANIEL New England,s Memorial.

supuxeron, con adiantos e retrocesos, a entrada xurídica da nova administración local alonxada dos principios medievais e do Antigo Réxime. Tras varias normas cambiantes ao tempo que os cambios constantes do século dezanove, acadouse unha estabilidade normativa coa *Lei Orgánica Municipal e Provincial de 1877* que estivo vixente case que corenta e sete anos, aínda que sufriu máis de vinte intentos de reforma. Así, cando o 23 de decembro o avogado do Estado Calvo Sotelo foi nomeado Director Xeral de Administración Local inmediatamente se puxo en marcha o estudo da reforma local que ultimou no coñecido como Estatuto Municipal de marzo de 1924. Xa vimos como dende o nacemento teórico do municipalismo moderno, así como dende o nacemento práctico do mesmo coa chegada a Plymouth, xiraba a insubornable idea de liberdade para a xestión dos intereses comúns; isto é, que a idea de concello non deixou nunca de ser a unión dun grupo de familias máis ou menos numeroso que trata de xestionar en común unha serie de intereses que afectan á totalidade localizada, e polo tanto dar unha mellor resposta a este encargo, a esta tutela, a esta xerencia. Esta idea constante non se vai proxectar no *Estatuto Municipal de Primo de Rivera de 8 de marzo de 1924*, que unicamente vai utilizar expresións como servizos municipais obrigatorios e obrigas mínimas dos Concellos. A listaxe destes artigos comprende aquelas actividades que tanto dende a doutrina como dende a xurisprudencia da época, e incluso antes, viñan desenvolvendo as administracións locais⁸ e que pouco variaron dende o artigo I sobre as obrigas dos concellos da *Instrución para o goberno económico-político das provincias de 23 de xuño de 1813* ata o artigo 26 da LBRL. A republicana *Lei Municipal de 1935* seguiu sen definir o concepto de servizo público aínda que si enumeraba as características que debe reunir esta

⁸ Curiosamente unha análise destes servizos públicos enumerados nas diferentes leis de administración local dende 1813 ata a vixente LBRL amósanos que nestes douscentos anos pouco deberon evolucionar as necesidades dos veciños xa que practicamente están os mesmos servizos repetidos en todas as normas. Analicemos por exemplo as enumeradas no artigo 201 do Estatuto Municipal que case non se diferencia do actual artigo 26 da Lei 7/1985, o que é unha mostra da pouca capacidade de adaptación dos nosos lexisladores, así dito precepto dispón:

- a) *O suministro e vixianza de auga potable*
- b) *A evacuación das augas negras e residuais en condicións hixiénicas*
- c) *Inspección e mellora hixiénica das vivendas con prohibición de habitas as insalubres.*
- d) *Policía sanitaria das vías públicas, cadras, establos, matadoiros, mercados, centros de reunión, lavaderos e cemiterios.*
- e) *A supresión de augas estancadas e charcas e acondicionamento de estercoleros.*
- f) ...
- g) *A inspección e exame de alimentos e bebidas, especialmente o pan, as carnes e o leite.*
- h) *A hixiene das escolas*
- i) *A habilitación de locais que sirvan para enfermería de epidemias.*

categoría, concretamente no seu artigo 131, que ven a repetir na súa conceptualización as mesmas que esixía o Estatuto Municipal para a municipalización dun servizo; isto é, que teña carácter xeral, que sexa de primeira necesidade, que poida prestarse predominantemente dentro do termo municipal e que redunde en beneficio directo ou indirecto dunha parte considerable dos habitantes do Municipio. Na mesma liña continúa a lexislación de réxime local posterior á Guerra Civil, que no artigo 156 establece de maneira tautolóxica⁹ que son servizos municipais cantos tendan á consecución dos fins sinalados como de competencia municipal, artigo que continuando coa falta de imaxinación dos nosos lexisladores no eido local vaise repetir no actual artigo 85 da LBRL: son servizos públicos locais os que prestan as entidades locais no ámbito das súas competencias.

1.2. AS ESPECIALIDADES DOS SERVIZOS PÚBLICOS LOCAIS HOXE EN DÍA

O concepto de servizo público, e aínda máis, de servizo público local é especialmente complexo, e non só porque non apareza correctamente definido nos textos normativos, senón tamén dende o punto de vista doutrinal. Unha das nocións máis aceptadas é a que vincula o concepto de servizo público co de titularidade da Administración prestadora do servizo, polo tanto a Administración titular convértese en dominus do mesmo, o cal produce o efecto de lexitimar a esta Administración para levar a cabo unha xestión monopolística do servizo en cuestión¹⁰. Así consagra a lexislación estatal positiva aos seus servizos públicos: radiodifusión e televisión, explotación unificada do sistema eléctrico ou o transporte público de viaxeiros regular e permanente de uso xeral.

Porén, non podemos trasladar o antedito aos servizos públicos de esfera municipal, xa que o feito de calificar unha determinada actividade como servizo público local non converte aos concellos en titulares de ditas actividades¹¹, pois como dicíamos, a titularidade dominical sobre un determinado servizo habilita ou lexítima ao dominus do mesmo a excluír da súa prestación á iniciativa privada ou incluso a iniciativa que pretenda levar a cabo outras administracións; e isto non acontece respecto dos servizos públicos municipais. Neles,

⁹ PARRA MUÑOZ, JUAN FRANCISCO. “El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?”, IAAP, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2006, pax. 28 e seguintes.

¹⁰ PÉREZ ZÚÑIGA, JOSE MARÍA. “La reforma del régimen legal de las tasas y precios públicos en los servicios locales: las tasas locales”. CEMCI Publicaciobes, Granada, 2004, pax. 119 e seguintes.

¹¹ FERNANDEZ GONZALEZ, F.J. “La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman”. Civitas, Concello de Gijón, 1995, pax. 143 e seguintes

cando falamos de titularidade municipal estamos falando da titularidade sobre a competencia que ostenta o municipio en relación con eses servizos e non da titularidade sobre o servizo. Como establece Fernández González, no eido local existe unha distinción clara entre os servizos de titularidade municipal e os servizos públicos municipais, respecto dos primeiros, que son os servizos esenciais recollidos no artigo 86.3 da LBRL o municipio pode manifestar a súa titularidade mediante un exercizo monopolístico dos mesmos, con exclusión da iniciativa de calquera outro suxeito. No que respecta aos servizos públicos municipais, o municipio non pode considerarse automaticamente titular ou dominus do servizo en cuestión e non poderá, en principio, excluír a iniciativa privada na prestación do mesmo.

Concreta estas ideas Parra Muñoz ao establecer que o legislador local tivo sempre a idea de servizo público local moi vinculada á obxetivación das competencias dos entes locais, artellando unha noción ampla do concepto en canto que abarca todos os ámbitos de actuación locais, actuación que é amplísima e pola que case calquera actuación municipal tería soporte competencial segundo a literalidade do artigo 25 da LBRL, que actúa a modo de Aleph. As consecuencias da identificación no ámbito local do concepto de servizo público có de competencia serían que a Lei habilita con carácter xeral aos municipios a prestar cantos servizos públicos estime oportunos. Esta habilitación universal só ten dous límites: por unha banda, que se trate de servizos que entren dentro do ámbito competencial e, por outra, o límite da finalidade, é dicir, servizos que contribúan a satisfacer as aspiracións da comunidade veciñal. En definitiva prodúcese unha identidade entre servizo público local, competencia local e satisfacción das aspiracións da comunidade concreta. Termos que nos conectan automaticamente coas primeiras propostas dos fisiócratas franceses e os *pilgrims* puritanos de Nova Inglaterra.

Temos, polo tanto, máis de 8.000 concellos, 315 en Galicia, moi diferentes, pero non soamente coas diferenzas naturais ou de orixe como pode ser a poboación ou a extensión, incluso o PIB local, senón con diferenzas incorporadas e derivadas dos servizos públicos que prestan, nunca os mesmos e coa mesma eficacia así como a organización ou financiación destes servizos que para casos semellantes pasan da gratuidade ao pago íntegro dos usuarios, de excelencia na xestión á administración decimonónica. En definitiva temos concellos, tamén aquí en Galicia, ben xestionados e saneados e concellos en case que creba técnica que se manteñen coma moribundos á espera do suero alongador da agonía. Esta situación, sen entrar en porcentaxes, esixe, en todo caso, respostas dos legisladores para incorporar á normativa aquelas propostas que

poidan mellorar a ratio.

As diferenzas estruturais entre mellores concellos e concellos mal xestionados non son moitas e polo tanto esas serán as cuestións sobre as que xirarán as propostas de modificación da xerencia local, que como dicía ao principio evitará unha análise de reforma global do sistema, e a cambio intentará proxectar pequenos cambios posibilistas a curto prazo. Xa que logo as diferenzas afectan normalmente : á cantidade e calidade dos servizos públicos que se prestan, á organización interna das súa función pública, ao seu rigor orzamentario ou ao cumprimento da legalidade nos diferentes eidos competenciais. Cuestións todas que poden unificarse nunha pregunta ¿cómo podemos mellorar a prestación dos servizos públicos locais?

2. PROPOSTAS DE SUPERACIÓN DO SISTEMA ACTUAL

2.1. EN MATERIA DE FINANCIAMENTO

2.1.1. Dignificación das competencias municipais

A pesar de ser unha cuestión constante nos debates doutriniais e nas propostas que cada poucos anos se presentan en materia de financiamento local o certo é que o problema non ten unha solución maxistral xa que é moi difícil saber canto diñeiro se necesita para manter ás entidades locais cun mínimo de solvencia financeira. ¿Por qué?. Porque non temos claro que é o que queremos financiar, non sabemos cantos servizos públicos vai prestar cada concello nin con que calidade, polo que calquera análise vaise enfrentar inmediatamente coa realidade; isto é, concellos que propuxeron unha carta de servizos por riba das súas posibilidades e polo tanto requiren unha nova reforma do sistema. Son constantes as queixas dos gobernos locais facendo unha reiterada alusión ás competencias impropias, é dicir, aquelas ás que non están obrigados pola lexislación vixente pero que sen embargo xeran servizos prestados polas entidades locais. Non deberían ser un problema este tipo de competencias, en todo caso, case que residuais se analizamos a normativa local antedita que habilita unha competencia universal dos concellos na prestación de servizos, pois a solución lóxica sería a non aplicación de gasto alí onde non se está obrigado e onde non haxa unha emerxencia social.

Verdadeiro problema si que o xeran aquelas competencias que estando establecidas na normativa, xeralmente nas normativas autonómicas, non poden ser prestadas polos concellos porque as mesmas foron incorporadas á lexislación sen unha correcta valoración técnica e cuantificación do custe que su-

poría, e polo tanto, da cantidade de diñeiro que se debería de traspasar ás administracións con estas novas obrigas.

Unha primeira proposta sería a necesidade de dignificar as obrigas que se lle outorgan aos concellos, xa que moitas veces unicamente deben pasar o filtro da Comisión Galega de Cooperación Local¹² e quedan despois xa á lexitimación da maioría simple dos parlamentos autonómicos. Non hai un control orzamentario do que poden supor determinadas competencias nas arcas municipais, control que si deben pasar sempre os aumentos de gasto que supoñen os novos servizos autonómicos ou estatais a través dos preceptivos informes das Consellerías de Facenda e servizos de intervencións polos que pasa obrigatoriamente toda nova normativa. As entidades locais atópanse coa norma publicada e vixente no diario correspondente e a obriga de prestar o novo servizo, pero có mesmo orzamento de ingresos que o ano anterior¹³. Polo tanto a dignificación das novas obrigas municipais pode acadarse a través de diversos mecanismos. En primeiro lugar, e por suposto, que a esixencia de responsabilidades aos concellos sexa sempre a través de Lei (non por normas regulamentarias nin por Ordes) e que os novos Estatutos de Autonomía opten por unha listaxe das obrigas municipais¹⁴ e posterior bloqueo das mesmas esixindo para a modificación das mesmas unha maioría cualificada e, en todo caso, un estudo do custe que suporán nas entidades locais o exercizo de tales competencias. Nos procesos de creación destas normas debería esixirse que a memoria económica preceptiva na tramitación da nova lei levara sempre incorporada a cantidade que os orzamentos autonómicos deberán prever para o financiamento destas responsabilidades polos entes locais. Outro xeito de actuar supón a creación de normas tecnicamente impecables pero de moi difícil aplicación práctica.

¹² Todas as Comunidades Autónomas teñen un órgano semellante, en Galicia regúlase nos artigos 15 a 17 da Lei 5/1997 de 22 de julio de administración local de Galicia.

¹³ Este problema que pode quedar como unha problemática teórica ten repercusións prácticas de importantes consecuencias en sectores moi importantes. Así, por exemplo, no eido da prevención de incendios forestais a Lei 3/2007 de prevención e defensa contra os incendios forestais de Galicia artellou unha serie de obrigas aos concellos como son a execución forzosa e subsidiaria na xestión da biomasa e a non presenza de determinadas especies arbóreas arredor dos 100 metros dos núcleos poblacionais, edificacións, urbanizacións, basureiros, campings e instalacións recreativas; e no caso de zonas de alto risco de incendio forestal a limpeza 50 metros arredor das edificacións residenciais, comerciais, industriais e de servizos, instalacións agrícolas, ganaderas e forestais, e todas as urbanizacións, edificacións e instalacións. Estas obrigas están nos artigos 21 e 23 da antedita Lei e supoñen uns custes burocráticos e materiais importantes nos concellos que non son compensados pola administración autonómica.

¹⁴ Esta parece que é a liña que sigue a Lei 2/2007 de 19 de marzo de reforma do Estatuto de Autonomía de Andalucía nos seus artigos 92 e 93, e na Lei 5/2010 de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía nos seus artigos 8 e seguintes.

Por outra banda, non cabe dúbida que tamén inflúe nesta situación de concellos sobredimensionados sen financiación as respostas que estes dan automaticamente ante demandas dos cidadáns pola prestación de servizos cada vez máis sofisticados. E é evidente, en palabras de Suárez Pandiello¹⁵ "que as maiores demandas de novos servizos propios de procesos de modernización e democratización da nosa sociedade pivotan sobre a administración máis próxima ao cidadán, isto é, a administración local". Este problema como adiantábam non pode ser resolto polas facendas autonómicas e estatais, xa que responden a unha decisión exclusiva da administración local e polo tanto deberá artellar os mecanismos para financiar estas novas necesidades veciñais.

Polo tanto o problema competencial da administración local, previo ao do financiamento, esixe por unha banda a dignificación das competencias municipais a través da súa enumeración e bloqueo, e sobre todo, mediante a obriga ás administracións con capacidade lexislativa de acompañar sempre os proxectos de Lei coa súa correspondente memoria económica adicada ao financiamento das entidades locais.

Como consecuencia tamén do antedito, xorde a problemática que xera a dificultade de configurar dunha maneira uniforme as necesidades de gasto dos concellos, derivado principalmente do camiño irrepitible que segue cada entidade local debido á falta dunha normativa clara en materia competencial e organizativa, acompañada ademáis dunha falla de controis e inspeccións máis alá dos consellos e reparos dos funcionarios con habilitación de carácter estatal que non teñen efectos prácticos de mellora. Ao ser moi difícil debuxar unha análise de custes uniformes sobre as necesidades de gasto, xunto coa variabilidade competencial de cada goberno local, as melloras teóricas de modificación sempre quedarán incompletas. Como analizaremos no eido da función pública local, urxe un estudo minucioso sobre o concello que queremos; cunha moi clara delimitación das súas necesidades de gasto, da súa organización interna, das súas posibilidades orzamentarias e da concreción das súas obrigas incluíbles a través de normas imperativas de xeral cumprimento.

2.1.2. Unha nova cultura na financiación local

Afrontar o financiamento das entidades locais esixíanos antes tomar unha serie de decisións que corresponden unicamente ao deseñador das subfacendas contributivas, isto é, a aquelas que unicamente teñen como misión a presta-

¹⁵ SUÁREZ PANDIELLO, JAVIER. "Cómo abordar la reforma de la financiación local" Informe sobre financiación local. Balance y propuesta de reforma. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 2010. Pax.16.

ción de servizos e non outros obxectivos. ¿Como queremos que se financien os servizos públicos locais?¹⁶. Ou incluso , ¿cal é o nivel de goberno óptimo para proveer un servizo, en termos macroeconómicos¹⁷?. Dicíamos ao comezo deste artigo que as propostas de cambio serían en todo caso posibilistas, sen embargo non podemos evitármolos propoñer tamén estas preguntas de reformulación do sistema. A máxima eficiencia na prestación dos servizos públicos acádase coa aplicación aos mesmos do principio de beneficio que permite establecer o nivel máis eficaz de outputs que esixe unha comunidade; teoría proxectada nos principios básicos do federalismo fiscal e amplamente estudada. O federalismo na súa concepción política móvese en diferentes parámetros ao concepto económico que ten coma obxectivo que distintos grupos de persoas que viven en comunidades distintas poidan expresar as súas diferentes preferencias pola cantidade e calidade dos servizos públicos, o que inevitablemente leva a diferenzas nos niveis de tributación e aos servizos prestados. Todas estas comunidades competirían entre si para ofrecer mellores servizos con menos carga tributaria.

É verdade que estas facendas locais con elasticidade pura só existen na teoría e que, en realidade, os factores de distorsión son moitos e variados. A cuestión é preguntármolos se a aplicación do principio de beneficio no financiamento dos servizos locais resolve mellor que outros os tres problemas fundamentais de calquera finanza pública : a asignación e utilización eficiente de recursos, a distribución da renda e a estabilización.

Non semella lóxico que os orzamentos locais deban centrarse na estabilización do sistema (control de prezos, emprego ...), xa que non se mostrarían efectivos. Así, por exemplo, e nunha esaxeración, se as facenda locais tivesen competencia na política monetaria ante unha necesidade puntual abusarían da creación de diñeiro e non no aumento da carga tributaria para tratar de evitar así a fuga ás comunidades próximas, tampouco sería eficaz un intento de estabilización a través da emisión de débeda pública xa que o seu reducido tamaño faríanos inevitablemente falar de "débeda externa" e, polo tanto, de transferencias para "fóra" e descapitalización.

¹⁶ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. "Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico". Fundación de Estudios de Regulación. Editorial Comares. Granada 2000. Páxina 15-16.

¹⁷ Non é o obxectivo deste artigo unha proposta de reformulación total a territorialización española. Avanzan moitos esta necesidade, entre eles CADAVAL SAMPEDRO, MARÍA e CARAMÉS VIETEZ, LUIS. "Os municipios galegos: entre o minifundismo e a ineficacia". USC-Xunta de Galicia. 2007. Na súa páxina 119 establecen "o tamaño territorial municipal non se corresponde coas áreas de atracción dos bens públicos locais ofrecidos por cada entidade, nin alberga a totalidade das zonas de uso".

E sobre a distribución da renda? ¿a xente non mudaría a súa residencia se a poucos quilómetros as retencións sobre a renda fosen a metade que onde temos a nosa vivenda habitual? O fluxo de persoas nesta situación sería constante e distorsionaría as decisións políticas redistributivas.

Parece que a verdadeira eficacia se pode atopar nunha asignación eficiente dos ingresos, (como e canto podemos gastar en bens públicos¹⁸). Somos conscientes de que estamos falando de bens ou servizos que esgotan os seus beneficios na comunidade, na área xeográfica da facenda tomada en conta (recollida de lixo, transporte urbano, seguridade, educación, saúde, control urbanístico ...). Xa que logo se as facendas centrais teñen como misión a estabilización do sistema e a redistribución da renda, as facendas locais deben centrar as súas potencialidades en acadar unha asignación eficiente dos recursos adicados á prestación de servizos; conseguir mellores servizos máis baratos, e o único xeito é a través da implementación do principio de beneficio nestas prestacións públicas.

Pero isto lévanos novamente á pregunta do comezo, sabemos que unha facenda pequena e contributiva debe utilizar o principio de beneficio para acadar maiores cotas de eficacia nos seus servizos públicos, pero : ¿cal é o nivel ideal de goberno/facenda para prestar un servizo público ?.

A realidade actual evita que poidamos entender que os gobernos e as facendas adicaranse unicamente aos seus bens e servizos perfectamente delimitados; non funciona así a sociedade hoxe en día onde as comunicacións inmediatas, os medios de transporte, a información en rede e a globalidade das actividades suporá que calquera servizo público prestado nalgún lugar delimitado teña influencia no resto das comunidades, un servizo que ata fai uns anos era un ben público territorializado hoxe inflúe na totalidade do sistema. As administracións públicas están respondendo a este fenómeno a través das prestacións multinivel, pero isto non ten a súa proxección no sistema impositivo, e moito menos, no financiamento das entidades locais.

Polo tanto a modificación que se podería incorporar ás normativas autonómicas, e por suposto, á normativa básica en materia de financiamento local é a participación de todos os concellos na recadación do IRPF aboado polos seus residentes e do IVE xerado polo consumo no seu territorio como un xeito inaplazable de xerar elasticidade no financiamento local e flexibilizar a rixida imposición patrimonial actual; esto permitiría aos concellos participar na di-

¹⁸ ALVAREZ RENDUELES, JOSE RAMON. “La Teoría de los Bienes Públicos en la Hacienda Pública Moderna”. Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; página 41.

námica xeral da economía mantendo ademáis a estabilidade xa automatizada cós tributos obrigatorios actuais; sen esquecer, que se ben a xeralización desta participación a todos os concellos pode aparentemente supor unha perda de corresponsabilidade fiscal esta vese compensada por un forte pulo da suficiencia financeira nos mesmos.

Xa dende a normativa estatal establécese nos artigos 111 e seguintes da Lei reguladora das facendas locais unha cesión na recadación estatal dos impostos o IRPF, IVE e os Impostos Especiais sobre a Cervexa, sobre o Viño e Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre Alcohol e Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos e sobre Labores do Tabaco. Esta cesión se ben abre o camiño proposto, unicamente afecta aos concellos capitais de provincia e Comunidade Autónoma e a todos aqueles con poboación de dereito superior aos 75.000 habitantes. A posibilidade de mellora antes adiantada suporía que as Comunidades Autónomas tamén establecesen unha transferencia territorializada segundo a recadación que cada concello tivese no seu territorio, individualizando así as dinámicas de ingresos de cada concello e mellorando polo tanto os Fondos de Cooperación Local que se incrementan en bloque vinculados a diferentes criterios de evolución.

Un xeito pouco ensaiado polas Administración Autonómicas sería a través da configuración de recargos aos que habilita o artigo 12.1 da LOFCA sobre impostos estatais (coma por exemplo sobre o IRPF) e aplicar unha afectación¹⁹ destes ingresos extraordinarios ao financiamento das entidades locais²⁰. Esta proposta debe contar cun importante consenso xa que é un incremento directo do esforzo fiscal do contribuínte que ademáis non vai a ter un retorno directo como nos supostos nos que está presente o principio de beneficio. A miña opinión é que é un mecanismo de financiamento das arcas municipais que non pode ser rexeitado e debe estar presente cando se artelle unha modificación máis ampla das facendas locais.

Ademais da necesidade de incorporar ao sistema impositivo local esa estrutura territorializada dos impostos máis flexibles non debemos abandonar a pregunta fundamental neste apartado que é como facer servizos públicos máis baratos e mellores. Sabemos que a teoría económica é clara no que respecta

¹⁹ RAMOS PRIETO, JESÚS. “La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas”. Series de Gobierno Local, 10. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona.2010, Pax 242.

²⁰ Foi a Comunidade Autónoma de Madrid a través da súa Lei 15/1984 de 19 de decembro do Fondo de Solidariedade Municipal de Madrid a que activou este sistema e foi obxecto dun profundo rexeitamento social aínda que a súa legalidade foi avalada pola STC 150/1990 .

á eficiencia cando establece que a aplicación de parámetros de mercado na prestación pública supón acadarmos maiores niveis de rendibilidade. Cando estamos ante servizos con posibilidade de dividir o beneficio que xeran, isto é, actividades públicas que benefician de modo particular aos suxeitos pasivos a mellor forma de financiarlos é cobrándolles o custe íntegro do servizo ao usuario²¹. Vimos anteriormente como as facendas locais non poden ter esa finalidade redistributiva nin ter intencións estabilizadoras do sistema, e o pago do servizo polo usuario *permitiría aproximar as taxas e prezos públicos aos que se fixarían no sector privado, de xeito que a oferta acomodárase á demanda e ademais é equitativo na medida en que non desprazamos a carga fiscal a aqueles que non disfrutan dos servizos*. En definitiva, debemos estender o principio de beneficio na prestación dos servizos públicos locais, que son na súa maioría perfectamente divisibles e permiten axustar este aboamento do gasto.

Da análise das liquidacións dos orzamentos municipais galegos temos que destacar que hai dous servizos que xunto co capítulo I destinado ao persoal devoran a maior parte dos ingresos municipais: o alumeadado público e a recollida de lixo e limpeza viaria. Precisamente o alumeadado público e a limpeza viaria aparecen recollidos no artigo 21 da RDLex 2/2004, 5 de marzo da lei reguladora das facendas locais como servizos onde a norma prohíbe expresamente a aplicación de taxas e a aplicación nos mesmos polo tanto de criterios de beneficio na busca de rendibilidade. Vese nestes casos (especialmente no de alumeadado público) con especial crueza os efectos do financiamento de servizos locais vía orzamentos e sen repercusión do prezo sobre os usuarios encargados de pagalo; a inexistencia de mecanismos de control da cantidade e calidade de servizo que necesitan os veciños e en definitiva ao quedar as entidades locais ás propostas das empresas subministradoras. Non ten moito sentido co estado da tecnoloxía actual seguir mantendo o alumeadado público coma un ben público local puro con imposibilidade de repercutir o prezo sobre os veciños que deberían decidir a cantidade, calidade e os investimentos necesarios de eficiencia enerxética nos alumeadados públicos municipais. Podermos aplicar criterios de rendibilidade no custe da iluminación das nosas rúas e prazas é unha necesidade para as arcas municipais, e posibilidades hainas sempre vinculadas á creación de tributos vinculados ao principio de beneficio (taxas ou impostos).

O outro servizo que máis recursos consume é a recollida de lixo e traslado para o seu tratamento e eliminación. Este servizo sí pode financiarse a tra-

²¹ SUÁREZ PANDIELLO, JAVIER. “Cómo abordar la reforma de la financiación local” Informe sobre financiación local. Balance y propuesta de reforma. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 2010. Pax.31.

vés de taxas; sen embargo a autonomía local habilita a diferentes sistemas de financiamento do mesmo, a diferentes sistemas de xestión que van dende a prestación por funcionarios municipais ata a contratación de empresas especializadas, reflexo directo da diversidade municipal e da imposibilidade de solucións unívocas. Sen embargo, nesta proposta e aposta pola evitación de free-riders e pola utilización xeralizada do principio de beneficio sería importante establecer unhas regras imperativas de que os servizos máis importantes se financiasen a través dos usuarios, e impoñer controis e inspección sobre as taxas establecidas, así como a corrección no cálculo das mesmas a través da comprobación do informe técnico-económico preceptivo do artigo 25 da Lei de facendas locais (que é o que decide o custe do servizo que se presta). A análise das Ordenanzas Fiscais actuais proxéctanos situación curiosas como a variabilidade de prezos a pagar en concellos semellantes ou a non necesidade incluso de cobrar algúns servizos o que xera a complicidade e aplauso inicial do veciño pero remata sen dúbida no desequilibrio orzamentario.

En definitiva, temos que profundizar por unha banda na extensión da participación dos concellos na recadación do IRPF e máis do IVE, ben a través de propostas estatais ou ben por decisións autonómicas na súa parte de impostos cedidos²² para conseguir unha maior flexibilidade nas facendas locais, ademáis de apuntalar a suficiencia financeira, sen esquecer o achegamento que isto suporía dos gobernos locais á realidade económica de cada momento e proxectando esta administración multinivel tamén no eido contributivo.

Ademáis, deberíase profundizar nas bondades que o principio de beneficio xera en termos de rendibilidade na prestación dos servizos locais e polo tanto extender a necesidade de copago en todas as obrigas locais, se ben sen abandonar o principio de capacidade económica que debe estar sempre presente no sistema hacendístico local por esixencia constitucional. A facenda local ten que estar só dirixida a conseguir que os servizos que presta sexan mellores e máis eficientes e esquecer calquera tentación redistributiva e bonificadora cuxa responsabilidade corresponde ás facendas centrais.

²² Aínda que semella que o artigo 39.2 da RDLex 2/2004, 5 de marzo da lei reguladora das facendas locais imposibilitaría esta posibilidade isto non é aceptado por RAMOS PRIETO, JESÚS que establece que este precepto resulta hoxe anacrónico, xa que cando foi redactado os impostos cedidos eran exaccións reguladas na súa totalidade polo Estado que non obstante delegaba o exercizo de bastantes das competencias de aplicación xestión, recadación e inspección e revisión en vía administrativa; pero este mecanismo de financiación durante os últimos anos acercounos paulatinamente á idea de tributos comunes ou compartidos en "La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas". Claves del gobierno local. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2010.

2.1.3. Algúns axustes nos impostos locais existentes

Como estivemos vendo non convén ás facendas máis pequenas separarse do principio de beneficio na súa configuración dos ingresos xa que son moi sensibles en termos locacionais aos diferentes tratamentos fiscais, o que supón que un maior afastamento do principio de beneficio e un maior achegamento ao principio de capacidade económica suporía sen dúbida un alto custo en termos, por exemplo, pobocionais ou de competitividade. Así a tensión entre principio de capacidade ou principio de beneficio deberá ter en conta sempre estes parámetros, especialmente nas facendas locais tan sensibles e cunha mobilidade indiscutible.

Pero imos centrarnos agora nas materias impoñibles dos impostos municipais obrigatorios xa que parece claro que non é aplicable unha trasposición literal da teoría dos bens públicos²³. Estes bens caracterízanse por dous aspectos fundamentais: a non rivalidade no seu consumo e a non aplicabilidade do principio de exclusión²⁴.

A primeira característica significa que é indiferente o número de persoas que consuman ese ben ou servizo posto que o consumo dun non prexudica, afecta ou inflúe no mesmo consumo por outro²⁵. Pero estes bens públicos puros, no caso de existir, teñen unha determinada proxección xeográfica e esta será fundamental en canto á decisión da que nivel da administración financeira corresponderá no seu caso a subministración (o gasto) deste²⁶. Esta característica recoñécese como a indivisibilidade dos bens públicos xa que unha vez construído o ben ou unha vez que se decide crear o servizo prodúcese unha oferta conxunta na que calquera unidade dese ben pode facerse dispoñible para todos os individuos²⁷.

A outra característica dos bens públicos é a non aplicabilidade do principio de exclusión. Nos bens privados ou de mercado, determinados servizos alcanzan un determinado prezo o que inflúe á hora de excluír aqueles que non

²³ No artigo de VALLE SÁNCHEZ, VICTORIO. “Una nota sobre la caracterización de los bienes públicos”. Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; páxina 21; recóllese a definición de Samuelson de ben público: “o consumo de tales bens por un individuo non se sustrae do consumo realizado por calquera outro individuo destes mesmos benes”.

²⁴ GARCÍA VILLAREJO, AVELINO y SALINAS SÁNCHEZ, JAVIER. Manual de Hacienda Pública General de España. Tecnos, 1985, Madrid, páxinas 123 e seguintes.

²⁵ O mellor exemplo é o dun faro que axuda aos pescadores a entrar en porto, que o utilicen moitos ou poucos non inflúe no servizo unha vez construído.

²⁶ Seguindo có exemplo do faro parece razoable que si so se benefician uns mariñeiros concretos dunha zona determinada, procedan éstos a o seu mantemento.

²⁷ VALLE SÁNCHEZ, VICTORIO. “Una nota sobre la caracterización de los bienes públicos”. Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; páxina 23

estean dispostos a pagar o prezo que corresponda. O principio de exclusión é a clave de arco do sistema de mercado, xa que obriga a cada suxeito a revelar as súas preferencias e determinar así o valor de cada ben. Pois nos bens públicos encontrámonos que esta exclusión debería de ser imposible por variadas razóns. Por exemplo causas físicas: a simple pertenza a un grupo e a un determinado territorio implica o desfrute do ben (por exemplo a protección do medio, a orde pública, etc). Tamén hai imposibilidades técnicas: si habería posibilidade física pero o desenvolvemento das tecnoloxías non permiten realizar ese proceso de exclusión e dación de preferencias que determinarían o custo dun servizo²⁸. Outra causa da imposibilidade de aplicación do principio de exclusión é a chamada inaplicabilidade estricita, que é a acepción máis correcta dende o punto de vista teórico, e son bens nos que é imposible realizar curvas de oferta e demanda e funcionan a través dunha sorte de decisión do tipo "todo ou nada" sen posibilidade de axuste cantidade-prezo-custo.

Aplicando estas características sobre os servizos municipais é evidente que a maioría destes non cumpren ningunha das características que acabamos de enumerar, que algúns cumpren a indivisibilidade e que outros cumpren a non aplicabilidade do principio de exclusión. Non encontramos bens públicos locais puros (coma vimos por exemplo có alumado público) que necesiten ser financiados a través dun imposto xeral e trufado completamente polo principio de capacidade económica.

O que si parece máis evidente é que no caso de non existir o encorsetamento establecido polo artigo 31 da CE non debería haber problema actualmente para establecer un financiamento dos servizos mínimos municipais a través do copagamento mediante un sistema de taxas ou prezos públicos ou privados que ademais facilitarían unha mellora na asignación de recursos²⁹ ao permitir coñecer as preferencias dos usuarios.

Esta aposta polo copagamento dos servizos públicos, que leva consigo unha exaltación do principio de beneficio e tamén do principio de equivalencia, tamén permitiría reducir o número dos consumidores libres de cargas ou "free-riders" coma os denomina a doutrina anglosaxona. Estes servizos unha vez creados e financiados sen ter en conta o principio de beneficio favorecen por igual tanto a aqueles consumidores que cooperan no seu financiamento coma a aqueles que non o fan. Como dicíamos non se produce así no noso sistema,

²⁸ O exemplo habitual neste suposto é a utilización dunha vía pública por un peatón

²⁹ ALVAREZ RENDUELES, JOSE RAMON. "La Teoría de los Bienes Públicos en la Hacienda Pública Moderna". Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; páxina 41.

que tocado transversalmente polo principio de capacidade establece no ámbito local un sistema de impostos que serán dentro dos tributos locais o produto fundamental dos seus ingresos.

Así, e despois de todo o exposto, da análise dos feitos impositivos dos impostos locais demóstrase que a selección destes, ademais da tradición, leva implícito unha forte presenza do principio de beneficio (non coma unha figura que faculta a contribuír en función do beneficio que se obtén) senón como unha sorte de elemento que permite seleccionar os feitos impositivos dun sistema basicamente orientado a prestar servizos³⁰. Así a vinculación do cidadán co municipio é imprescindible, e esta á súa vez co feito impositivo seleccionado, xa que ambos os dous poñen de manifesto unha determinada provocación de custos e polo tanto a necesidade de sufragar estes aos habitantes xeograficamente localizados.

En definitiva, os principios constitucionais impiden que a cantidade de custo provocada por cada suxeito sexa aboada polo propio suxeito. Así se articulan os impostos locais que en todo caso non poden evitar estar completamente viciados polo principio de beneficio. Estes impostos polo tanto están intimamente relacionados coa cota que paga o particular e o beneficio que obtén pola actividade subministradora de servizos: así posuír unha ben inmoble, realizar unha actividade empresarial ou profesional e a titularidade de vehículos presúmense feitos que xeran uns custos ou unha intensidade de utilización dos bens e servizos públicos municipais. Podemos dicir que estes impostos teñen polo tanto "corpo de imposto pero alma de taxa".

Este aspecto peculiar da imposición municipal xustifica dalgún xeito a duplicidade de feitos impositivos con figuras autonómicas e estatais, xa que a súa fundamentación como impostos con causa de taxa reduce dalgún xeito as deficiencias evidentes dende o punto de vista de xustiza tributaria. Non esquezamos que a diferenza principal entre o imposto e a taxa é que aquel non é consecuencia dunha especial actividade da administración nin constitúe unha compensación polas prestacións realizada, o que non é de todo certo segundo esta concepción da imposición local, e habilita así unha xustificación á duplicidade impositiva.

A pregunta de por que estas materias impositivas son as escollidas polo lexislador para configurar os impostos obrigatorios e servir ao principio de capacidade económica non parece ter outra resposta que a mera discrecionalida-

³⁰ GARCÍA NOVOA, CESAR. "Aproximaciones al objeto de imposición en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica". *Tributos Locales*, número 83, setembro 2008, páxina 14.

de³¹. Así o poder diseccionar por que unhas actividades municipais si se poden financiar integramente ou parcialmente a través de taxas e outras son financiadas transversalmente por impostos non nos leva a respostas científicas; aínda que algún autor establece que a razón non é outra que a diferente natureza do ben protexido³², cuestión en todo caso discutible. Polo tanto a situación que nos encontramos é un sistema tributario local formado por impostos fundamentados no principio de beneficio, e taxas e contribucións especiais que pola súa propia natureza se fundan nese mesmo principio.

Por que estes tributos na Lei de Facendas Locais e non outros? Na propia Exposición de Motivos da Lei 39/1988 insinuábase unha reserva de materia impositiva ás Facendas Locais e dicíase que a partir desta “*se crearon as figuras impositivas axeitadas para o mellor e máis racional aproveitamento desa materia impositiva*”. É discutible esta visión da tributación local como un espazo reservado e exclusivo ás figuras impositiva locais e máis parece unha normativa herdeira dunha forte tradición. Un achegamento aos impostos locais non pode senón devolvernos un conxunto de tributos que recaen sobre materias impositivas xa gravadas polo Estado e nos revela un sistema de prestacións patrimoniais obrigatorias duplicadas e un dubidoso estado dende o punto de vista da xustiza tributaria e de aplicación do principio constitucional da capacidade económica³³. O lexislador en 1988 á hora de escoller materias impositivas non afondou en novas posibilidades senón que mantivo a mesma liña argumental que nos sistemas anteriores con simples aspectos de reordenación e modernización do xa existente.

Respecto dos impostos municipais é destacable a súa especial incidencia sobre os bens inmoables. A explicación do gran peso da fiscalidade inmobiliaria na Facenda Local estaría, entre outros motivos, en que os bens inmoables constitúen unha manifestación inequívoca e inmediata de riqueza, e polo tanto, son susceptibles de xerar ingresos contínuos e estables, en palabras de Sánchez Galiana³⁴. Ademais, os tributos que gravitan sobre os ben inmoables satisfacen

³¹ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico. Fundación de Estudios de Regulación. Editorial Comares. Granada 2000. Páxina 11

³² PEREZ ZUÑIGA, JOSÉ MARÍA. “La reforma del régimen de las tasas y precios públicos locales (Una aproximación al problema de la financiación de las Corporaciones Locales). El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados número 15, 2005. Pax 2524. Tomo 2.

³³ HERRERA MOLINA, PEDRO M. Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del sistema alemán. Monografías Jurídicas. Marcial Pons. 1998. Barcelona. Páxinas 515-533.

³⁴ SANCHEZ GALIANA, JOSÉ ANTONIO. “La necesaria reforma tributaria de las haciendas locales: algunas

as esixencias do principio de beneficio pois son os propietarios chamados a soportalos os directos beneficiarios dunha boa parte dos servizos municipais³⁵.

O paradigma destes impostos é sen dúbida o Imposto sobre Bens Inmóveis. Criticouse sempre a súa escasa flexibilidade e o seu carácter regresivo, e a maior parte da doutrina aposta pola adaptación do valor catastral que configura a súa base impositiva (art. 65 RDLex 2/2004, 5 de marzo da lei reguladora das facendas locais) pola súa proxección ás realidades de mercado³⁶; un valor de referencia representativo do comportamento do mercado inmobiliario. Tamén sería conveniente minimizar o uso de beneficios fiscais para ampliar así as súas posibilidades recatorias (volvendo na idea de non configurar a financiación local con aspiracións redistributivas). Outro aspecto esquecido ata o día de hoxe e o desenvolvemento regulamentario do termo vivenda desocupada que habilitaría aos concellos a establecer un recargo do 50% (art. 72.4 in fine RDLex 2/2004, 5 de marzo da lei reguladora das facendas locais) a esas vivendas co impacto extrafiscal que tería nestes momentos de crise; non ten sentido que a posibilidade legal do artigo non fose aínda executada. Especialmente interesante paréceme a idea de Suárez Pandiello no IBI rústico *"el IBI de los inmuebles rústico atópase dende fai un cuarto de século nunha situación de estancamento que é preciso superar tendo en conta o incremento da calidade de vida no sector agrario vinculado en gran medida ao esforzo financeiro realizado polo entes locais na maior provisión de servizos públicos en cantidade e calidade. Defendemos que este gravame debe reconsiderarse e vincularse aos investimentos e gastos realizados polos municipios no rural"*. Imaxinemos as consecuencias dunha medida así nos concellos galegos, maioritariamente rurais. Por último algún outro autor establecía algunha solución valente e que comparto, que dotaría ao IBI dunha flexibilidade da que carece e que evitaría moitas outras modificacións. Trátese de liberar os marxes do tipo de gravame³⁷ e que este seña case que libre para os concellos; ou polo menos que teña menos trabas evitando esa tutela pola lexislación estatal. Estes tipos de gravames poderían estar suxeitos a criterios idóneos que evitarían a total discrecional-

consideraciones sobre la imposición municipal". Quincena Fiscal Aranzadi. Num. 9/2010. Editorial Aranzadi SA. Pamplona.2010.

³⁵ SIMÓN ACOSTA, E. "Los impuestos sobre la riqueza inmobiliaria". Informes sobre el Proyecto de Ley reguladora de las Haciendas Locales. Instituto de Estudios Económicos.Madrid. 1988, pax. 39 y ss.

³⁶ Non ten a mesma opinión SANCHEZ GALIANA, JOSÉ ANTONIO en "La necesaria reforma tributaria de las haciendas locales:algunas consideraciones sobre la imposición municipal"

³⁷ Nesta liña de profundizar na flexibilidade do sistema financeiro local tamén VALENZUELA VILLARUBIA, ISIDRO. "El sistema de financiación de los entes locales:visión crítica y propuestas para su reforma". Instituto Andaluz de Administración Pública. Premios Blas Infante 2005. Sevilla. 2005. PAX. 213

lidade dos concellos³⁸. E por suposto esta mesma idea é aplicable ao resto de impostos locais.

O imposto municipal máis criticado, e máis hoxe en día, é o Imposto sobre Actividade Económicas. Aínda que o imposto, e especialmente dende 2002 cando se estenderon as exencións a todas as persoas físicas³⁹ e ás persoas xurídicas cuxa cifra de negocios non superara o millón de €, está en mínimos recadatorios e con pouca influencia nos orzamentos locais da maioría dos concellos. O imposto non responde ao seu nome, xa que á vista do ámbito subxectivo e obxectivo debería chamarse "Imposto sobre Certas Actividades Económicas das Grandes Compañías⁴⁰". É unánime a doutrina en que soamente cabe ou a súa desaparición ou o seu reaxuste en condicións máis asumibles de eficiencia e equidade. E aquí onde podemos poñer en conexión a proposta de facer partícipes a todos os concellos na recadación estatal e autonómica do IRPF e do IVE, actuación que debería ir acompañada en todo caso coa desaparición do IAE e ir así acomodando os diferentes feitos impositivos.

Como analizamos en apartados anteriores da fiscalidade municipal, os impostos locais teñen ademais do seu potente compoñente histórico unha finalidade de facenda contributiva, isto é, encamiñada a financiar os servizos municipais e a custear os gastos derivados da utilización destes servizos, nunha proxección do principio de beneficio. Así, dentro deste esquema, o Imposto de Vehículos de Tracción Mecánica como tributo que grava os vehículos sería consecuencia da necesidade de financiar os accesos rodados municipais e as vías de comunicación interna das entidades locais así como o seu mantemento. Seguindo esta lóxica xurídica o importante polo tanto sería non xa o titular do vehículo, nin sequera o seu potencial usuario; senón o lugar onde habitualmente o vehículo xera un consumo de vías de comunicación municipais. O concello que vai recibir o líquido da recadación deste tributo vai ser aquel que sexa o do domicilio legal de titular administrativo do vehículo, isto é, o que conste no DNI ou se xustifique con algún outro documento legal como un certificado de empadramento. É evidente que isto non garante que o municí-

³⁸ CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE. "Las últimas reformas sobre el IBI y en materia catastral". Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma. Serie claves del gobierno local, 4. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2005 . Pax, 249.

³⁹ Exención que dende un punto de vista teórico ten moita lóxica, ver LOPEZ ESPADAFOR, CARLOS MARÍA. "La necesaria reforma del impuesto sobre actividades económicas: su articulación como recurso de las haciendas locales y su coordinación dentro del sistema tributario español". Documentos. Instituto de Estudios Fiscales. Doc 15/06.2006, pax.27.

⁴⁰ POVEDA BLANCO, FRANCISCO. "El nuevo impuesto sobre actividades económicas. Comentarios y análisis práctico". Deusto. Bilbao.2003

pio que sofre as consecuencias da utilización das súas vías por vehículos vaia recibir todo a recadación destes xa que precisamente a natureza ontolóxica do vehículo é o movemento e un vehículo pode estar "a consumir" estradas dun municipio ao que non lle aboará o imposto xa que o seu titular ten o seu domicilio legal noutro lugar. Unha análise dos requisitos que esixe a Dirección Xeral de Tráfico para proceder a un cambio de domicilio no permiso de circulación dun vehículo establece que se esixa unicamente como documentación xustificante ben o DNI, o certificado de empadramento, a tarxeta censual, etc. Se non hai cambio de municipio abondará cun recibo de auga, luz, gas, etc. Entendo que a característica do lugar de utilización físico do vehículo é máis importante dende a perspectiva do federalismo fiscal municipal que o seu titular ou o domicilio do seu titular e que no estado da tecnoloxía actual non debería de ser especialmente difícil ter perfectamente localizados consumos de vías de comunicación que leva a cabo cada vehículo e realizar así unha repartición da carga impositiva máis equilibrada, o que permitiría ademais evitar as astucias de derivar o imposto a municipios con menor carga impositiva cunha modificación de domicilio ou de cambio de titular fraudulenta e moi sinxela dende o punto de vista administrativo e tributario pero cunha importante desviación de fluxos recadatorios. Ademais a visión clásica do vehículo como obxecto que gasta e estraga estradas está hoxe superada e as perdas para o municipio que soporta a circulación destes vai máis alá dunha simple reposición de infraestrutura e afecta a outros ámbitos como o medio, o espazo, o ruído ou a calidade de vida dos seus veciños.

Hai outra posibilidade que permite a normativa básica estatal na Disposición Adicional Primeira do RDLex 2/2004 de 5 de marzo da Lei reguladora das facendas locais; e é que a administración autonómica estableza e esixa un imposto sobre a materia imponible gravada polo Imposto sobre Vehículos de Tracción Mecánica; o exercizo desta potestade establecerá as compensacións a favor dos municipios mediante subvencións incondicionadas ou participación nos tributos da Comunidade Autónoma, xa que suprimiríanse os Imposto sobre Vehículos de Tracción Mecánica de cada concello. As ventaxas desta posibilidade son claras dende un punto de vista de xestión do imposto e aplicación do uso territorializado do vehículo. Asemade pode permitir abrir o feito imponible a criterios máis profundos de corte medioambiental vinculados á contaminación do vehículo. Outro beneficio desta posibilidade é que permitirá artellar mellores estratexias da fiscalidade do automóvil ao ser impostos cedidos nas Comunidades Autónomas o Imposto de Hidrocarburos, parte do IVE e o Imposto de Matriculación. Esta posibilidade ademais non xeraría ningún desgaste na

suficiencia financeira xa que os concellos non poderán nunca percibir menos do que percibían nin supor unha merma nas posibilidades de crecemento futuro por dito imposto.

2.2. NO EIDO DA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL

Un dos principais problemas da función pública local é posiblemente a fragmentación das súa normativa, con fallas de estruturación. Estamos ante unha regulación superposta que vai dende Lei 7/2007, de 12 de abril, do Estatuto Básico do Empregado Público, que aínda mantén algúns artigos vixentes da coñecida Lei 30/1984 ou que ata necesita suplirse en ocasións coa Lei de Funcionarios Civís do Estado ou o Real Decreto 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento Xeral de Ingreso do Persoal ao servizo da Administración Xeral do Estado e de Provisión de postos de traballo e Promoción Profesional dos Funcionarios Civís da Administración Xeral do Estado; tamén de aplicación obrigatorio a todos os concellos é o regulamento que establece os programas e requisitos mínimos para o acceso á función pública local; RD 896/1991. A normativa autonómica galega tamén é aplicable ás entidades locais galegas ao incluírse no ámbito de aplicación do Decreto Lexislativo 1/2008, de 13 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de función pública de Galicia no seu artigo 3.2. E por suposto a normativa administrativa específica de réxime local que afecta aos empregados públicos locais, isto é, os artigos vixentes da LBRL, o RD Lexislativo 781/1986 de 18 de abril polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local.

Polo tanto é evidente que unha primeira proposta debe ir encamiñada á simplificación do ámbito normativo; responsabilidade que neste caso é compartida entre o lexislador estatal e o lexislador autonómico. Xa que logo, misión importante é unha nova articulación da cascada regulamentaria da función pública local, na que debemos destacar unha nova decisión que debe tomar o lexislador como ata onde quere chegar na organización administrativa municipal. Un desaxuste básico hoxe en día nos concellos, e por suposto nos galegos, é a falla dunha estrutura burocrática máis ou menos uniforme que poida servir xa non de molde, senón de límite ante posibles erros de xestión que xeran problemas de difícil solución. Un achegamento aos cadros de persoal dos municipios galegos, especialmente nos de poboación media e os máis pequenos, móstranos unha estrutura funcional dispersa e sen ningún tipo de parámetro que poida validar a eficiencia das mesmas. Varios concellos de poboación semellante, extensión parecida e similares orzamentos poden

ter un cadro de persoal nos seus servizos básicos completamente diferente, os funcionarios que desenvolven as funcións básicas presentan entre concellos diferenzas tanto cuantitativas como cualitativas, podemos atoparnos que nestes concellos, nuns haxa funcionarios da Escala de Administración Xeral, subescala Técnica (A1) e noutros non teñamos ningún pero sí un exceso da subescala de auxiliares. Isto ademais xera unhas consecuencias inmediatas no capítulo I dos orzamentos locais. O establecemento dunha configuración nuclear na burocracia da administración local sería moi interesante dende un punto de vista da ordenación e profesionalización dos funcionarios locais, configuracións de cadros de persoal segundo os habitantes, orzamentos e cunha marxe o suficientemente ampla que permita axustar as necesidades concretas de cada concello pero tamén o suficientemente lóxica que evite situacións ineficaces. A normativa habilita perfectamente para tomar estas decisións de mínimos nas organizacións locais e non afectaría ao cerne da autonomía local. A decisión dun goberno municipal de optar por crear prazas de funcionarios cando estas non son necesarias ten consecuencias de case imposible solución nas máis de 8.000 entidades locais que zarrapican o Estado e polo tanto é un erro tentador e de efectos de evolución progresiva. A creación de cada praza de funcionario debe axustarse a parámetros moi estritos de control financeiro a longo prazo. Na mesma liña de falla de certa limitación na función pública local e que *“os funcionarios representan pouco máis da quinta parte de todo o persoal ao servizo da Administración Local”*⁴¹; polo tanto o resto é persoal laboral. Case que o 75% dos empregados públicos locais en España son persoal laboral; unha mostra máis do defectuoso do sistema e de necesidade da súa corrección. É necesaria unha volta ao modelo estatutario da función pública. Nesta liña a figura xurisprudencial do persoal laboral indefinido non fixo, trasladada xa a normativa, presenta nos concellos galegos un problema case que endémico posto que a través de procesos selectivos (no mellor dos casos) para a contratación de persoal laboral por obra ou servizo determinado (laboral temporal) estanse creando nos orzamentos gastos estruturais derivados das sentenzas da xurisdicción laboral que esixen a creación da praza no cadro de persoal e no orzamento municipal e a posterior convocatoria da mesma con carácter permanente. Así, un erro na xestión polos gobernantes locais supón un gasto permanente aos veciños e ás arcas municipais, ademais de supor unha ineficiencia na xestión. Unha solución acaída para este problema sería a

⁴¹ LOPEZ PELLICER, JOSÉ ANTONIO. El régimen de la función pública local ante la anunciada reforma de la administración local y en anteproyecto de ley básica de esta. El Consultor de las Ayuntamientos y de los Juzgados.nº7. Quincena del 15 al 29 de abril. Editorial La Ley. 2006

redución ao máximo nas posibilidades de contratar persoal laboral temporal, substituíndo estas necesidades puntuais de empregados públicos pola figura xa establecida no artigo 10 do EBEP de funcionarios interinos para execución de programas de carácter temporal e que non teñen esa problemática de xerar gasto público estrutural permanente no caso de extenderse no tempo por un erro ou deixación dos gobernantes locais.

É certo que as últimas Leis de Orzamentos Xerais establecen uns límites ao crecemento do capítulo I de todo o sector pública, disposicións derivadas da situación coxuntural que temos e que en ningún caso soluciona o problema de fondo. Esta regulación de limitación e ordenación dos cadros de persoal das corporacións locais, a lo menos no que respecta aos servizos básicos administrativos, é xa unha cautela que ten a nosa normativa no seu artigo 169.1 do RD Lexislativo 781/1986 de 18 de abril polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local: *"A Administración do Estado fixará os criterios de poboación, clasificación da Secretaría respectiva e demais que sirvan para a determinación das Corporacións en que poidan existir postos de traballo a desempeñar por funcionarios de cada unha das Subescalas da Escala de Administración Xeral"*. Ademais de esto o problema non é normalmente a masa salarial global senón moitas veces os salarios de cada funcionario que son tremendamente diferentes entre os concellos para postos de igual categoría e nivel, xogando có complemento específico e producindo desaxustes e ineficacias; a intervención de marxes debería extenderse tamén hacia unha unificación de salarios entre as administracións locais con características parecidas.

Outro problema coñecido no eido da función pública local é as deficiencias que xera unha administración de cercanía nos procesos de selección do seu propio persoal, especialmente naqueles concellos máis pequenos. Unha solución que se debería estudar é o alonxamento do proceso selectivo o máis posible do órgano decisor que require ese persoal, para garantir a obxectividade e imparcialidade. Se ben, segundo a normativa básica actual, os tribunais de selección xa só poden estar formados por persoal técnico capacitado, non é menos certo que a opción continua polo concurso-oposición supón unha aparencia xeralizada de falla de igualdade de oportunidades entre os aspirantes á función pública. Unha solución que melloraría esta aparencia de obxectividade e polo tanto dignificaría aos empregados públicos locais sería que os procesos selectivos se realizasen a través dunha encomenda de xestión pola

Escola Galega de Administración Pública⁴² ou que fose necesario en todo caso pasar un curso selectivo na mesma que garantizase os coñecementos mínimos en toda a administración local galega e polo tanto unha profesionalización mínima obrigatoria en todos os funcionarios locais. Así se fai xa, por exemplo, cós Policias Locais.

Por último, unha función pública dignificada con algunhas destas propostas ten que concluír cunha maior responsabilidade da mesma, e polo tanto con maiores posibilidades dos funcionarios locais de controlar e fiscalizar as accións políticas para conseguir o seu axuste á legalidade. Como di Cuadrado Zuloaga⁴³ os políticos necesitan do concurso dos funcionarios públicos como xestores públicos, empregados públicos que coñezan o amplo panorama de posibilidades que ofrece a ciencia administrativa como eficaz garantía dunha adecuada execución das liñas programadas. A axuda dos funcionarios máis expertos e capacitados é imprescindible para levar adiante a política dos gobernantes con arranxo a criterios de boa Administración. Non semella conveniente estender o modelo introducido pola Lei 57/2003 de modernización da administración local que soamente conseguiu duplicar postos aislando ao Secretario e outorgando moitas das súas funcións a outros funcionarios. Incrementar o gasto burocrático duplicando postos ten moito menos sentido en concellos de menor tamaño onde os funcionarios con habilitacións de carácter estatal deben conxugar as funcións de xestores-directivos á vez que de fiscalizadores da legalidade. Esta función de control da legalidade debe ser potenciada na nova regulación outorgándolle unhas maiores consecuencias administrativas aos controis internos dos concellos, xa que estase vendo a falla de eficacia das depuracións contencioso-administrativas e contables polos órganos externos. Semella máis interesante aproveitar esta figura de fonda tradición nos nosos concellos que experimentar controis administrativos vía autorizacións por parte das administracións autonómicas e estatais sobre os actos locais, posibilidade habilitada pola xurisprudencia constitucional e que xa se fai nalgúns sectores como o patrimonial. Por en valor a figura destes funcionarios é unha garantía para o cidadán.

⁴² A normativa catalana establece esta previsión no seu artigo 286.4 do Decreto Lexislativo 2/2003, de 28 de abril, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei Municipal e de Réxime Local de Cataluña: "Se o acorda o pleno da corporación local, a selección do seu persoal pode encomendarse á Xeneralidade, mediante a Escola de Administración Pública de Cataluña. Neste caso, a Xeneralidade aproba as bases e fai a convocatoria e o proceso de selección, no marco do que establece o apartado 3."

⁴³ CUADRADO ZULOAGA, DANIEL. Progresiva desprofesionalización de la Administración Pública. El Consultor de las Ayuntamientos y de los Juzgados. nº7. Quincena del 1 al 15 de junio. Editorial La Ley. 2009.

2.3. UN MAIOR CONTROL DO GASTO PÚBLICO LOCAL

O instrumento financeiro fundamental nas entidades locais galegas é o orzamento. Os problemas de tesourería que teñen a maioría dos concellos galegos teñan a súa orixe nunha mala planificación orzamentaria por unha banda e nunha defectuosa execución do mesmo por outra. A mala planificación xera uns orzamentos que non se axustan á realidade e cuns ingresos por riba dos que serán xa non recadados, senón nin tan sequera recoñecidos e polo tanto a posibilidade de gastar máis alá do posible. Ademais en moitas das administracións locais non se segue un procedemento administrativo de recoñecemento do gasto, especialmente nos gastos menores, o que supón a prestación de servizos e a subministración de produtos sen coñecer previamente a existencia do crédito necesario. Estas circunstancias, ampliadas por outras, xeran que sexa necesario acudir á figura do recoñecemento extraxudicial de crédito como figura habitual para aplicar ao orzamento todas as facturas atrasadas; procedemento que ten na normativa un carácter excepcional e que é utilizado como un ciclo diabólico e en ocasións supón consumir unha parte importante do crédito corrente. A esto podemos engadir que a falla de persoal capacitado e organizado por criterios estritamente administrativos para axudar nas súas funcións aos Interventores está a xerar que a fiabilidade dos datos contables poida non ser na maioría das ocasións o rigorosa que debería e polo tanto escurecendo aínda máis as solucións⁴⁴. Non cabe dúbida que aquí as Deputacións Provinciais teñen unha carencia xa que debería ser obrigatoria en todas elas unhas Unidades de apoio contable e orzamentario; que puidesen actuar con carácter inmediato en calquera concello que o solicitase e ter ao tempo unha contabilidade integrada provincial, o que xeraría unha cantidade de datos e indicadores que mellorarían a xestión económica financeira local ademais de permitir aproveitar mellor os recursos.

Xa relacionado coa evolución da economía nos últimos anos, é certo que esta xerou moitos ingresos puntuais vinculados especialmente ao urbanismo, que supuxeron a expansión dos gastos correntes estruturais que agora en época de recesión se ven ameazados. Gustaríame destacar aquí a recente Lei de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira aprobada polo Parlamento de Galicia que evitará precisamente que en épocas expansivas a autonomía orzamentaria poida voltar a xerármonos estes gastos estruturais. Sería unha medida apropiada a extensión do ámbito de aplicación desta nor-

⁴⁴ RODRÍGUEZ CASTAÑO, ANTONIO RAMÓN. “Propostas para a mellora da xestión económico-financieira das corporacións locais”. No Libro “Estudios sobre a modernización da Administración Local: teoría e práctica”. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos e dos Xulgados, Madrid, 2009.

ma ás entidades locais galegas; medida que entendo perfectamente legal xa que o Estatuto de Autonomía de Galicia establece no seu artigo 49 que *"corresponde á Comunidade Autónoma galega a tutela financeira sobre os entes locais respectando a autonomía que a estes recoñecen os artigos 140 e 142 da Constitución e de acordo co artigo 27. 2 deste Estatuto"* e ademais o artigo 27.2 do mesmo establece que a *"organización e réxime xurídico das comarcas e parroquias rurais como entidades locais propias de Galicia, alteracións de termos municipais comprendidos dentro do seu territorio e, en xeral, as funcións, que sobre o Réxime Local correspondan á Comunidade Autónoma ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución e o seu desenvolvemento"*; e, por suposto, o establecido no artigo 30.1: *"fomento e planificación da actividade económica en Galicia"*. Tradicionalmente, ao falar dos principios reitores das Facendas locais, veñen instantaneamente á cabeza os principios anteditos de autonomía e suficiencia financeiras. Non obstante, ás Facendas locais, como parte integrante da Facenda Pública española e galega, sonlle de aplicación as regras xerais de funcionamento da Facenda Xeral, que presiden as relacións entre as distintas facendas do Estado.

En palabras inmejorables de Valenzuela Villarubia⁴⁵, e seguindo a súa exposición ao respecto, ademais dos principios de autonomía e suficiencia financeira hai outros principios que tamén son de aplicación ás entidades locais galegas, como é sen dúbida o principio de legalidade, que precisamente ten unha importante proxección no que respecta tanto aos ingresos locais, como ao gasto público local, e por suposto en todo o que se refire á lexislación orzamentaria.

Polo que respecta ao gasto público local, as Entidades locais aparecen vinculadas na xestión dos seus gastos polo disposto no art. 133.4 CE, que obriga as Administracións Públicas a contraer obrigas financeiras e realizar gastos só no marco que lles permiten as leis. Este mandato significa que as Entidades Locais deberán prever o seu gasto (orzamentar), e executalo, conforme ás normas básicas que determina a Lei de Facendas Locais, a normativa de desenvolvemento e a lexislación orzamentaria.

Ademais a doutrina do Tribunal Constitucional no que se ven en chamar "Facenda de coordinación" habilita ao establecemento de regras financeiras ás facendas locais por parte das facendas estatais e autonómica.(STC

⁴⁵ VALENZUELA VILLARUBIA, ISIDRO. "Os principios xenéricos das Facendas locais españolas e a súa limitación sobre a política fiscal local". El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N^o 20, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2010, Ref. 2965/2010, pág. 2965, tomo 3, Editorial LA LEY

27/1987 de 27 de febreiro⁴⁶).

O nova lei de disciplina orzamentaria plantexa grandes novidades para garantir a sustentabilidade financeira das finanzas públicas galegas, polo que non tería moito sentido deixar fora desta normativa ás finanzas locais galegas cando estas supoñen cerca do 20% do total do gasto do sector público galego. Unha das medidas máis importantes desta Lei é o establecemento dun límite de gasto non financeiro autorizado polo Parlamento de Galicia que evitará que ingresos extraordinarios se incorporen á estrutura administrativa a través do gasto corrente, e que significará o destino destes ingresos extraordinarios para amortizar débeda. A flexibilidade dos tributos locais supuxo no anterior ciclo expansivo que precisamente estes ingresos extraordinarios xerasen un incremento do gasto fixo dos concellos e deputacións polo tanto enténdoa como unha medida imprescindible no eido local galego. O control do incremento do gasto máis alá das previsións desta Lei tamén sería interesante pero como dicíamos no apartado anterior, dotar de maiores efectos aos controis internos dos concellos pode xerar unha primeira barreira de especial relevancia ante a constante tentación de orzamentos non axustados á realidade.

⁴⁶ De entre todos os pronunciamentos do Alto Tribunal, destacamos a *Sentenza 27/1987, do 27 de febreiro*, que definiu o contido e límites do que se veu a denominar «a Facenda de coordinación», coas seguintes conclusións:

- Contido. A coordinación implica unha rede de relacións interadministrativas tendente a conseguir a información recíproca, a homoxeneidade técnica, e a acción conxunta das Administracións coordinadas, co obxectivo de alcanzar o interese común, evitando disfuncionalidades.
- Límites. Os límites xenéricos de toda acción de coordinación veñen dados polas seguintes pautas:
 - A coordinación non entraña limitación ás competencias dos entes coordinados, senón límite ao exercicio destas.
 - A coordinación non pode traducirse na imposición de instrucións esgotadoras para o ente coordinado, de modo que este vexa suprimida totalmente a súa capacidade de influencia ou decisión na acción conxunta.. Os medios e técnicas empregados deben respectar a discrecionalidade dos entes coordinados.
 - En cumprimento destas chamadas do intérprete constitucional, a lexislación administrativa ideou unha serie de técnicas e medios para facer efectiva a coordinación entre Administracións Públicas. Estas técnicas son requiridas especialmente naquelas situacións nas que se cruzan competencias ou funcións de distintos entes, como acontece co establecemento do sistema financeiro para a Facenda Pública. Así, a coordinación financeira local pódese alcanzar dende varios estadios(...) Coordinación normativa. Lógrase mediante a articulación do trinomio lexislación básica/lexislación de desenvolvemento/Ordenanzas e Regulamentos locais, integrando todas elas o conxunto normativo financeiro aplicable ás Entidades locais (o ordenamento xurídico-financeiro local).

3. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RENDUELES, J. R. (1973): La Teoría de los Bienes Públicos en la Hacienda Pública Moderna. *Revista de Hacienda Pública Española*, 23.
- CADAVAL SAMPEDRO, M. y CARAMÉS VIETEZ, L.. (2007): *Os municipios galegos: entre o minifundismo e a ineficacia*. USC-Xunta de Galicia.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2005): "Las últimas reformas sobre el IBI y en materia catastral". Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma. (Serie claves del gobierno local, 4). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- CUADRADO ZULOAGA, D. (2009): Progresiva desprofesionalización de la Administración Pública. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 7, Quincena del 1 al 15 de junio. Editorial La Ley.
- DE TOCQUEVILLE, A. (2005): *La Democracia en América*. Madrid: Alianza Editorial.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. (1995): *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Civitas, Ayuntamiento de Gijón.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981): Turgot y los orígenes del municipalismo moderno. En *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A. (2008): La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania. *Cuadernos de Derecho Local*, 18, Octubre. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- GARCÍA NOVOA, C. (2008): Aproximaciones al objeto de imposición en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica. *Tributos Locales*, 83, septiembre.
- GARCÍA TREVIJANO, J.A. (1971): Las Haciendas Locales y el Estado en el momento presente, *Revista de Hacienda Local*, I (1, Enero-Abril), p. 26
- GARCÍA VILLAREJO, A. y SALINAS SÁNCHEZ, J. (1985): *Manual de Hacienda Pública General y de España*. Madrid: Tecnos.
- HERRERA MOLINA, P. M. (1998): *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del sistema alemán*. Barcelona: Monografías Jurídicas. Marcial Pons.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2006): *La necesaria reforma del impuesto sobre actividades económicas: su articulación como recurso de las haciendas locales y su coordinación dentro del sistema tributario español*. Documentos. Instituto de Estudios Fiscales. Doc 15/06.
- LÓPEZ PELLICER, J. A. (2006): El régimen de la función pública local ante la anunciada reforma de la administración local y en anteproyecto de ley básica de esta. *Él Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. 7, 15 al 29 de abril. Editorial La Ley.
- MORTON, N.: New England,s Memorial.
- OATES, W. E. (1977): *Federalismo Fiscal*. Colección Nuevo Urbanismo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- PARRA MUÑOZ, J. F. (2006): *El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?*, IAAP,

- Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla.
- PÉREZ ZÚÑIGA, J. M. (2004): *La reforma del régimen legal de la tasas y precios públicos en los servicios locales: las tasas locales*. Granada: CEMCI Publicaciones.
- POVEDA BLANCO, F. (2003): *El nuevo impuesto sobre actividades económicas. Comentarios y análisis práctico*. Bilbao: Deusto.
- RAMOS PRIETO, J. (2010): La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas. *Claves del gobierno local, 10*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. (2009): Propuestas para la mejora de la gestión económico-financiera de las corporaciones locales. En el Libro *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. (1943): *Ruina y extinción del municipio romano en España: e instituciones que le reemplazan*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- SANCHEZ MORÓN, M. (1990): *La autonomía local: antecedentes históricos y significado constitucional*. Madrid: Civitas Ediciones, Monografías Civitas.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1988): *Los impuestos sobre la riqueza inmobiliaria*. Informes sobre el Proyecto de Ley reguladora de la Haciendas Locales. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- SUÁREZ PANDIELLO, J. (2010): *Cómo abordar la reforma de la financiación local*. Informe sobre financiación local. Balance y propuesta de reforma. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VALENZUELA VILLARUBIA, I. (2005): *El sistema de financiación de los entes locales: visión crítica y propuestas para su reforma*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. Premios Blas Infante 2005.
- VALENZUELA VILLARUBIA, I. (2010): Los principios genéricos de las Haciendas locales españolas y su limitación sobre la política fiscal local. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 20*, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. , Ref. 2965/2010, Editorial LA LEY.
- VALLE SÁNCHEZ, V. (1973): Una nota sobre la caracterización de los bienes públicos. *Revista de Hacienda Pública Española, 23*.
- VILLAR ROJAS, F. J. (2000): *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*. Fundación de Estudios de Regulación. Granada: Editorial Comares.

A ORDENACIÓN DO LITORAL EN GALICIA: BASES CONCEPTUAIS, PRESUPOSTOS POLÍTICOS E RÉXIME XURÍDICO VIXENTE

Dr. Francisco Javier Sanz Larruga

Catedrático de Dereito Administrativo
Director do Observatorio do litoral
Universidade da Coruña

Resumo: *Despois de expoñer as bases conceptuais e xurídicas da ordenación do litoral en Europa e en España, analízanse os precedentes normativos de ordenamento da Comunidade Autónoma de Galicia sobre a ordenación e planificación das súas zonas costeiras. Finalmente, estúdase o Plan de ordenación do litoral de Galicia aprobado polo Decreto 20/2011.*

Palabras clave: *litoral, xestión integrada de zonas costeiras, ordenación do territorio, urbanismo, medio natural, Galicia.*

Abstract: *After exposing the conceptual and legal bases for integrated coastal zone management in Europe and in Spain, we analyze the previous regulatory system of the Autonomous Community of Galicia on the planning and management of their coastal zones. Finally, we study the Coastal Management Plan of Galicia approved by Decree 20/2011.*

Keywords: *coast, integrated coastal zone management, spatial planning, urban planning, environment, Galicia.*

Índice: *1. Introducción. 2. Bases conceptuais e presupostos xurídicos para a ordenación das zonas costeiras. 2.1. O indeterminado concepto de "ordenación do litoral". 2.2. A elaboración doutrinal sobre a xestión integrada das zonas costeiras. 2.3. A ordenación do litoral na Unión Europea. 2.4. A frustrada Estrategia Española de Gestión Integrada de Zonas Costeras. 2.5. As iniciativas e experiencias sobre ordenación do litoral das comunidades autónomas. 3. Cara á ordenación integrada e sustentable do litoral de Galicia. 3.1. A previsión estatutaria sobre ordenación do litoral. 3.2. A ordenación do litoral na Lei 10/1995 de ordenación do territorio de Galicia. 3.3. As referencias ao litoral na Lei de ordenación urbanística e de protección do medio rural de Galicia de 2002. A previsión do "Plan sectorial de ordenación do litoral". 3.4. O relanzamento do Plan de ordenación do litoral pola Lei 6/2007, de 11 de maio, de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e do litoral. 4. O Plan de ordenación de litoral de 2011. 4.1. Fitos fundamentais na tramitación do POLGA. 4.2. Unha previa e obrigada referencia á recente reforma da Lei 9/2002 en virtude da Lei 2/2010 e as súas repercusións sobre o litoral. 4.3. As Directrices de ordenación do territorio de Galicia e as súas determinacións sobre o litoral. 4.4. A aprobación definitiva do Plan de ordenación do litoral do Galicia polo Decreto 20/2011. 5. Reflexión final. 6. Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde a aprobación do Estatuto de autonomía de Galicia en 1981 —en cuxo artigo 27,3 se contempla como competencia exclusiva da Comunidade Autónoma a "ordenación do territorio e *do litoral...*"— ata a recente aprobación do "Plan de ordenación do litoral de Galicia" (en diante, POLGA), en virtude do Decreto 20/2011 de 10 de febreiro, transcorreron tres décadas ao longo das cales se foron desenvolvendo, non sen problemas, os contidos esenciais do noso ámbito autonómico.

Salientar que o litoral en Galicia é un elemento fundamental da nosa identidade e un dos máis valiosos compoñentes do noso patrimonio natural resulta obvio. Desde hai moito tempo algúns viñemos reclamando que a ordenación do litoral era unha prioridade para a nosa Comunidade Autónoma¹ e, con todo, é agora cando podemos vangloriarnos de contar cun plan que está chamado a encher este baleiro histórico do noso ordenamento xurídico.

Para chegar a este punto tivéronse que superar moitas "batallas" xurídicas que teñen que ver coa regulación xurídica do Estado en materia de costas e co alcance das competencias autonómicas sobre as zonas costeiras. No ámbito da Unión Europea púxose de manifesto a necesidade de ordenar de forma racional e sustentable as costas nas que vive a meirande parte da poboación. E doutra banda, as comunidades autónomas litorais "aventuráronse" a desenvolver iniciativas de xestión integrada das súas costas que acabaron por xeneralizarse a toda España. De todo isto tratamos no apartado II deste traballo.

A previsión xurídica dun "plan de ordenación do litoral" viría da man do dereito urbanístico coa aprobación da vixente Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de 2002 como analizamos no apartado III.

E agora, en plena crise financeira e, polo tanto, "crise do ladrillo", que re-

¹ Neste sentido cómpre salientar a pioneira obra de E. PENAS: *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*, Consellería de Pesca, Acuicultura e Marisqueo, Xunta de Galicia, Santiago, 2000. Trátase do primeiro traballo científico no que se propón para Galicia, aínda que desde unha óptica na que predomina a preocupación pola ordenación e protección dos recursos pesqueiros e marisqueiros, unha verdadeira ordenación e planificación dos usos do litoral de Galicia. Pouco anos despois publiquei a miña monografía *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia* (editado pola Consellería de Medio Ambiente, Xunta de Galicia, Santiago, 2003) cunha especial atención aos elementos xurídicos da xestión, ordenación e planificación do litoral de Galicia. Tamén cómpre salientar o libro colectivo coordinado por T. CARBALLEIRA RIVERA: *Ordenación del litoral*, Xunta de Galicia, Santiago, 2001, que recolle os relatorios dunhas Xornadas que con tal título se celebraron —organizadas pola Escola Galega de Administración Pública— en Ferrol en abril de 2000. E moito máis recente o libro que recolle as intervencións realizadas nun seminario organizado polo CEIDA: VALES VÁZQUEZ, C. (Director): *A Xestión do litoral*, Xunta de Galicia, Consellería de Innovación e Industria, CEIDA, 2009.

baixou a enorme presión urbanizadora á que estiveron sometidas moitas das zonas costeiras do noso litoral de Galicia, contamos cun recentemente aprobado "Plan de ordenación do litoral de Galicia" (ao que dedicamos o apartado IV do presente traballo). Un plan que haberá que analizar en profundidade nos próximos anos na medida en que a súa aplicación concreta vai requirir, sen dúbida, interesantes debates xurídicos de diversa índole (urbanística, ambiental, etc.).

En previsión de futuras investigacións, propoñémonos neste traballo a máis modesta tarefa de enmarcar esta importante iniciativa no ámbito das políticas públicas e co obxectivo de ofrecermos unha breve historia do seu desenvolvemento normativo.

2. BASES CONCEPTUAIS E PRESUPOSTOS XURÍDICOS PARA A ORDENACIÓN DAS ZONAS COSTEIRAS

2.1. O INDETERMINADO CONCEPTO DE "ORDENACIÓN DO LITORAL"

Qué se debe entender por "ordenación do litoral" suscita considerables dificultades ante a propia indeterminación xurídica do concepto de litoral. Con anterioridade á STC 149/1991, de 4 de xullo (sobre a Lei de costas, en diante, LC) algunha doutrina defendera a separación entre os conceptos de "ordenación do territorio" e "ordenación do litoral". Así, por exemplo, MEILÁN GIL afirma que "la concreta competencia sobre ordenación del litoral supone algo no reconducible e identificable agotadoramente con la ordenación del territorio y del urbanismo. *Ha de salvarse en la medida de lo posible la singularidad de aquella competencia, sin subsumirla en la genérica de ordenación del territorio y sin reducirla al urbanismo*"².

Unha interpretación diferente era a de quen opinaban que o litoral forma parte do territorio das comunidades costeiras e que, xa que logo, a ordenación do litoral non é mais ca unha especialidade da ordenación do territorio³. Nesta mesma dirección, PÉREZ CONEJO defende que a interpretación adecuada sobre

² "Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas", en *Revista de Derecho Urbanístico*, 108 (1988), p. 18. A cursiva é miña. En parecido sentido VIVER, T.: "Ordenación del litoral", en *Comentarios a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Vol. I, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1988, p. 529.

³ Neste sentido, por exemplo: SAINZ MORENO, F.: "Término municipal y dominio marítimo", en *Revista de Administración Pública*, 112 (1987), p. 194, e PERALES MADUEÑO, F.: "Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: Proyecto de la Ley de Costas", en *Revista de Derecho Urbanístico*, 108 (1988), p. 123 e 124. Tamén é a postura de PÉREZ ANDRÉS, A. A.: *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Marcial Pons, Instituto Universitario García Oviedo, Madrid, 1998, pp. 381 e ss.

a "ordenación del litoral" parece ser a dunha ordenación baseada no criterio da "planificación en profundidade", é dicir, "una ordenación racional hacia el interior del territorio en contraposición al asentamiento de actividades y localización de los usos efectuados, tradicionalmente, en la primera franja adyacente al mar"⁴.

No tocante á lexislación local e urbanística dedúcese das súas disposicións, como sinala PONS CANOVAS, que "las funciones de planificación, ejecución y disciplina urbanísticas se refieren exclusivamente a la porción de superficie terrestre de los Municipios y de las Comunidades Autónomas"⁵. Con todo non faltaron autores que, desde a perspectiva da expansión das facultades territoriais e urbanísticas, consideran que as augas interiores e o mar territorial forman parte do termo municipal e do territorio autonómico⁶.

Por outra banda, nunha reiterada xurisprudencia do Tribunal Supremo que chega ata os nosos días —que recolle PONS CANOVAS⁷— négase a viabilidade xurídica de concorrencia das competencias —autonómicas e locais— urbanísticas e de ordenación do territorio sobre as augas marítimas. Nela insístese en que os diferentes instrumentos municipais de ordenación urbanística —o cal sería extensible aos instrumentos autonómicos de ordenación territorial— non poden planificar os espazos marítimos mentres non exista un soporte físico ou terreo que pase a formar parte da zona marítimo-terrestre; e, xa que logo, que as augas interiores e o mar territorial non forman parte do termo municipal nin do territorio autonómico litoral. Como sinala o mesmo autor, este criterio xurisprudencial "constata una grave desconfianza respecto al papel de los planes de ordenación territorial y urbanística y priva completamente a las Comunidades Autónomas y a los Municipios de las facultades para ordenar las superficies marítimas más próximas a la ribera del mar y controlar las actividades proyectadas en tales superficies"⁸.

⁴ *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Comares, Granada, 1999, p. 378, nota 103. Onde se citan, para apoiar este criterio —utilizado ademais pola maioría dos países europeos—, entre outros, os traballos de GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *Análisis del litoral español. Diseño de las políticas territoriales*; MICHAUD, J. L.: *Ordenación de las zonas litorales*, trad. Por J. Vioque Lozano, Madrid, 1981.

⁵ PONS CANOVAS, F.: *El régimen jurídico de los espacios portuarios*, CEDECS, Barcelona, 2001, p. 191.

⁶ PONS CANOVAS cita os autorizados traballos de GUAITA (no seu *Derecho Administrativo Especial*), de BOQUERA OLIVER (no seu traballo sobre "Las licencias urbanísticas en las zonas marítimo-terrestre, marítima y portuaria"), GUTIÉRREZ COLOMINA (no seu traballo sobre o *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural*), etc. Mesmo unha STC de 18 de maio de 1984 (Ar. 2905) na que se recoñece a competencia dos municipios sobre incrementos do seu territorio por accesoión natural ou artificial.

⁷ *El régimen jurídico de la ordenación de los espacios portuarios*, cit. pp. 187 e 188.

⁸ *Ibidem*. p. 189. Outros autores que tamén mostraron oposición á devandita doutrina son BOQUERA

Para rematar, o TC foi taxativo ao proclamar na súa STC 149/1991 (sobre a Lei de costas) que: "es obvio que la competencia autonómica sobre la ordenación del territorio *no se extiende al mar...*" (FJ 7º A) a) b'). Aínda que tal conclusión non afecta á competencia autonómica sobre a autorización de vertidos —non só os industriais e contaminantes, como pretendía o art. 110, h da LC, declarado inconstitucional— desde terra ao mar e ás actividades relacionadas coa acuicultura —que lle leva a anular a referencia a esta materia no artigo 111,1, d)—.

No fondo desta doutrina dominante —que priva ás comunidades autónomas de proxectar a súa competencia de ordenación do litoral sobre a zona marítima— subxace a concepción tradicional "patrimonialista" dos poderes da soberanía ou xurisdición do Estado sobre os bens do dominio público marítimo (o mar territorial e as augas interiores) coa imposibilidade de que outras administracións públicas poidan exercer competencias sobre el. Trátase dunha tese baseada na concepción do dominio público como propiedade que foi rebatida moi convincentemente pola profesora GARCÍA PÉREZ por ser pouco apropiada no caso do mar territorial⁹. Na mesma liña, MENÉNDEZ REXACH mantén que "en el mar territorial y en las aguas interiores (...), el Estado ejerce 'soberanía', es decir, 'poder', 'jurisdicción' y no 'dominio' o 'propiedad'"¹⁰. Conclúe PONS CANOVAS que sobre o mar territorial e as augas interiores o "Estado no sólo ostenta la mera titularidad demanial, sino que también ejerce un conjunto de potestades sobre una diversidad de materias... (...). Pero de ahí a entender que estas potestades impiden el desarrollo en las superficies marítimas de las competencias autonómicas y municipales sobre ordenación del litoral y urbanismo hay un abismo"¹¹.

Coa LC vixente, a ordenación do litoral debe entenderse como unha regulación e determinación dos usos do espazo costeiro —non como un réxime de utilización e aproveitamento do demanio marítimo-terrestre que é facultade do Estado— "a través de la planificación territorial y/o urbanística, si bien el contenido de tales planes que incidan sobre el litoral ha de poseer un carác-

OLIVER, ROMEU HERNÁNDEZ, GUTIÉRREZ COLOMINA e GARCÍA PÉREZ (citados por PONS CANOVAS).

⁹ Na súa monografía *La utilización del dominio público marítimo-terrestre (Estudio especial de la concesión demanial)*, Marcial Pons, Madrid, 1995. pp. 54 e ss.

¹⁰ No seu traballo: "La configuración del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas", *Estudios Territoriales*, 34 (1990), p. 17.

¹¹ *El régimen jurídico de la ordenación de los espacios portuarios*, cit. pp. 194-195. E cita unha antiga STS de 2 de outubro de 1967 na que se chegaba a recoñecer a xurisdición local non só sobre a zona marítimo-terrestre, senón "aún las superficies que la continúan dentro de las aguas territoriales...".

ter máis específico y unas determinaciones máis pormenorizadas al ser planeamiento de detalle y desarrollo, lo que en última instancia supone que esa ordenación debe integrar todas las políticas sectoriales, incluida por supuesto la propia del demanio ribereño”¹². Resulta indubidable que a LC incide substancialmente sobre o planeamento territorial (ordenación do territorio) e o urbanístico¹³, o cal é posible “siempre que dicha repercusión se limite a establecer un régimen especial de protección, que condicione, pero que no impida, el ejercicio propio de las competencias de la Administración planificadora – autonómica y/o local–”¹⁴.

Dado que no litoral concorren diversos tipos de planificación, tanto sectoriais coma xerais (ou territoriais) é preciso determinar a súa xerarquía de acordo cun criterio de prioridade que, ordinariamente é o seguinte¹⁵:

- 1º.- a planificación ambiental
- 2º.- a planificación derivada da ordenación do territorio
- 3º.- a planificación demanial (hidrolóxica, costeira, viaria, agás a portuaria)
- 4º.- a planificación urbanística

Convén, no entanto, recordar aquí algúns dos pronunciamentos do TC nas citadas sentenzas que deberán orientar as actuacións competenciais das diferentes administracións implicadas na xestión do litoral¹⁶:

- todas as comunidades autónomas costeiras posúen competencia exclusiva sobre a ordenación do litoral, incluíndose neste, polo menos, a ribeira do mar e as zonas de protección e influencia, que forman parte do territorio das correspondentes comunidades autónomas litorais e dos municipios costeiros;
- a política de ordenación do territorio –que tamén é de competencia autonómica– parte da necesidade de coordinar ou harmonizar, en canto á súa proxección territorial, os plans de actuación das diversas adminis-

¹² PÉREZ CONEJO, *Las costas marítimas...*, cit. pp. 390-391.

¹³ Sobre este tema existe unha abundante doutrina: PIÑAR MAÑAS: “Repercusiones jurídico-públicas de la Ley de Costas, con especial referencia al Derecho Urbanístico”; TRAPERO: “Aspectos urbanísticos de la protección del territorio litoral”; POVEDA DÍAZ: “La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la planificación territorial y urbanística”; PÉREZ MORENO: “La Ley del Costas y el planeamiento urbanístico”; ORTEGA GARCÍA: “Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas”; BORRAJO INIESTA: “La incidencia de la Ley de Costas en el Derecho Urbanístico”, *Revista de Administración Pública*, 130 (1993), pp. 131-153.

¹⁴ PÉREZ CONEJO, op. cit. p. 393.

¹⁵ *Ibidem*. p. 393.

¹⁶ *Ibidem*. pp. 393-400.

tracións públicas, incluída a do Estado (as derivadas da titularidade que ostenta sobre o demanio costeiro);

- nin as comunidades autónomas poden descoñecer as competencias que constitucionalmente se atribúen ao Estado, nin este pode ignorar os títulos competenciais exclusivos daquelas. En todo caso, a ordenación territorial que dalgún xeito realiza a Administración do Estado ao establecer o réxime xurídico do demanio litoral debe realizarse dentro dos seus límites propios¹⁷;
- sobre os terreos privados lindeiros co dominio público marítimo-terrestre, o condicionamento da ordenación territorial por parte do Estado fundaméntase en varios títulos competenciais: igualdade básica nas obrigas de todos os propietarios (art. 149,1,1ª CE), lexislación básica sobre medio natural (art. 149,1,23ª CE) —aínda que esta pode ser complementada polas “normas adicionais de protección” que poden dictar as comunidades autónomas—, portos de interese xeral, iluminación das costas e sinais marítimos (art. 149,1,23ª), etc.

Finalmente, malia as indubidables semellanzas entre as técnicas —ou políticas— de “ordenación do territorio” e de “ordenación do litoral”, son da opinión de quen afirma que esta última é unha materia con substantividade propia. E, como imos ver deseguido, esta singularidade da ordenación do litoral deu lugar a unha específica metodoloxía chamada “xestión integrada das zonas costeiras”.

2.2. A ELABORACIÓN DOUTRINAL SOBRE A XESTIÓN INTEGRADA DAS ZONAS COSTEIRAS

En 1972, o Congreso dos Estados Unidos de América aprobou a pioneira *Lei federal de xestión das zonas costeiras (Coastal Zone Management Act)*, que deu lugar ao desenvolvemento dunha metodoloxía e a unha nova disciplina científica denominada “xestión integrada das zonas costeiras” (coñecida baixo as siglas XIZC) que serviu de exemplo a outros instrumentos de ordenación territorial noutros países do mundo¹⁸.

¹⁷ A titularidade dominical do Estado sobre a zona marítimo-terrestre comporta unha serie de facultades, fundamentalmente para asegurar a súa integridade física e xurídica, así como para garantir a satisfacción dos valores sociais propios dela (así, por exemplo, o caso das praias).

¹⁸ Sobre a XIZC nos Estados Unidos: HERRERA XIMENEZ, M. D.: “La gestión costera en los Estados Unidos: *Coastal Zone Management Act, 1972* y la estructura del programa asociado *Coastal Zone Management Program*”, en SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.) e GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación

En España o Profesor BARRAGÁN MUÑOZ —catedrático de Xeografía da Universidade de Cádiz— tivo o mérito de introducir no noso país os estudos sobre esta modalidade de ordenación territorial sobre a idea do litoral como “espazo disputado” e como “espazo problema”¹⁹. A necesidade dunha ordenación específica do litoral nace da súa realidade como ben escaso e progresivamente valorado para a localización de usos e actividades que entran en competencia. A ordenación do litoral require dun proceso de xestión integrada: unha fase preliminar (de fixación de criterios de coherencia), unha fase de descrición e análise, unha fase de valoración e diagnóstico, unha fase de xeración e selección de alternativas, e unha última fase de execución e seguimento²⁰.

No mundo xurídico este concepto da XIZC foi callando na doutrina malia que aínda é preciso incorporar moitas das ideas que supón aplicar plenamente un sistema de xestión integrada e sustentable das zonas costeiras²¹. Desde unha perspectiva interdisciplinar constitúe un bo punto de partida nesta liña de traballo a actividade de investigación e difusión que vén desenvolvendo o Observatorio do litoral da Universidade da Coruña²².

Pedro Barrié de la Maza e Observatorio do litoral da Universidade da Coruña, A Coruña, pp. 81-90.

¹⁹ Cfr. o seu traballo BARRAGÁN MUÑOZ, J. M.: *Ordenación, planificación y gestión del Espacio Litoral*, Oikos-tau, Barcelona, 1993, pp. 238-239.

²⁰ Cfr. BARRAGÁN MUÑOZ, J. M.: *Ordenación, planificación y gestión...*, cit. pp. 154-164. Así mesmo poden consultarse os seus máis recentes traballos: *Medio ambiente y desarrollo en áreas litorales: introducción a la planificación y gestión integradas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003; *Las áreas litorales de España. Del análisis geográfico a la gestión integrada*, Ariel, Barcelona, 2004; *Política y gestión de áreas litorales en España, La gestión de áreas litorales en España y Latinoamérica*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005. Recentemente este profesor constituíu a Red Española de Gestión Integrada de Áreas Litorales (REGIAL) cuxa páxina web pode consultarse na dirección de internet: <http://www.uca.es/grupos-inv/HUM117/grupogial/paginas/proyectos/REGIAL/proyectorregial> (consultada o 20 de xuño de 2011).

En canto a unha guía do proceso de xestión de áreas litorais cómpre salientar igualmente o traballo coordinado por DOMENECH, J. L. e SANZ LARRUGA, F. J.: *Guía para la implementación de un sistema de gestión integrada de zonas costeras*, Netbiblo, Oleiros, 2010.

²¹ Unha boa mostra da recepción da xestión integrada de zonas costeiras é o traballo recente dun dos “autores intelectuais” da Lei de costas de 1988, MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión integrada del litoral” en NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 135-185.

²² Cfr. a súa páxina web: <http://www.observatoriodellitoral.es> e a obra colectiva dirixida e coordinada por SANZ LARRUGA, F. J. e GARCÍA PÉREZ, M. (Dir.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza e Instituto de Estudios Económicos de Galicia - Observatorio do litoral, A Coruña, 2009.

2.3. A ORDENACIÓN DO LITORAL NA UNIÓN EUROPEA²³

O crecente interese pola ordenación e planificación das zonas costeiras en Europa afunde as súas raíces nos comezos dos anos oitenta do século XX, baixo o impulso do Consello de Europa, tendo como punto de partida a aprobación da *Carta Europea do Litoral* (Knaia, Creta, outubro de 1981).

No seo da Unión Europea, a preparación dunha "estratexia comunitaria para a xestión integrada das zonas costeiras" foi cobrando forza, desde mediados dos anos noventa do pasado século, a instancias do Consello de Ministros comunitario (Resolución de 6 de maio de 1994) e materializouse no *Programa de Demostración da Comisión Europea sobre xestión integrada das zonas costeiras* (1996/1999). Os resultados deste "Programa de Demostración" –froito das experiencias desenvolvidas nos trinta e cinco proxectos locais e rexionais de toda Europa (Huelva, Valencia e Barcelona, no caso de España)– plasmáronse con posterioridade en dous importantes documentos da Comisión publicados en 1999: "Cara a unha estratexia europea para a xestión integrada das zonas costeiras: principios xerais e opcións políticas" e "Leccións do programa de demostración da Comisión Europea sobre a xestión integrada das zonas costeiras".

A experiencia obtida polo referido Programa de Demostración da Comisión e outros informes que foron elaborados por diferentes expertos e institucións, determinaron a publicación, en setembro de 2000, da proposta da Comisión para a posta en marcha na Unión Europea do proceso de XIZC²⁴. Esta proposta culminou dous anos despois coa aprobación polo Parlamento Europeo e o Consello da *Recomendación 2002/413/CE sobre a aplicación da xestión integrada das zonas costeiras en Europa*. Sobre a base dunha formulación fundamentada na "estratexia europea para un desenvolvemento sustentable", destacou algúns principios programáticos que deberían seguir, no seu caso, as "estratexias nacionais":

- unha "perspectiva ampla e global" (temática e xeográfica),
- "a longo prazo" que teña en conta o principio de cautela;

²³ Sobre o proceso de desenvolvemento da estratexia de XIZC na Unión Europea cfr. SANZ LARRUGA, F. J.: "La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral", en *Noticias de la Unión Europea*, nº 217 (2003) Ano XIX, pp. 117-131. Máis recentemente o traballo do mesmo autor: "La Unión Europea y la estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras", en SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza e Observatorio do litoral da Universidade da Coruña, A Coruña, 2009, pp. 29-54.

²⁴ Para obter información sobre esta iniciativa de XIZC na Unión Europea pode consultarse a páxina web: <http://ec.europa.eu/environment/iczm/home.htm> (consultada o 20 de xuño de 2011).

- "unha xestión modulada nun proceso gradual"; unha "sólida base científica";
- "solucións específicas e medidas flexibles";
- un "traballo en sintonía cos procesos naturais e que respecte a capacidade de carga dos ecosistemas";
- a "participación de todas as partes interesadas";
- o "apoio e a participación de todas as instancias administrativas competentes a escala nacional, rexional e local"; e
- "o recurso a unha combinación de instrumentos".

Como paso previo á elaboración das citadas "estratexias nacionais" de XIZC, os Estados membros debían crear uns "inventarios nacionais" cuxo obxectivo é "determinar os principais axentes, as normas e as institucións que inflúen na xestión das zonas costeiras" e cuxos criterios deberían abordar os seguintes aspectos:

- "Ter en conta diferentes sectores e ámbitos" relacionados co litoral (pesca e acuicultura, transportes, enerxía, xestión de recursos, protección de especies e hábitats, patrimonio cultural, emprego, desenvolvemento rexional tanto en zonas rurais coma urbanas, turismo e ocio, industria e minas, xestión dos residuos, agricultura e educación),
- "abarcar todos os niveis administrativos",
- "analizar os intereses, cometido e preocupacións dos cidadáns, as organizacións non gobernamentais e o sector empresarial",
- "determinar as organizacións e estruturas de cooperación interrexionais pertinentes", e
- "consignar as políticas e medidas legislativas aplicables".

Con posterioridade, o Informe da Comisión ao Parlamento e a Consello sobre "a avaliación da xestión integrada das zonas costeiras en Europa" (COM(2007) 308 final, de 7 de xuño de 2007) puxo de manifesto a súa importancia para a futura política mariña da Unión Europea, a súa utilidade para tratar os problemas de degradación ambiental das zonas costeiras (entre outros, os efectos do cambio climático) e, en definitiva, a validez da Recomendación 2002/413/CE para a aplicación das estratexias nacionais de XIZC.

2.4. A FRUSTRADA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE GESTIÓN INTEGRADA DE ZONAS COSTERAS²⁵

En resposta aos requirimentos do Capítulo VI da Recomendación 2002/413/CE do Parlamento Europeo e do Consello, o Goberno español —a través da Dirección Xeral de Costas (dependente do Ministerio de Medio Ambiente)— fixo público, a finais de 2005, un documento que contén a *Estrategia Española de Gestión Integrada de Zonas Costeras*. Esta estratexia —que se propón como obxectivos estratéxicos o desenvolvemento sustentable e a adopción do modelo de XIZC— proxectábase ata o horizonte do ano 2010 e prevía entre outras medidas: a elaboración e aprobación do *Plan Director para la Sostenibilidad de la Costa*; a creación do *Observatorio de Sostenibilidad del Litoral Español* que ten por finalidade desenvolver accións de investigación, selección e cálculo de indicadores relativos ao litoral que servirán para a toma de decisións e información pública sobre as zonas costeiras; a promoción de *convenios de colaboración coas comunidades autónomas litorais* para impulsar a xestión integrada das respectivas zonas costeiras do litoral español; a constitución do *Consejo Nacional de la Costa*, que representará un papel consultivo e que pretende integrar a representantes de todos os sectores relacionados coa xestión do litoral; a *compra de terreos nas zonas costeiras* para a súa protección e restauración, co obxectivo de incluílos no dominio público marítimo-terrestre, etc.²⁶

Noutro documento publicado en setembro de 2007 polo Ministerio de Medio Ambiente co título *Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa*, tras destacar a singularidade e variedade dos ecosistemas de confluén na franxa cos-

²⁵ Cfr. os traballos de AGUIRRE i FONT, J. M.: *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner*, Atelier, Barcelona, 2007; SANZ LARRUGA, F.: “La Administración General del Estado y las políticas y estrategias sobre la ordenación y gestión de las costas (1988-2009)”, *El Derecho de Costas (1989-2009)*, Dir. SÁNCHEZ GOYANES, Editorial La Ley, Madrid, pp. 1359-1420; e CARLÓN RUIZ, M.: “La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (Parte primera)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, nº 20 (2009), pp. 53-72.

²⁶ A estratexia española determinaba un período temporal de oito anos (2002-2010) que incluía:

- 1^a.- a fase de “*preparación*” dos anos 2002 a 2005, iniciada coa celebración —durante o mandato español na Presidencia do Consello Europeo no primeiro semestre de 2002— a mediados do mes de abril de 2002, no municipio de Villajoyosa (Alacante, España) do *I Foro Europeo sobre Xestión Integrada das Zonas Costeiras*. Despois desta reunión seguíronlle varios actos públicos e reunións relacionados coa Recomendación 2002/413/CE;
- 2^a.- a fase de “*planificación y organización*” (2006-2007), na que debería elaborarse o Plan Director para la Sostenibilidad de la Costa, a sinatura dos convenios coas comunidades autónomas litorais para a colaborar na XIZC e a creación e constitución dos órganos públicos do Consejo Nacional de la Costa e o Observatorio de Sostenibilidad del Litoral Español.
- 3^a.- a fase de “*execución y revisión*” (2008-2010), sobre a posta en marcha das accións e instrumentos dirixidos a conseguir os obxectivos da Estratexia.

teira, defínense varios "retos e desafíos": frear a ocupación masiva da costa; recuperar a funcionalidade física e natural do litoral; mitigar os efectos do cambio climático; e cambiar o modelo de xestión da costa²⁷.

Pero o certo é que, ao día de hoxe (mediados do ano 2011), desde a reordenación do Ministerio de Medio Ambiente a mediados de 2008 coa integración no mesmo do "Medio Rural e Mariño" tales estratexias non se aplicaron, agás algunhas medidas concretas (como os convenios de colaboración, compra de terreos no litoral, etc.)²⁸.

2.5. AS INICIATIVAS E EXPERIENCIAS SOBRE ORDENACIÓN DO LITORAL DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS²⁹

En virtude das competencias recoñecidas sobre "ordenación do territorio e do *litora*" —nos Estatutos de autonomía primeiro, e, na propia Lei de costas de 1988, despois (cfr. o seu art. 114)— á meirande parte das comunidades autónomas marítimas, son moitas as iniciativas que, relacionadas coa XIZC, se desenvolveron nesas comunidades desde primeiros dos anos noventa do pasado século. A primeira actuación autonómica que propiamente aborda a

²⁷ Esta Estratexia debía iniciarse coa elaboración dun documento en que se recollese "el diagnóstico preliminar de la costa y un avance de las propuestas de actuación", realizado coa colaboración e participación das Administracións Públicas, expertos, cidadanía, etc. Así mesmo determinábase que no ámbito espacial da Estratexia —seguindo a delimitación das demarcacións hidrográficas da Directiva Marco da Auga— distinguíranse: o litoral mediterráneo,unca atlántica, Guadiana e Guadalquivir, os dous arquipélagos e "las costas de Galicia" e o Cantábrico. Para esta tarefa o Ministerio de Medio Ambiente promovería a "Comisión para la sostenibilidad de la Costa" —que "estará integrada por los actores principales concernidos"— e creará un "Consejo científico de expertos" cuxa misión será a de apoiar á citada Comisión. Ademais, a Estratexia contemplaba tres fases no seu proceso de elaboración: unha primeira fase de información e participación de todos os actores para alcanzar un consenso suficiente para a integración dos seus respectivos intereses; unha segunda fase sobre o avance e discusión de propostas estratéxicas de actuación por parte das Administracións Públicas concernidas; e unha terceira fase sobre o establecemento definitivo de propostas e alternativas estratéxicas de actuación, e a súa posterior avaliación.

²⁸ Cfr. o apartado específico da páxina web do Ministerio de Medio Ambiente e Medio Rural e Mariño sobre a xestión integrada das zonas costeiras onde desapareceu toda referencia ás devanditas Estratexias: <http://www.marm.es/es/costas/temas/el-litoral-zonas-costeras/default.aspx> (consultado o 20 de xuño de 2011).

²⁹ Sobre esta materia cfr. os traballos contidos no libro colectivo de SANZ LARRUGA, F. J. e GARCÍA PÉREZ, M. (Dir.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, cit. pp. 257 e ss.; SANZ LARRUGA, F. J.: "Estado compuesto e iniciativas y estrategias sobre ordenación y gestión del litoral en las Comunidades Autónomas", *El Derecho de Costas (1989-2009)*, Dir. SÁNCHEZ GOYANES, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 1425-1495; tamén o traballo de CARLÓN RUIZ, M.: "La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (Parte segunda)", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, nº 22 (2010), pp. 15-49. Tamén poden consultarse os resultados do Informe do Grupo REGIAL da Universidade de Cádiz: <http://www.uca.es/grupos-inv/HUM117/grupogial/paginas/proyectos/REGIAL/resultadosydescargas> (consultado o 20 de xuño de 2011).

xestión integrada das zonas costeiras son as *Directrices Regionales del Litoral de Andalucía*, aprobadas por Decreto 118/1990, de 17 de abril, formuladas con "la finalidad de servir de marco de referencia para el desarrollo de las políticas sectoriales y el planeamiento urbanístico que sobre dicho ámbito se efectúe, los cuales deberán asegurar la compatibilización del uso y aprovechamiento de las potencialidades del litoral con la preservación y renovación de sus recursos" (art. 1º,1); con todo, a súa aplicación resultou un verdadeiro fracaso. Na actualidade estanse a aprobar plans territoriais específicos como, por exemplo, o "Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral Occidental de Huelva" (Decreto 130/2006). Ademais, cómpre destacar que se iniciou nesta comunidade autónoma o proceso de elaboración da *Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de Zonas Costeras*, pero non seguiu o programa de aplicación previsto³⁰.

Outra das normas pioneiras nesta materia son as *Directrices Subregionales de Ordenación del Territorio para la Franja Costera del Principado de Asturias* aprobadas —en desenvolvemento da Lei 1/1987 de Coordinación y Ordenación Territorial del Principado de Asturias— polo Decreto 107/1993, de 16 de decembro, e que en maio de 2005 acabaron cristalizando no *Plan Territorial Especial de Ordenación del Litoral de Asturias* (POLA). Igualmente, os *Planes de Ordenación del Litoral* de la Comunidad Autónoma de Baleares, aprobados polo Decreto 72/1994, de 26 de maio —que parte dunha concepción ampla e flexible do litoral— foron outro bo exemplo dos primeiros e máis específicos instrumentos de ordenación do litoral³¹.

Desde primeiros do século XXI viñéronse sucedendo novos instrumentos de ordenación das zonas costeiras. Así, as *Directrices de Ordenación General* e as *Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias*, incorporadas á Lei 19/2003, de 14 de abril, nas que a ordenación do litoral aparece vinculada coa ordenación turística e territorial, aínda que tales directrices aínda non foron aprobadas. Pola súa banda, a Comunidade de Murcia introduciu nas súas Normas Reguladoras del Suelo —aprobadas pola Lei 1/2001 reformada con posterioridade, en 2005— a figura dos "*Planes de Ordenación del Litoral*" que tampouco foron aprobados. No caso de Cantabria, tras moita conflitividade política, o Parlamento da Comunidade Autónoma aprobou, en setembro de 2004, o *Plan*

³⁰ Sobre o caso da Comunidade Autónoma andaluza e as súas iniciativas de xestión de zonas costeiras cfr. as monografías citadas de BARRAGÁN MUÑOZ.

³¹ Para o caso das Illas Baleares —e desde unha perspectiva de ordenación turística— cfr. o traballo pioneiro de SOCÍAS CAMACHO, J. M.: *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Universidad Carlos III, Instituto Pascual Madoz, BOE, Madrid, 2001.

de *Ordenación del Litoral* (POL) —previsto pola Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria— que foi recorrido por algúns municipios cántabros ante o Tribunal Constitucional, pendente de resolución.

Con posterioridade, outras comunidades autónomas litorais publicaron os seus plans de ordenación do litoral. É o caso de Cataluña co seu *Plan Estratégico para la Gestión Integrada de las Zonas Costeras de Cataluña* (elaborado polo Departamento de Medio Ambiente e Vivenda da Generalitat de Catalunya, e publicado en xullo de 2004) que non foi aplicado e, con todo, foron aprobados os “Planes directores urbanísticos del Sistema Costero” de 2005 como intento para frear a urbanización do litoral. Polo que se refire ao País Vasco, aprobouse en virtude do Decreto 43/2007 do Goberno Vasco, o *Plan Sectorial Territorial de Protección y Ordenación del Litoral del País Vasco*. E finalmente, no caso da Comunidade Valenciana, sobre a base da Ley 4/2004 de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, está a piques de aprobarse o “Plan de acción territorial del litoral de la Comunidad Valenciana”.

Deste apertado resumo cómpre destacar que todas as comunidades autónomas con maior ou menor acerto, desde unha perspectiva de ordenación do territorio ou urbanística, antes ou despois, apostaron pola aprobación de instrumentos de ordenación do litoral³². Isto significa que, como imos ver, a Comunidade Autónoma de Galicia foi a última en poñer en marcha a elaboración e aprobación dun instrumento similar.

3. CARA Á ORDENACIÓN INTEGRADA E SUSTENTABLE DO LITORAL DE GALICIA

3.1. A PREVISIÓN ESTATUTARIA SOBRE ORDENACIÓN DO LITORAL

O marco normativo galego que necesariamente debe terse en conta para desenvolver unha política de xestión do seu litoral ten a súa norma esencial no Estatuto de autonomía, aprobado por Lei orgánica 1/1981, de 6 de abril³³. Nesta norma fundamental do ordenamento xurídico galego interézanos especialmente a referencia ás competencias que lles atribúe aos poderes públicos

³² Segundo a opinión —moi crítica— de CARLÓN RUIZ “las Comunidades Autónomas costeras han ejercido de forma modesta las competencias para la ordenación del litoral que varias de ellas invocaron ante el Tribunal Constitucional para impugnar precisamente, la LC y el Reglamento aprobado para su desarrollo” (“La ordenación del litoral y su entrecruzamiento...” Parte Segunda, cit. e loc. cit., p. 49).

³³ BOE nº 101, de 28 de abril de 1981.

no que afecta máis directamente ao litoral. No seu Título II, relativo ás competencias de Galicia, pódense identificar, de acordo co grao de alcance do seu contido, as seguintes materias:

- 1º.- dentro das competencias exclusivas da Comunidade Autónoma (art. 27):
 - "ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda" (27,3)
 - "*portos (...) non cualificados de interese xeral polo Estado e os portos de refuxio e portos (...) deportivos*" (27,9)
 - "*a pesca nas rías e demais augas interiores, o marisqueo, a acuicultura, (...)*" (27,15)
 - "Confrarías de pescadores, (...), sen prexuízo do que dispón o artigo 149 da Constitución" (27,29)
 - "Normas adicionais de protección *do medio ambiente e da paisaxe* nos termos do artigo 149,1,23º" (da CE) (27,30)
- 2º.- dentro das competencias de desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado (art. 28):
 - "ordenación do sector pesqueiro" (28,5)
 - "portos pesqueiros" (28,6)
- 3º.- dentro das competencias de execución da lexislación do Estado (art. 29):
 - "salvamento marítimo" (29,3)
 - "vertidos industriais e contaminantes nas augas territoriais do Estado correspondentes ó litoral galego" (29,4)

Dos títulos competenciais sinalados cómpre destacar aos efectos deste traballo a competencia da Comunidade Autónoma de Galicia para a "ordenación do litoral". Unha competencia que aínda que expresada como "exclusiva" debe ter en conta as competencias que sobre o dominio público marítimo e marítimo-terrestre ten o Estado (art. 132 da CE) como xa tivemos ocasión de analizar. Como no caso doutras comunidades autónomas costeiras, o devandito título competencial sobre "ordenación do litoral" estaba estatutariamente recoñecido pero tardaría moito en facerse valer salvo no previsto pola Lei de costas.

3.2. A ORDENACIÓN DO LITORAL NA LEI 10/1995 DE ORDENACIÓN DO TERRITORIO DE GALICIA

Aínda moito antes de que se concretase o instrumento específico para ordenación do litoral de Galicia (o cal non se produciría explicitamente ata o ano 2002) non cabía dúbida ningunha de que, xunto aos relativos á protec-

ción ambiental e á ordenación urbanística, a súa plasmación debía atoparse nalgún dos previstos pola lexislación sobre ordenación do territorio e, particularmente, na Lei 10/1995, de 23 de novembro, de *ordenación do territorio de Galicia*³⁴ (en diante, LOTG). En efecto, esta Lei vén desenvolver a competencia exclusiva que, de acordo co disposto nos artigos 148.1.3 da Constitución española e 27.3 do Estatuto de autonomía de Galicia, corresponde á Comunidade Autónoma galega en materia de "*ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda*".

Como sinala a súa exposición de motivos, a LOTG pretende resolver unha serie de problemas que veu padecendo ata o momento na súa política territorial e das actuacións das distintas Administracións Públicas: "... a acumulación de iniciativas carentes dun claro sentido territorial, que permitise acadar unha distribución espacial de actividades capaces de aproveitar as potencialidades propias de cada zona (...) A falta endémica dunha visión integradora e combinada da actuación administrativa...". E a continuación, destacaba a necesidade de aplicar unha política integradora, cuxa tarefa encomendáalle á ordenación do territorio: "Á ordenación do territorio, pola forza mesma dos principios de que trae causa, correspóndenlle o papel *integrador das distintas perspectivas* e a consecución dunha visión superadora da parcialidade inherente a estas, determinando o seu carácter organizador das funcións sectoriais, presidido pola *idea central do principio de coordinación* (...) esixe a articulación dos procesos de decisión nun dobre sentido: *asegurando a necesaria integración das políticas sectoriais no seo de cada instancia territorial e establecendo os eixes de interconexión das distintas instancias territoriais entre si*". Resulta meridiano que se está a reclamar unha política integrada da ordenación territorial.

E como finalidade primordial, a LOTG propónse, no seu artigo 1º: "... establece-los obxectivos fundamentais e crea-los instrumentos necesarios para a coordinación da política territorial e a ordenación do espazo da Comunidade Autónoma de Galicia, co obxecto de *favorece-la utilización racional do territorio galego e protexe-lo medio natural, mellora-la calidade de vida e contribuír ó equilibrio territorial*." Polo tanto, canda a ordenación integrada o seu obxectivo da sustentabilidade ambiental.

Este obxectivo fundamental preséntase particularmente propicio para instrumentar xuridicamente a ordenación integral do litoral de Galicia, ao que a LOTG só se refire expresamente á hora de concretar os obxectivos xerais. Efec-

³⁴ DOG nº 233, de 5 de decembro de 1995.

tivamente, o artigo 3º, c) sinala entre estes, a:

"Compatibilización do proceso de desenvolvemento do sistema productivo, da urbanización e da ordenación turística coa racional utilización dos recursos naturais, *sobre todo no referente ó litoral*, ós recursos hidráulicos e á paisaxe."

Sexa como for, esta referencia expresa ao litoral dentro da ordenación do territorio non a atopamos nos instrumentos específicos que a Lei prevé para tales obxectivos. No tocante aos concretos instrumentos de ordenación do territorio, a LOTG contempla cinco tipos:

- 1º.- *Directrices de ordenación do territorio.*
- 2º.- *Plans territoriais integrados.*
- 3º.- *Programas coordinados de actuación.*
- 4º.- *Plans e proxectos sectoriais*³⁵.
- 5º.- *Plans de ordenación do medio físico.*

Ademais estes instrumentos preséntanse como "complementarios e non excluíntes" dos previstos pola lexislación urbanística (cfr. art. 5º LOTG).

Polo que se refire ás "*Directrices de ordenación do territorio*" (cfr. arts. 6 a 11 da LOTG), estas constitúen o instrumento principal mediante o cal debe deseñarse a ordenación do territorio de Galicia, establecendo as pautas espaciais de asentamento das actividades de acordo coas políticas sociais, económicas e culturais emanadas da Comunidade Autónoma. Preséntase cunha clara pretensión integradora de todas as políticas sectoriais que inciden sobre o territorio, cunha ampla perspectiva que afecta aos plans, programas e accións desenvolvidas por todas as Administracións públicas radicadas en Galicia (a Administración autonómica e as Administracións locais), e cunha marcada finalidade de coordinación. Ademais, a súa formulación proxéctase tanto sobre as actuacións públicas coma privadas.

Dado o extenso ámbito de aplicación deste instrumento e a súa orientación holística sobre todas aquelas accións que afectan ao territorio, as "*Directrices*" ofrecen un mecanismo de ordenación de grande importancia para a política de xestión integrada do litoral. Neste sentido, a relación terra-mar que, como vimos, resulta imprescindible para esta finalidade, pódese articular adecuadamente mediante este instrumento. Efectivamente, repasando os contidos que deben ter as *Directrices* atopamos moitas determinacións que poden achegar

³⁵ Este tipo de plans foron desenvolvidos polo Decreto 80/2000, de 23 de marzo.

elementos de ordenación moi valiosos. Así, por exemplo:

- a formulación dun diagnóstico dos problemas existentes en relación cos asentamentos urbanos e produtivos, co medio físico e os recursos naturais e coas previsibles pautas de desenvolvemento territorial (cfr. art. 7,1,a) LOTG); uns asentamentos que cada vez son máis importantes na franxa litoral de Galicia e que fan presión sobre o sensible medio físico costeiro;
- a delimitación de áreas de protección que deben quedar subtraídas ao desenvolvemento de actividades urbanas, co fin de ser destinadas á preservación ou explotación dos recursos naturais (cfr. art. 7,1,f) LOTG); pensemos nas rías galegas ou nas zonas húmidas sobre as que existe un réxime de protección especial;
- a determinación dos criterios e condicións ás que deben someterse as propostas de desenvolvemento urbano, industrial, agrícola, etc., en función das dispoñibilidades de recursos enerxéticos, hidráulicos ou de saneamento (cfr. art. 7,1,i) LOTG); basta sinalar aquí os problemas derivados dos vertidos industriais e de augas residuais das cidades costeiras de Galicia.

En canto ao procedemento de formulación e aprobación das "Directrices", previsto no art. 10 da LOTG, permite facer valer o criterio de participación de todos os actores —públicos e privados— implicados na ordenación territorial. Así, correspóndelle ao Goberno da Xunta de Galicia acordar a iniciación do procedemento de elaboración; á Consellería de Política Territorial, a dirección e preparación do *avance de Directrices*; prevese a participación doutras consellerías con competencias de proxección territorial e as Administracións locais; mesmo se abre á participación doutras entidades públicas e privadas para que presenten cantas observacións, propostas e alternativas estimen oportunas. Logo da súa aprobación inicial vólvese abrir outro prazo para a audiencia das devanditas entidades. Posteriormente, o Goberno da Xunta dá traslado das Directrices ao Parlamento de Galicia, de acordo co previsto no seu Regulamento (para a tramitación específica de plans e programas). Por fin, apróbase, no seu caso, por Decreto da Xunta de Galicia. Así mesmo deberase determinar o procedemento que regule o seguimento e, se é preciso, a súa posta ao día.

En definitiva, as Directrices de ordenación do territorio de Galicia constitúen un instrumento de grande interese para, entre outros obxectivos, proceder ao deseño dunha xestión do litoral en toda a Comunidade Autónoma. Os principios de integración, coordinación e participación, verdadeiras liñas mes-

tras da xestión integrada da costa, teñen nelas un potencial encaixe.

O segundo nivel da ordenación do territorio en Galicia atribúese aos "*Plans territoriais integrados*", que en desenvolvemento daquelas Directrices están dirixidos á "organización de áreas xeográficas supramunicipais de características homoxéneas" (cfr. art. 12 LOTG). O ámbito territorial que están chamados a cubrir estes plans semella ser o de áreas metropolitanas ou comarcais. En todo caso, sobre aquelas zonas que precisen dunha planificación infraestrutural, de equipamento ou recursos, de carácter integrado. Desde a perspectiva que orienta este traballo, ben podería aplicarse esta figura de planificación territorial sobre as dúas áreas de configuración metropolitana e situación costeira como son as conurbacións de Vigo e A Coruña, ou tamén sobre os asentamentos existentes nas diferentes rías galegas. Igualmente, no seu procedemento de elaboración (regulado no art. 15 LOTG) cuxo protagonismo corresponde ao Goberno da Xunta —no tocante á súa iniciación e á súa aprobación definitiva— prevese a participación das entidades locais afectadas e a apertura dun trámite de información pública por un período de dous meses.

3.3. AS REFERENCIAS AO LITORAL NA LEI DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA E DE PROTECCIÓN DO MEDIO RURAL DE GALICIA DE 2002. A PREVISIÓN DO "PLAN SECTORIAL DE ORDENACIÓN DO LITORAL"³⁶

Como xa adiantamos outra técnica que adquire suma importancia na xestión integrada do litoral é o urbanismo ou os sistemas de planificación dos usos do solo. De feito, nalgúns países (Francia, por exemplo) o sistema de planificación é o mecanismo principal de xestión e protección na costa. Con todo, o seu alcance é máis limitado que o pretendido pola ordenación do territorio e moitas veces adoce de falta de flexibilidade. Os tipos de planificación dos usos do solo que apoian mellor a xestión integrada das zonas costeiras seguen algúns principios:

- as autoridades responsables da planificación necesitan un mandato para executar os plans e conceder autorizacións;
- á hora de tomar unha decisión é preciso ter en conta o contexto máis amplo e debe introducirse coherencia no sistema para evitar efectos acumulativos non desexados de moitas decisións menores. Neste sentido, a avaliación de impacto debe ser o máis ampla e exhaustiva posible.

Por outra banda, necesítanse mecanismos para garantir o cumprimento dos requisitos da autorización e no proceso de planificación deben introducirse as

³⁶ Cfr. *in totum* a monografía de FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *Dereito Urbanístico de Galicia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003. E máis recentemente, MEILÁN GIL, J.L. (Dir.): *Comentarios á Lei de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Rural de Galicia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

máis amplas oportunidades de consulta ou participación. Ademais, debe establecerse unha coordinación estreita entre a planificación dos usos do solo e as administracións sectoriais.

Polo que se refire á lexislación urbanística de Galicia a *Lei 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural*³⁷ (en diante, LOUPMR) tratou de incorporar os profundos efectos que a aprobación da Lei estatal 6/1998 deixara na lexislación urbanística sobre urbanismo e solo. Desta forma, a Comunidade Autónoma de Galicia —no exercicio das súas competencias (art. 27,3 EAG) e co respecto dalgúns dos contidos básicos do Texto Refundido estatal—, viña establecer un completo marco xurídico do réxime urbanístico de Galicia, nos seus diferentes aspectos (planificación, réxime do solo, distribución de cargas e beneficios, execución do planeamento, disciplina urbanística, etc.). Dela imos extraer unicamente as determinacións legais que afectan ás cuestións ambientais e que, polo tanto, poden proxectarse sobre unha xestión sustentable do litoral galego.

No Preámbulo da Lei explícase a orixe da reforma da lexislación urbanística de Galicia: trátase dun *Acordo Marco* para a reforma do urbanismo de Galicia de 27 de xullo de 2001, entre o conselleiro de Política Territorial, os alcaldes de varios municipios de Galicia e a Federación Galega de Provincias e Municipios, coa finalidade dobremente especificada no seu apartado I:

"contribuír ó desenvolvemento harmónico do territorio, *preserva-lo* patrimonio arquitectónico de Galicia, o medio *ambiente urbano e rural* e conseguir unha *ciudades máis habitables e sostibles* (...) A finalidade esencial da Lei debe ser mellorar substancialmente a calidade da ordenación urbanística de Galicia cara a favorece-lo *desenvolvemento equilibrado e sostible do territorio*, contribuír a eleva-la calidade de vida e a cohesión social da poboación, protexer e potencia-lo patrimonio natural e cultural e garanti-lo dereito constitucional a desfrutar dunha vivenda digna".

Así mesmo no apartado II do Preámbulo destácase a vital importancia do litoral en Galicia e as *bases de sustentabilidade* que debe rexer o proceso de planificación urbanística de Galicia. En efecto, declárase o seguinte:

"Galicia conta (...) cunha arquitectura rural de excepción e cun *territorio de incalculable valor paisaxístico*, cunhas terras eminentemente fértiles e con vocación agrícola, gandeira e forestal, e *cun litoral de extraordinario valor económico, ambiental, histórico e cultural*. Sen embargo, a anarquía

³⁷ DOG nº 252, de 31 de decembro de 2002.

de construcións e usos que está proliferando nos últimos anos, a deterioración das edificacións, a falta de conclusión de moitas delas e a *degradación da paisaxe*, provocada polos moitos movementos de terra inadecuados e o desenvolvemento tecnolóxico aplicado, moitas veces, de forma incontrolada ó medio rural, xustifican esta lei que trata de harmonizar o desenvolvemento e *benestar do mundo rural coa preservación e revitalización dos bens culturais e naturais tan prezados e fonte de recursos e patrimonio que se deben conservar para legarllelos ás xeracións futuras deste país*³⁸.

Tomando como marco de referencia o último *Programa de Acción Ambiental da Unión Europea* afírmase:

"o Sexto programa comunitario en materia de medio ambiente 'Medio ambiente 2010: o futuro nas nosas mans' establece como un dos seus cinco eixes prioritarios de acción estratéxica *ter en conta o medio ambiente na xestión e ordenación do territorio mediante a difusión e o fomento das mellores prácticas relativas á planificación sostible*. Así mesmo, no ámbito de acción prioritario relativo á biodiversidade, propón a protección, conservación e restauración dos solos e as paisaxes, o desenvolvemento sostible dos bosques e *a protección e restauración do litoral*, a importancia e fragilidade do cal determinou que o Consello invitase os estados membros a redobrar *os esforzos encamiñados á protección das zonas costeiras*, así como ao establecemento da estratexia para a súa xestión e ordenación integrada baseada na súa perdurabilidade e sostibilidade".

En canto ao propio texto normativo chama a atención a integración dos fins e valores ambientais e culturais na actividade urbanística que se manifesta no art. 4º:

- "d) *Preserva-lo medio físico*, os valores tradicionais, os sinais de identidade e a memoria histórica de Galicia (...)
- e) *Harmoniza-las esixencias de ordenación e conservación dos recursos naturais e da paisaxe rural e urbana* co mantemento, diversificación e desenvolvemento sostible do territorio e da súa poboación, para contribuír a eleva-la calidade de vida e a cohesión social da poboación (...)"³⁹.

Ao regular a clasificación do solo —no Capítulo 2º do Título I— leva a cabo

³⁸ A cursiva é do autor.

³⁹ A cursiva é do autor.

unha das reformas máis significativas en relación co obxecto central deste traballo; trátase da determinación recolleita no art. 13º sobre o "*solo de núcleo rural*" —que orixinou certo rebumbio nos municipios costeiros de Galicia— dispoñendo no último parágrafo do seu número 3:

*"Os núcleos rurais situados na franxa de 200 metros desde o límite interior da ribeira do mar non poderán ser ampliados en dirección ó mar agás nos casos excepcionais nos que o Consello da Xunta o autorice expresamente, pola especial configuración da zona costeira onde se atopen ou por motivos xustificadas de interese público, xustificando a necesidade da iniciativa, a oportunidade e a súa conveniencia en relación co interese xeral"*⁴⁰.

Trátase dun precepto no que, aínda que se parte da boa vontade de protexer o litoral de Galicia aplicando de xeito maximalista a marxe de manobra prevista na LC, as excepcións que prevé obrigarán a esperar cales son os concretos criterios aplicativos. Doutra parte, ao regular o réxime do "*solo rústico*" coa finalidade de "ser preservados dos procesos de desenvolvemento urbanístico" especifica no art. 15º os supostos protexidos, entre outros:

"a) Os terreos sometidos a un *réxime específico de protección incompatible coa súa urbanización*, de conformidade coa lexislación de ordenación do territorio ou coa *normativa reguladora do dominio público, as costas, o medio ambiente, o patrimonio cultural, as infraestructuras e doutros sectores que xustifiquen a necesidade de protección*".

Dentro da mesma categoría de "*solo rústico*"⁴¹ distínguense varias categorías entre as que se atopa a do "*solo rústico especialmente protexido*", "constituído polos terreos que polos seus valores agrícolas, gandeiros, forestais, ambientais, científicos, naturais, paisaxísticos, culturais, suxeitos a limitacións ou servidumes para a protección do dominio público ou doutra índole deban estar sometidos a algún réxime especial de protección incompatible coa súa transformación, de acordo co disposto neste apartado" (art. 32, 2), que, pola súa vez prevé varias categorías e, entre outras, a seguinte:

"e) *Solo rústico de protección de costas*, constituído polos *terreos, situados fóra dos núcleos rurais e do solo urbano, que se atopen a unha distancia inferior a 200 metros do límite interior da ribeira do mar*. Excepcional-

⁴⁰ A cursiva é do autor.

⁴¹ Cfr. a Circular 2/2003, de 31 de xullo, da Consellería de Política Territorial, sobre réxime de autorizacións en solo rústico (DOG nº 150, de 5 de agosto).

mente, logo do informe favorable da Comisión Superior de Urbanismo de Galicia, o plan xeral de ordenación municipal poderá reducir por razóns cumpridamente xustificadas a franxa de protección ata os 100 metros contados desde o límite interior da ribeira do mar".

- g) *Solo rústico de protección de interese paisaxístico*, constituído polos terreos lindantes coas estradas e demais vías públicas, exteriores ós núcleos rurais e ó solo urbano, que ofrezan *vistas panorámicas do territorio, do mar*, do curso dos ríos ou dos vales, dos monumentos ou edificacións de singular valor, así como os accesos a fitos paisaxísticos significativos e os propios fitos".

Ao establecer as "condicións de uso" destas categorías de solo rústico o art. 39º da LOUPMRG, sobre "*solos rústicos de protección das augas, das costas e de interese paisaxístico*" dispón o seguinte:

"O réxime xeral dos solos rústicos de protección das augas, das costas e de interese paisaxístico, *sen prexuízo do establecido na súa lexislación reguladora en materia de augas e costas*, ten por obxecto *preserva-lo dominio público* hidráulico e *marítimo e o seu contorno*, así como os espazos de interese paisaxístico, quedando suxeitos ó seguinte réxime:

1. *Usos permitidos por licenzia municipal*: os relacionados no apartado 1, letras b) e c)⁴², e no apartado 2, letra i)⁴³, do artigo 33 desta lei.
2. *Usos autorizables pola Comunidade Autónoma*: os relacionados no apartado 1, letra a)⁴⁴, e no apartado 2, letras e) e f)⁴⁵, do artigo 33 desta lei, sempre que estean vinculados á conservación, utilización e desfrute do

⁴² Trátase de:

- b) Actividades de lecer, tales como práctica de deportes organizados, acampada dun día e actividades comerciais ambulantes.
- c) Actividades científicas, escolares e divulgativas.

⁴³ Trátase dun "Cerramento ou valado de predios con elementos opacos ou de fábrica, cunha altura máxima de 1,5 metros e o resto das características determinadas polo planeamento municipal".

⁴⁴ É dicir, "Accións sobre o solo ou subsolo que impliquen movementos de terra, tales como dragaxes, defensa de ríos e rectificación de leitos, abancalamientos, desmontes, recheos e outras análogas".

⁴⁵ Polo tanto:

- e) Construcións e rehabilitacións destinadas ó turismo rural e que sexan potenciadoras do medio onde se localicen.
- f) As infraestruturas e obras públicas en xeral, tales como os centros e as redes de abastecemento de auga; os centros de produción, servizo, transporte e abastecemento de enerxía eléctrica e gas; as redes de saneamento, estacións de depuración e os sistemas vinculados á reutilización de augas residuais; os centros de recollida e tratamento dos residuos sólidos; os ferrocarrís, portos e aeroportos; as telecomunicacións; e, en xeral, tódalas que resulten así cualificadas en virtude da lexislación específica, dos instrumentos de ordenación territorial ou do planeamento urbanístico.

dominio público e do medio natural, as piscifactorías e instalacións análogas, así como os que se poidan establecer a través dos instrumentos previstos na lexislación de ordenación do territorio.

3. *Usos prohibidos*: Tódolos demais, especialmente os usos residenciais e industriais”.

Polo que se refire ao “Planeamento Urbanístico” —regulado no Título II— declárase a vinculación xerárquica dos plans de ordenación urbanística “ás determinacións das directrices de ordenación do territorio e ós demais instrumentos establecidos pola LOTG” (art. 45, 2). Nas determinacións da documentación que debe achegarse á conformación do “Plan xeral de ordenación municipal” (cfr. arts. 52 a 61), contéplase a relativa ao “estudio de sostibilidade ambiental, impacto territorial e paisaxístico” (art. 61, 4) que:

“O estudio *de sostibilidade ambiental, impacto territorial e paisaxístico* terá por obxecto a análise e ponderación dos efectos da execución e desenvolvemento das determinacións do plan xeral sobre os recursos naturais e o medio físico, a adopción das medidas correctoras necesarias para minimizar os seus impactos e a valoración da adecuación das infraestruturas e servizos necesarios para garantir os novos desenvolvementos en condicións de calidade e sostibilidade ambiental, así como a súa coherencia cos obxectivos de protección do dominio público natural”⁴⁶.

Tamén ten grande interese a previsión que se contén no apartado da planificación a través dos “*plans especiais de protección*” do art. 69º, que establece: “1. Os plans especiais de protección teñen por obxecto preservar o medio ambiente, as augas continentais, o litoral costeiro, os espazos naturais, as áreas forestais, os espazos productivos, as vías de comunicación, as paisaxes de interese, o patrimonio cultural e outros valores de interese”⁴⁷.

Das “*normas de aplicación directa*” do art. 104 sobre “adaptación ó ambiente” destacamos a do seu apartado b):

“Nos lugares *de paisaxe aberta ou natural, sexa rural ou marítimo*, ou nas perspectivas que ofrezan os conxuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos ou tradicionais e nas inmediacións das estradas ou camiños de traxecto pintoresco, non se permitirá que a situación, masa ou

⁴⁶ A cursiva é do autor.

⁴⁷ A cursiva é do autor. Cfr. o art. 87 sobre a tramitación destes plans especiais de protección.

altura das construcións, muros e cerramentos, ou a instalación doutros elementos, limiten o campo visual para contempla-las belezas naturais, rompan a harmonía da paisaxe, desfiguren a perspectiva propia dela ou limiten ou impidan a contemplación do conxunto."

Finalmente o máis relevante para o obxecto deste traballo é a determinación contida na Disposición Transitoria 8ª da LOUPMRG na que sucintamente se dispoñía que "a Xunta remitiralle ó Parlamento no prazo de dous anos desde a entrada en vigor desta lei o Plan *sectorial de ordenación do litoral onde se recollerán as condicións específicas deste ámbito territorial*". Tratouse no seu momento, sen dúbida, dunha gran noticia para os que defendemos a necesidade da xestión integrada das costas de Galicia, pero a dificultade para elaborar o devandito Plan sectorial —que máis que "sectorial", debería ser "integral" como se recoñeceu máis adiante— está en que nin a LOTG nin a presente Lei facilitan as mínimas determinacións que debe comprender aquel. E de feito, o prazo dos dous anos incumpríuse.

En definitiva, pensamos que con todas estas determinacións que ofrece a LOUPMRG cun expreso obxectivo de abordar os problemas do medio natural en Galicia —e derivadamente, os do litoral— podería darse un considerable avance, sempre, está claro, que as Administracións urbanísticas competentes tivesen unha firme vontade de aplicala.

3.4. O RELANZAMENTO DO PLAN DE ORDENACIÓN DO LITORAL POLA LEI 6/2007 DE MEDIDAS URXENTES EN MATERIA DE ORDENACIÓN DO TERRITORIO E DO LITORAL⁴⁸.

Co cambio de executivo da Xunta de Galicia, logo das eleccións autonómicas de 2006, o presidente da Xunta manifestou publicamente que a ordenación do litoral constituía unha prioridade do seu Goberno. A nova Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes comezou a incrementar o seu control sobre certos municipios con desenvolvementos urbanísticos desproporcionados e promoveu a suspensión das facultades urbanísticas nalgúns deles⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. o traballo de RODRIGUEZ-CAMPOS, S.: "Sobre la necesidad de ordenar y proteger el litoral de Galicia: reflexiones al hilo de la nueva Ley de medidas urgentes", en *Revista de Urbanismo y Edificación*, nº 17 (2008), pp. 71-84.

⁴⁹ Cfr. por exemplo o Decreto 15/2007, do 1 de febreiro, polo que se suspende a vixencia das normas subsidiarias de planeamento municipal de Barreiros e se aproba a ordenación urbanística provisional ata a entrada en vigor do novo planeamento.

Pero o fito máis significativo desta nova política de protección de litoral plasmouse na *Lei 6/2007, de 11 de maio, de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e do litoral de Galicia*. O seu Preámbulo comeza xustificando as medidas que contén no "constante crecemento urbano" que están a experimentar algúns municipios do litoral de Galicia e que resulta moi daniño para o seu desenvolvemento equilibrado e sustentable:

"Este modo de ocupación do territorio non é compatible co desenvolvemento equilibrado e sostible de Galicia e causa graves prexuízos económicos, sociais e ambientais, como son, entre outros, a ineficiencia económica polos elevados custos enerxéticos, de construción e mantemento das infraestruturas e de prestación dos servizos públicos; a segregación social e espacial; a contaminación atmosférica e das augas; a perda de espazos de cultivo e da biodiversidade; a degradación da paisaxe e do patrimonio cultural, e a perda da identidade territorial".

Tras destacar a necesidade de levar a cabo —de acordo cos criterios recolectados en varios documentos da Unión Europea (como a "Estratexia Territorial Europea")— un adecuado modelo de desenvolvemento urbano e ocupación do territorio, destaca a necesidade de proceder á súa definición conforme aos instrumentos xurídicos dispoñibles no ordenamento propio de Galicia (a Lei 10/1995 de ordenación do territorio e a Lei 9/2002 de ordenación urbanística e protección do medio rural). A falta de aprobación do "Plan sectorial de ordenación do litoral" previsto pola Disposición Transitoria 8ª da Lei 9/2002 e tamén a aprobación de novas normas de protección de espazos de maior valor e fragilidade do litoral (o Decreto 72/2004, de abril, polo que se declaran determinados espazos como zonas de especial protección dos valores naturais —os lugares de interese comunitario integrados na Rede europea Natura 2000 e as zonas de especial protección das aves, entre outros—, e o Decreto 110/2004, de 27 de maio, polo que se regulan os humidais protexidos; ámbitos de protección que afectan a un total de setenta e tres dos oitenta e sete municipios costeiros) son circunstancias que :

"determinan que, transcorrido o prazo legal establecido na disposición transitoria segunda da Lei 9/2002, para a necesaria adaptación dos plans de ordenación urbanística ás súas prescricións, cómpre adoptar con urxencia as medidas necesarias para impedir accións de transformación do solo, ao abeiro de plans obsoletos e desconformes coa lexislación vixente, que resultan contrarias á futura ordenación urbanística dos municipios costeiros adaptada á lexislación urbanística e ambiental e adecuada aos requiri-

mentos de sostibilidade económica, social e ambiental.

Por outro lado, a necesaria protección dos intereses autonómicos ínsitos na franxa do litoral de 500 metros demanda, como xa establecera a disposición transitoria oitava da Lei 9/2002, *elaborar un plan de ordenación do litoral no que se recollan as condicións específicas deste ámbito territorial*".

Polo que se refire á ordenación do litoral a Lei 6/2007 establecía o seguinte:

1º.- "O *Plan sectorial de ordenación do litoral* ao que fai referencia a disposición transitoria oitava da Lei 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, *terá a natureza dun plan territorial integrado* regulado na Lei 10/1995, do 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia, co obxecto de establecer os criterios, os principios e as normas xerais para a ordenación urbanística da zona litoral baseada en criterios de perdurabilidade e sostibilidade, así como a normativa necesaria para garantir a conservación, protección e posta en valor das zonas costeiras" (cfr. art. 2,1). As súas determinacións "serán directamente aplicables e prevalecerán de forma inmediata sobre as do planeamento urbanístico, que deberá ser obxecto de adaptación" (cfr. art. 2,2). E en canto ao seu procedemento de aprobación debe terse en conta a medida de suspensión introducida pola Disposición Adicional 2ª da mesma Lei 6/2007 (cfr. art. 2,3)⁵⁰.

2º.- *A suspensión cautelar, urxente e transitoria de novos desenvolvementos urbanísticos na zona litoral.* En particular, esta suspensión afectaba:

- SUBXECTIVAMENTE, aos municipios costeiros que se relacionaban no Anexo da Lei⁵¹.

⁵⁰ O Artigo 5 bis sobre *Suspensión motivada pola formulación dun instrumento de ordenación do territorio*, establece o seguinte:

"1. Acordada polo Consello da Xunta a iniciación do procedemento de elaboración de calquera instrumento de ordenación do territorio, a persoa titular da consellaría competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio, de forma motivada, *poderá suspender cautelarmente os procedementos de aprobación do planeamento urbanístico, dos instrumentos de xestión ou execución do planeamento e de outorgamento de licenzas para ámbitos ou para usos determinados*, coa finalidade de elaborar o instrumento de que se trate. Esta suspensión haberá de publicarse no "Diario Oficial de Galicia".

2. A suspensión á que se refire o número 1 anterior extingúese coa aprobación definitiva do instrumento de ordenación do territorio que motivou a adopción da medida cautelar de suspensión e, en todo caso, polo transcurso do prazo de dous anos contados desde a data do acordo de suspensión, prorrogable por un ano máis. Extinguidos os efectos da suspensión por aplicación deste artigo, non poderán acordarse novas suspensións no mesmo ámbito e por idéntica finalidade no prazo de catro anos".

⁵¹ En concreto, por provincias:

- **FUNCIONALMENTE**, a "a tramitación e aprobación dos plans especiais de reforma interior, plans parciais, plans de sectorización e instrumentos de equidistribución que teñan por obxecto a transformación urbanística de terreos situados a unha distancia inferior a 500 metros, medidos en proxección horizontal terra a dentro, desde o límite interior da ribeira do mar dos municipios que se relacionan no anexo" (art. 3,1)⁵².
- **OBXECTIVAMENTE**, de acordo cos tipos de solo, segundo o art. 3,2:
 - a) *En todos os municipios costeiros*, nos terreos clasificados como solo urbanizable, apto para urbanizar ou rústico apto para o desenvolvemento urbanístico.
 - b) *Nos municipios costeiros con poboación inferior a 50.000 habitantes*, nos terreos clasificados como solo urbano que, no momento da entrada en vigor desta lei, non reúnan os requisitos establecidos nos artigos 11 e 12.a) en relación co artigo 16.1 da Lei 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (sobre determinacións para a clasificación do solo urbano consolidado), e, en todo caso, nos incluídos en polígonos, unidades de actuación ou de execución.
- **TEMPORALMENTE**, "durante o prazo de dous anos que se contarán desde a entrada en vigor desta lei" nos municipios con planeamento xeral non adaptado á Lei 9/2002, ou "ata a aprobación do Plan de ordenación do litoral ou do Plan xeral de ordenación municipal adaptado integramente á Lei 9/2002" (art. 4,1).

a) Na provincia de Lugo: Trabada, Ribadeo, Barreiros, Foz, Burela, Cervo, Xove, Viveiro e O Viñado.

b) Na provincia da Coruña: Mañón, Ortigueira, Cariño, Cedeira, Valdoviño, Narón, Ferrol, Neda, Fene, Mugarodos, Ares, Cabanas, Pontedeume, Miño, Paderne, Coirós, Betanzos, Bergondo, Sada, Oleiros, Cambre, Culleredo, A Coruña, Arteixo, A Laracha, Carballo, Malpica, Ponteceso, Cabana de Bergantiños, Laxe, Vimianzo, Camariñas, Muxía, Cee, Fisterra, Corcubión, Dumbría, Carnota, Muros, Outes, Noia, Porto do Son, Ribeira, A Pobra do Caramiñal, Boiro, Rianxo, Dodro e Padrón.

c) Na provincia de Pontevedra: Pontecesures, Valga, Catoira, Vilagarcía de Arousa, Vilanova de Arousa, A Illa de Arousa, Cambados, Ribadumia, Meaño, O Grove, Sanxenxo, Poio, Pontevedra, Marín, Bueu, Cangas, Moaña, Vilaboa, Soutomaior, Redondela, Vigo, Nigrán, Baiona, Gondomar, Oia, O Rosal, A Guarda, Tomiño, Tui e Salvaterra de Miño.

Segundo a información da Consellería de Política Territorial, a superficie afectada é só o 13 % do solo urbanizable dos municipios costeiros (unhas 3.000 ha.).

⁵² O art. 4,2 engade que tal suspensión abarca: "A suspensión abrangue a todos os plans especiais de reforma interior, plans parciais e plans de sectorización que, no momento da entrada en vigor desta lei, non estean aprobados definitivamente. Así mesmo, a suspensión abrangue todos os instrumentos de equidistribución do planeamento urbanístico respecto dos que, no momento da entrada en vigor desta lei, transcorrese o prazo establecido no instrumento de planeamento que conteña a ordenación detallada para a súa aprobación definitiva ou xa transcorresen tres anos contados desde a aprobación do antedito plan que se executa".

3º.- Do mesmo xeito que outros instrumentos de ordenación do territorio —e de acordo coa Lei estatal 9/2006, sobre avaliación dos efectos de determinados plans e programas do medio ambiente—, o Plan sectorial de ordenación do litoral será obxecto de "avaliación ambiental estratéxica" (cfr. art. 5,1,a)⁵³.

O 24 de maio de 2007 o Consello da Xunta acordou iniciar o procedemento de elaboración e aprobación do POLGA de acordo cos disposto no art. 2,3 da Lei 6/2007 en relación co art. 15,1º da LOTG (trátase do primeiro fito histórico do POLGA).

En setembro de 2008 a Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes aprobou e fixo público o "documento de inicio" das *Directrices de ordenación do territorio de Galicia* co obxecto de sometelo ao procedemento de avaliación ambiental estratéxica por parte da Consellería de Medio Ambiente e Desenvolvemento Sostible. No devandito documento hai diversas referencias ao litoral como "un ámbito de excelencia territorial" que hai que preservar, un de cuxos elementos básicos son os "núcleos de identidade do litoral". Entre as determinacións das Directrices sobre o litoral, ademais da previsión da aprobación do "Plan de ordenación do litoral" recollíanse as de completar o deslinde do dominio público marítimo-terrestre, a promoción de accións para a súa ampliación, a renovación da fachada litoral nos plans municipais con criterios de calidade e integración do contorno, a creación de itinerarios costeiros, etc.

En febreiro de 2009 enviouse o "documento de inicio" ao órgano ambiental para comunicar o inicio do procedemento de avaliación ambiental estratéxica e, en abril dese mesmo ano, emitíuse o "documento de referencia" por parte do órgano ambiental que ía guiar ao promotor do POLGA no seu proceso de avaliación estratéxica (terceiro fito histórico do POLGA). E aquí quedou parado o proceso de aprobación do POLGA pola celebración das eleccións autonómicas.

4. O PLAN DE ORDENACIÓN DO LITORAL DE 2011

4.1. FITOS FUNDAMENTAIS NA TRAMITACIÓN DO POLGA

O novo Goberno do PP triunfante nas eleccións autonómicas de abril de 2009 tamén se propuxo como prioridade política a aprobación inmediata do

⁵³ Cfr. os arts. 6, 7 e 8 da Lei 6/2007 sobre o procedemento desta avaliación ambiental estratéxica na que intervén a Consellería competente en materia de medio natural.

aínda pendente "Plan de ordenación do litoral". A Dirección Xeral de Sostibilidade e Paisaxe da mesma Consellería de Medio Ambiente fixo público (mediante Resolución de 8 de maio de 2009)⁵⁴ o acordo de inicio do procedemento de elaboración e aprobación do Plan de ordenación do litoral. E como o 17 de maio caducaba a suspensión cautelar sobre o urbanismo litoral prevista pola Lei 6/2007, a nova Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas decidiu por Orde de 14 de maio de 2009 prorrogala ata o 2010 (segundo fito do POLGA)⁵⁵.

De xaneiro a maio de 2010 transcorreu o trámite de audiencia e exposición pública do proxecto do POLGA na web⁵⁶, para o que tivo lugar a súa aprobación inicial⁵⁷. Tamén se someteu a informe das corporacións locais afectadas, ás deputacións provinciais e ás entidades de carácter supramunicipal con incidencia na área cuberta polo POLGA. Este trámite tivo unha duración total de tres meses (cuarto fito do POLGA).

Por Orde de 30 de abril de 2010 (efectiva desde o 3 de maio) acordouse a extensión dos efectos da suspensión cautelar da Orde de 15 de maio de 2009 ata que se producise a aprobación inicial do POLGA⁵⁸ (quinto fito do POLGA).

Recibidas todas as alegacións no trámite de audiencia preparouse o documento para a aprobación inicial do POLGA incluíndo o Informe de sostibilidade ambiental redactado de acordo co disposto no art. 8 da Lei 9/2006 e segundo os criterios contidos no documento de referencia emitido polo órgano ambiental. E a partir de aquí, da aprobación inicial do POLGA iniciouse a exposición pública por un prazo de dous meses.

No mes de xullo de 2010 publicouse a Orde do conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas de aprobación inicial do POLGA e dispoñíase o inicio da exposición pública durante dous meses⁵⁹. De agosto a setembro de 2010 estivo aberto o devandito proceso para a recepción de alegacións, observacións e suxestións, tanto dos particulares coma de organismos públicos (sexto fito histórico do POLGA).

⁵⁴ DOG nº 93 de 14 de maio de 2009.

⁵⁵ DOG nº 94 de 15 de maio de 2009. Deste xeito as medidas de suspensión do art. 1º da Lei 6/2007 foron de aplicación aos municipios co planeamento xeral non adaptado á Lei 9/2002 durante o prazo dun ano contado desde a entrada en vigor de dita Orde ou ata a aprobación inicial do POLGA ou a aprobación definitiva do Plan xeral de ordenación municipal adaptado integramente á Lei 9/2002.

⁵⁶ Cfr. a páxina web: <http://www.xunta.es/litoral/> (consulta o 20 de xuño de 2011).

⁵⁷ O 25 de xaneiro de 2010 tivo lugar no Hostal de San Francisco en Santiago de Compostela unha presentación a cargo do Presidente Feijoo e outras autoridades do documento que contiña o POLGA.

⁵⁸ DOG nº 82 de 3 de maio de 2010.

⁵⁹ DOG nº 145 de 30 de xullo de 2010.

Finalizado o período de consultas e información pública, e con carácter previo á aprobación provisional, o órgano promotor enviou ao órgano ambiental a documentación completa do Plan tomando en consideración o Informe de sostibilidade ambiental, as alegacións e os informes presentados no período de consultas, así como unha proposta de memoria ambiental, de conformidade co disposto no artigo 12 da Lei 9/2006, do 28 de abril. Enviáronse, así mesmo, os informes sectoriais e o informe sobre o proceso de participación pública. Con data do 29 de decembro de 2010 a Secretaría Xeral de Calidade e Avaliación ambiental emitiu a Resolución da memoria ambiental do POLGA (sétimo fito do POLGA).

E, finalmente, a Orde de 30 de decembro de 2010, do conselleiro de Medio Ambiente resolvía a aprobación provisional do POLGA⁶⁰ (oitavo fito do POLGA) que non sería definitiva ata a súa aprobación polo Decreto 20/2011, de 10 de febreiro⁶¹, ao que nos referiremos máis adiante.

4.2. UNHA PREVIA E OBRIGADA REFERENCIA Á REFORMA DA LEI 9/2002 EN VIRTUDE DA LEI 2/2010 E AS SÚAS REPERCUSIÓNS SOBRE O LITORAL⁶²

A norma esencial do urbanismo en Galicia —a Lei 9/2002 de ordenación urbanística e protección do medio rural— xa experimentara unha primeira reforma coa Lei 15/2004. Agora a segunda xustifícase na súa exposición de motivos unha reformulación dalgúns dos seus contidos polos "novos e inaprazables requirimentos das actuais circunstancias económicas", e especial para avanzar "cara a unha ordenación do solo rústico máis consecuente coa natureza do medio rural como medio produtivo". En realidade esta reforma —que finalmente só foi apoiada polo partido gobernante (PP) e rexeitada polo Bloque Nacionalista Galego; o partido socialista abstívose— respondeu a unha petición formulada, desde principios de 2007, pola Federación Galega de Municipios e Provincias (FEGAMP) para revisar a normativa urbanística ante a preocupante situación da actividade urbanística nesta Comunidade Autónoma.

Esta importante reforma vira, ao meu xuízo, en torno a dous eixes funda-

⁶⁰ DOG nº 1 de 3 de xaneiro de 2011. E ademais mantíñase a suspensión cautelar acordada pola Orde de 23 de xullo de 2010.

⁶¹ DOG nº 37, de 23 de febreiro de 2011.

⁶² Cfr. unha visión crítica desta reforma urbanística en SANZ JUSDADO, I. e SÁNCHEZ GOYANES, E.: "Las medidas urgentes de reforma de la legislación gallega (marco teórico de una política urbanística) y su interrelación con el plan de ordenación del litoral tras ellas ya aprobado inicialmente (plasmación práctica de otra), en *Revista de Urbanismo y Edificación*, nº 22 (2010), pp. 51-77.

mentais: a axilización da tramitación dos plans urbanísticos, e en xeral dos procedementos urbanísticos, e a reformulación do concepto de núcleo rural que ten grande importancia en Galicia. E para o logro destes obxectivos recóñeceselles ás Administracións locais (aos municipios) unha maior responsabilidade na actividade urbanística do seu respectivos termos municipais.

Polo que se refire ao litoral, atopamos na Lei 2/2010 as seguintes modificacións:

- 1ª.- ao reformular o "solo de núcleo rural" —que se descompón en tres modalidades (o "histórico-tradicional", o "común" e o "complejo")— establécese no novo art. 13, 4 que:

"A delimitación dos *núcleos rurais existentes situados na franxa de 200 metros desde o límite interior da ribeira do mar* non poderá ser ampliada en dirección ao mar agás nos casos excepcionais nos que o Consello da Xunta o autorice expresamente, pola especial configuración da zona costeira onde se atopen ou por motivos xustificadas de interese público, polo que se xustificará a necesidade da iniciativa, a oportunidade e a súa conveniencia en relación co interese xeral".

- 2ª.- ao regular as categorías de solo rústico especialmente protexido, distínguense no novo art. 32º:

"e) *Solo rústico de protección de costas*, constituído polos terreos, situados fóra dos núcleos rurais e do solo urbano, que se atopen a unha distancia inferior a 200 metros do límite interior da ribeira do mar.

Excepcionalmente, logo de informe favorable da Comisión Superior de Urbanismo de Galicia, o plan xeral de ordenación municipal poderá reducir, por razóns debidamente xustificadas, a franxa de protección ata os 100 metros, contados desde o límite interior da ribeira do mar. (...)

- g) *Solo rústico de protección paisaxística*, constituído polos terreos que determine o planeamento urbanístico ou os instrumentos de ordenación do territorio coa finalidade de preservar as vistas panorámicas do territorio, *do mar*, do curso dos ríos ou dos vales, e dos monumentos ou edificacións de singular valor".

Esta disposición debe complementarse co novo art. 38º sobre as condicións de uso dos "solos rústicos de protección das augas, das costas, de interese paisaxístico e de patrimonio cultural", cuxo réxime xurídico ten por obxecto "preservar o dominio público hidráulico e marítimo e o seu contorno, así como os espazos de interese paisaxístico e o patrimonio cultural" e que se concreta nas seguintes determinacións:

"1. *Usos permitidos por licenza municipal.*

Os relacionados na alínea 1, letras a), b) e c), e na alínea 2, letras f) e i), do artigo 33º desta lei⁶³.

2. *Usos autorizables pola Comunidade Autónoma:*

Os relacionados na alínea 2, letras e) e l), do artigo 33º desta lei⁶⁴, así como as actividades e construcións vinculadas directamente coa conservación, utilización, aproveitamento e gozo do dominio público, do medio natural e do patrimonio cultural, e os que poidan establecerse a través dos instrumentos previstos na lexislación de ordenación do territorio, sempre que non leven á transformación da súa natureza rústica e quede garantida a integridade dos valores obxecto de protección.

Ademais dos usos anteriormente indicados, no solo rústico de protección de patrimonio poderá autorizarse a ampliación de cimiterios preexistentes, e *nos de protección de costas* e de protección das augas poderán autorizarse, así mesmo, *as construcións e instalacións necesarias para actividades de talasoterapia, augas termais, sistemas de tratamento ou depuración de augas, estaleiros e instalacións imprescindibles necesarias para a implantación de aparcadoiros abertos ao uso público para o acceso ás praias, á práctica dos deportes náuticos e para a implantación de paseos marítimos ou fluviais*, así como os previstos na alínea 2, letra j),

⁶³ É dicir, como establece o citado novo art. 33:

"1. Actividades e usos non construtivos:

- a) Accións sobre ou só ou subsolo que impliquen movementos de terra, tales como dragaxes, defensa de ríos e rectificación de leitos, abancalamientos, desmontes, recheos e outras análogas.
- b) Actividades de lecer, tales como práctica de deportes organizados, acampada dun día e actividades comerciais ambulantes.
- c) Actividades científicas, escolares e divulgativas. (...)

2. Actividades e usos construtivos: (...)

- f) Instalacións necesarias para vos servizos técnicos de telecomunicacións, a infraestrutura hidráulica e as redes de transporte, distribución e evacuación de enerxía eléctrica, gas, abastecemento de auga e saneamento, sempre que non impliquen a urbanización ou transformación urbanística dúas terreos polos que discorren. (...)
- i) Muros de contención, así como cerramentos ou valado de predios".

⁶⁴ É dicir, en virtude do repetido art. 33:

"2. Actividades e usos construtivos: (...)

- e) Construcións e rehabilitacións destinadas ao turismo no medio rural e que sexan potenciadoras do medio onde se localicen. (...)
- l) Construcións e instalacións destinadas a establecementos de acuicultura".

do artigo 33º desta lei⁶⁵, sempre que quede garantida a integridade dos valores obxecto de protección.

3. *Usos prohibidos*: Todos os demais."

3ª.- ao regular os "plans especiais de protección" que teñen por obxecto, como establece o novo art. 69, 1 "preservar o medio ambiente, as augas continentais, o litoral costeiro, os espazos naturais...". Poden afectar a calquera clase de solo e estenderse a varios termos municipais (cfr. art. 69, 2). Estes plans deberán "estar en consonancia cos instrumentos para a protección, xestión e ordenación da paisaxe, segundo recolle a Lei 7/2008 de protección da paisaxe de Galicia" (cfr. art. 69, 5).

4ª.- ao regular as "condicións xerais das edificacións en solo rústico" establece no seu art. 42, 1, c) que:

"Nos solos rústicos de protección ordinaria, agropecuaria, forestal ou de infraestruturas, de augas e de costas, a altura máxima das edificacións non poderá exceder as dúas plantas nin os 7 metros medidos no centro de todas as fachadas, desde a rasante natural do terreo ao arranque inferior da vertente de cuberta. Excepcionalmente, poderá exceder os 7 metros de altura cando as características específicas da actividade, debidamente xustificadas, fixesen imprescindible excedelos nalgún dos seus puntos".

5ª.- ao regular no art. 85 o longo "procedemento de aprobación do plan xeral", no que se prevé, para resolver a aprobación definitiva "a incidencia do plan sobre as materias de competencia autonómica (...) de desenvolvemento sustentable e a articulación das infraestruturas de carácter local cos elementos vertebradores do territorio de alcance supramunicipal" (cfr. art. 85, 9), engadindo que:

"En todo caso, dado o valor do litoral como recurso natural e ambiental non renovable, entenderase que a ordenación urbanística dos terreos situados na franxa de 500 metros desde a ribeira do mar afecta os intereses autonómicos".

6ª.- ao establecer na Disposición Transitoria Primeira o "réxime aplicable aos municipios con planeamento non adaptado" dispón que:

"En todo caso, aos ámbitos sen plan parcial aprobado definitivamente"

⁶⁵ É dicir, en virtude do referido art. 33:

"2. Actividades e usos construtivos: (...)

j) Instalacións de praia e actividades de carácter deportivo, sociocultural, recreativo e de baño, que se desenvolvan ao aire libre, coas obras e instalacións imprescindibles para o uso do que se trate".

te antes da entrada en vigor da Lei 9/2002 que *se atopen no ámbito da servidume de protección establecida pola Lei 22/1988, de costas, ou no ámbito sometido a algún réxime de protección da Lei 9/2001, de conservación da natureza, aplicaráselles o réxime establecido por esta lei para o solo rústico de protección de costas ou de espazos naturais, respectivamente*".

7º.- Finalmente, en virtude da Disposición Transitoria Terceira, sobre "edificacións sen licenza" que permite a posibilidade de incorporar ao patrimonio do seu titular "as edificacións e construcións realizadas sen autorización autonómica preceptiva, existentes con anterioridade ao 1 de xaneiro de 2003, e respecto das cales no momento de entrada en vigor desta lei transcorre o prazo legalmente establecido no seu artigo 210º.2 sen que a administración adoptase ningunha medida dirixida á restauración da legalidade urbanística ou medioambiental", a solicitude ao concello correspondente que o devandito titular debe realizar para que tales edificacións e construcións sexan declaradas "en situación legal de fóra de ordenación", necesitará o previo informe favorable da Comisión Superior de Urbanismo, se estas edificacións "están localizadas en solo rústico de protección de costas...".

4.3. AS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN DO TERRITORIO DE GALICIA E AS SÚAS DETERMINACIÓNS SOBRE O LITORAL

Tanto o Goberno bipartito (PSG-BNG) como o Goberno do Partido Popular decidiron tramitar paralelamente á elaboración do POLGA a das Directrices de ordenación do territorio (DOT)⁶⁶. Á chegada do PP ao Goberno acordouse — pola Orde de 9 de novembro de 2009— retrotraer o expediente de tramitación das DOT ao comezo do proceso da tramitación ambiental. Elaborouse un novo "documento de inicio" das DOT (en outubro de 2009) aos efectos de sometelo á avaliación ambiental estratéxica e en febreiro de 2010 redactouse o "documento de referencia" no seu proceso de avaliación. Logo en xuño de 2010 o

⁶⁶ Desde o punto de vista histórico a tramitación das DOT ten unha longa traxectoria e un tortuoso proceso cheo de desfalecementos por parte do planificador: desde a proposta de acordo do Consello da Xunta de 14 de febreiro de 1996 sobre inicio do procedemento de aprobación, que se reiterou por acordo de 6 de marzo de 1997 e que concluíu nun documento de información e diagnóstico publicado en xuño de 1999; a apertura de canles de participación institucional —de agosto a setembro de 2001— que desembocaron na publicación do documento "hipótese do modelo territorial" o 25 de febreiro de 2002; de novo un "documento de avance das DOT de xullo de 2004 aberto a consultas en decembro de 2004; ata a aprobación inicial polo Goberno bipartito o 28 de agosto de 2008 e publicación no DOG da Orde de 15 de setembro pola que se aprobaban inicialmente as DOT.

documento das DOT foi aprobado inicialmente⁶⁷.

En virtude do Decreto 19/2011, de 10 de febreiro da Xunta de Galicia⁶⁸ apróbanse definitivamente as "Directrices do ordenación do territorio" (en diante, DOT) que, como establece a Lei 10/1995 de ordenación do territorio de Galicia, constitúen "un instrumento de carácter global, expresión da política territorial, que han de constituí-lo marco xeral de referencia establecendo as pautas espaciais de asentamento das actividades, de acordo coas políticas sociais, económicas e culturais emanadas da Comunidade, integrando, se é o caso, as emanadas desde o Estado así como as propostas que xurdan desde as entidades locais". Na determinación do modelo territorial de Galicia as DOT toman como referencias fundamentais:

- a) O desenvolvemento *económico equilibrado e sustentable*, para que Galicia se siga aproximando aos niveis de renda e de riqueza das rexións máis desenvolvidas.
- b) *A cohesión social e a mellora da calidade de vida* da poboación, de modo que todas as persoas dispoñan dun nivel adecuado de servizos e de oportunidades.
- c) *A utilización racional do territorio e a sustentabilidade ambiental*, mediante a xestión responsable dos recursos naturais e a protección do medio ambiente.

As DOT foron elaboradas pola Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas de acordo co previsto no art. 10 da Lei 10/1995 de ordenación do territorio de Galicia e cuxo proceso de elaboración se describe no preámbulo do citado Decreto 19/2001⁶⁹. As determinacións contidas nas DOT poden ser

⁶⁷ Cfr. a web: <http://www.cmati.xunta.es/portal/cidadan/lang/gl/pid/2467> (consulta o 20 de xuño de 2011).

⁶⁸ DOG nº 36 de 22 de febreiro de 2011. As DOT foron aprobadas inicialmente e sometidas a información pública por Orde de 24 de xuño (DO de Galicia de 30 de xuño de 2010). Durante os meses de xullo e agosto de 2010 puidéronse realizar alegacións a este instrumento de ordenación que ao amparo da Lei 10/1995 iniciara o seu proceso de elaboración por un Acordo do Consello de Goberno da Xunta de 29 de febreiro de 1996. Nada menos que catorce anos, e despois acordar mediante unha Orde de 9 de novembro de 2009 (DO de Galicia de 19 de novembro) retrotraer o procedemento para realizar a Avaliación Ambiental Estratéxica que debía realizarse conforme á normativa vixente desde 2006, ven a luz estas directrices esenciais para a ordenación territorial de Galicia.

⁶⁹ Para máis información pode consultarse a páxina web <http://www.cmati.xunta.es/portal/cidadan/lang/gl/pid/2687> (consultada o 20 de xuño de 2011).

As DOT recibiron un total de 88 alegacións das que trinta proceden de concellos e dez de asociacións ecoloxistas. Os puntos de discrepancia principal teñen que ver co modelo de desenvolvemento territorial, agrupado en torno a áreas metropolitanas e áreas urbanas que potencia a área litoral e esquece o interior máis despoboado, e pola falta de engarce entre estas directrices e outra

de dous tipos: *excluíntes* (de calquera outro criterio, localización ou deseño territorial ou urbanístico) e *orientativas* (debendo a Administración competente concretar a proposta que conteñan as DOT).

Limitándonos ao obxecto deste traballo en relación co litoral podemos sintetizar os contidos das DOT do seguinte xeito:

1º.- Entre os obxectivos xerais e a estrutura básica do modelo territorial recóllese entre os seus obxectivos prioritarios:

"Estruturar o litoral como un ámbito de excelencia territorial, que integre zonas naturais, centros urbanos e núcleos tradicionais, reorientando os procesos de urbanización difusa cara a un sistema caracterizado pola súa calidade e pola diversidade de posibilidades de vida e traballo" (apartado 1.2. s)

2º.- Para o logro dos seus obxectivos as DOT estruturan o modelo territorial en varios elementos: sistemas de asentamentos (grandes cidades, sistema urbano intermedio, etc.), plans territoriais integrados (nos que se concretará a delimitación do seu ámbito respectivo e se definirá o modelo territorial específico do espazo en cuestión), redes de infraestruturas (de transportes, de telecomunicacións, etc.) e, ademais:

"Os espazos litorais, os recursos e patrimonio naturais, a paisaxe, o patrimonio cultural e a calidade ambiental son sinais de identidade que singularizan o territorio de Galicia aportando elementos de dinamización e desenvolvemento social" (apartado 1.3.4).

3º.- Ao establecer as determinacións sobre o "desenvolvemento e ordenación dos asentamentos, das áreas empresariais e das actividades produtivas" e máis en particular, as relativas ao "desenvolvemento de actividades produtivas no medio rural" con relación á "pesca e acuicultura" considérase excluínte a seguinte determinación:

"Os instrumentos de ordenación territorial e o planeamento urbanístico, na formulación das súas propostas de ordenación, terán presente o valor do litoral e das augas interiores como soporte da pesca, o marisqueo e a acuicultura" (apartado 3.3.21).

4º.- Con relación ás "infraestruturas e os vectores ambientais do modelo territorial" recóllese diversas determinacións excluíntes e orientativas relativas ás "infraestruturas portuarias" (cfr. apartado 4.4) e sobre "infraestruturas de xeración e abastecemento enerxético" (cfr. apartado

planificación en vigor ou en trámite, ademais do esquecemento de consideracións ambientais relevantes.

4.7). E neste último suposto establecer concretas determinacións orientativas sobre a "posible implantación de instalacións de produción de enerxía mariña" que pode afectar directamente á ordenación do litoral ou ás actividades mariñas (cfr. apartado 4.7.6).

5º.- Sobre as determinacións relativas ao "ciclo integral da auga" (cfr. apartado 4.8) importantes indicacións excluíntes e orientativas intimamente relacionadas coa xestión integral do litoral e a súa necesaria coordinación coa planificación hidrolóxica.

6º.- As máis relevantes determinacións sobre o litoral atópanse no apartado 6º do que só recolleemos aquí as excluíntes⁷⁰:

6.1. A Xunta de Galicia elaborará un *plan de ordenación do litoral que terá natureza de Plan territorial integrado*. Este Plan terá por obxecto o diagnóstico integrado do sistema litoral, no que se inclúen todos os terreos e elementos nos que se produce algunha relación natural, cultural, funcional, urbanística ou visual coa costa. Ademais, concretará as medidas de protección necesarias e establecerá as condicións para o desenvolvemento urbanístico e a implantación de instalacións destinadas a usos produtivos, turísticos e recreativos.

6.2. As actuacións en solo rústico de protección de costas, incluída a adecuación de espazos para uso e gozo público, procurarán o mantemento da máxima naturalidade e, no seu caso, a restauración da calidade ambiental e a protección do patrimonio cultural costeiro.

7º.- Nas determinacións sobre o "patrimonio natural" (cfr. apartado 7º) só destacamos aquí a específica referencia ao litoral ao referirse ás "redes de áreas de interpretación da natureza e de itinerarios de interese ambiental e paisaxístico", establecendo como determinación orientativa

"A rede de Áreas de interpretación da natureza estará integrada polos ámbitos compatibles con usos de ocio considerando as restantes propostas do modelo territorial relativas á *recualificación do litoral*, o aumento do atractivo urbano das principais cidades e o aproveitamento das oportunidades singulares dos espazos rurais, sempre nos termos que estableza a normativa específica de cada caso" (apartado 7.3.2).

8º.- Finalmente, en canto ao apartado sobre a "aplicación, desenvolvemento-

⁷⁰ Para as determinacións orientativas cfr. os apartados 6.3 a 6.13 das DOT, que tratan sobre temas tan diversos como o fomento das relacións de colaboración e coordinación interadministrativa, dos núcleos de identidade do litoral, dos seus instrumentos de ordenación territorial e urbanística, da renovación das fachadas litorais, das praias, dos aparcamentos, dos itinerarios costeiros, etc.

to e revisión" sinálase que as DOT serán completadas e desenvolvidas por medio doutros instrumentos como é o caso dos "plans territoriais integrados" entre os que se cita o "Plan de ordenación do litoral" (cfr. apartado 10.1.4).

As DOT constitúen en definitiva a clave de bóveda do sistema de ordenación territorial de Galicia sobre a que han de edificarse o resto das pezas do edificio ou modelo territorial de Galicia.

4.4. A APROBACIÓN DEFINITIVA DO PLAN DE ORDENACIÓN DO LITORAL DO GALICIA POLO DECRETO 20/2011

A piques de rematar o 2010, o conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas dictaba a Orde de 30 de decembro de 2010 pola que se aproba provisionalmente o Plan de ordenación do litoral de Galicia (POLGA) e adóptanse medidas cautelares. Culminaba así un longo proceso histórico para a elaboración deste importante instrumento de ordenación territorial —que viñeramos demandando nas últimas edicións dos nosos comentarios— e que foi rematado en datas recentes coa súa elevación ao Consello da Xunta de Galicia para a súa aprobación definitiva mediante o Decreto 20/2011, de 10 de febreiro de 2011⁷¹, unha vez que acababa de recibir o informe favorable do Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural e Mariño, a través da Dirección Xeral de Sostibilidade da Costa e do Mar, tanto no que se refire ás DOT coma ao POLGA.

Como xa sabemos, a orixe da elaboración deste Plan atópase na Disposición Transitoria 8ª da *Lei 9/2002, de ordenación urbanística e protección do medio rural* na que se instaba á Xunta (daquela gobernada polo PP) a remitir ao Parlamento de Galicia no prazo de dous anos desde a súa entrada en vigor "o Plan sectorial de ordenación do litoral onde se recollerán as condicións específicas deste ámbito territorial". O seguinte fito é a *Lei 6/2007, de 11 de maio, de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e do litoral de Galicia* —norma que foi promovida polo Goberno bipartito (PSOE-BNG)—, determinando que o citado Plan tería (conforme ao previsto na Lei 10/1995 de ordenación do territorio de Galicia) a natureza de "un plan territorial integrado" coa finalidade de "establecer os criterios, os principios e as normas xerais para a ordenación urbanística da zona litoral baseada en criterios de perdurabilidade e sostibilidade, así como a normativa necesaria para garantir a conservación, protección e posta en valor das zonas costeiras" (cfr. art. 2, 1); ademais esta-

⁷¹ DO de Galicia nº 37 de 23 de febreiro de 2011.

blecíase nesta lei que as súas determinacións "serán directamente aplicables e prevalecerán de forma inmediata sobre as do planeamento urbanístico, que deberá ser obxecto de adaptación" (cfr. art. 2, 2).

Poucos días antes das eleccións autonómicas do 1 de marzo de 2009 (en que o PP gañou por maioría absoluta as eleccións que lle permiten gobernar desde entón en solitario) poñíase en marcha o proceso avaliación ambiental estratéxica do Documento de inicio do POLGA (o 2 de febreiro de 2009) ao que seguiría o seu Informe de sostibilidade ambiental e o posterior sometemento á información de diversas institucións públicas. Ata que, finalmente, por Orde do 23 de xuño de 2010 do conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas aprobouse inicialmente o Plan de ordenación de Galicia, incluíndo o seu Informe de sostibilidade ambiental, e acordou sometelos a información pública; unha vez transcorrido o prazo preceptivo e analizados os informes e alegacións presentados durante o mesmo, concluír coa aprobación definitiva do POLGA que estamos comentando.

Baixo a dirección do director xeral de Sostibilidade e Paisaxe (pertencente á citada Consellería de Medio Ambiente) na elaboración do Plan de ordenación do litoral contouse co equipo técnico que redactou o Plan de ordenación do litoral de Cantabria de 2004.

O contido esencial do "Plan de ordenación do litoral de Galicia" —que foi dado a coñecer á opinión pública a comezos do ano 2010— componse dun numeroso conxunto de documentos e complementos gráficos (desde aquela atópanse integramente dispoñibles na páxina web: <http://www.xunta.es/litoral/>). Só de forma moi superficial podemos describir aquí os seus elementos integrantes:

- 1º.- No seu Título I recóllese a "metodoloxía de elaboración do Plan" coa exposición do "marco xurídico" (marco legal vixente, obxectivos e contido, e o seu procedemento de elaboración e tramitación), os "criterios metodolóxicos para a súa formulación" (baseados en criterios de sustentabilidade e mediante a formulación dos principios orientadores do Plan), e o proceso de participación social e institucional (segundo o método DELPHI) seguido para a súa elaboración (gobernanza).
- 2º.- No Título II analízase un dos elementos estruturais máis importantes do Plan que é a paisaxe ou, mellor dito, as paisaxes das sete comarcas costeiras en que se divide o litoral galego (desde a Mariña lucense, as Rías Altas, o Golfo Ártabro, ao Arco Bergantiño, a Costa da Morte, as Rías Baixas ata a Costa Sur). O documento acompáñase dunha completa categorización e caracterización dos tipos de paisaxes que se identifica-

ron no litoral de Galicia. Por tal motivo, dise que o POLGA constitúe un "catálogo de paisaxe"⁷².

- 3º.- No Título III recóllese os aspectos máis importantes da estrutura territorial e socioeconómica de Galicia (a "síntese territorial"), a través da análise sintética das súas características territoriais (capítulo 1º), a súa dinámica socioeconómica (capítulo 2º), a súa dinámica turística costeira (capítulo 3º) e o estudo da infraestrutura enerxética (capítulo 4º).
- 4º.- O Título IV dedícase ao "modelo de xestión" que ten unha particular relevancia xa que identifica as "áreas do Plan": de "protección" —ambiental (intermareal, costeira, bosques e ecolóxica) e "de corredor"—, de "mellora ambiental e paisaxística" e de "ordenación litoral", que malia non clasificar nin cualificar o solo van delimitar os seus desenvolvementos urbanísticos. Tamén se identifican aquí unha serie de "espazos de interese" (xeomorfolóxico, de taxon, paisaxístico, con protección recoñecida e núcleos de identidade do litoral) que requiren unha particular protección, así como a determinación de "ámbitos de recualificación" que deberán ser revisados e adaptados ao POLGA. Tamén se definen unha serie de "estratexias" (posta en valor de elementos identitarios do litoral, corredores ecolóxicos e culturais, sendas patrimoniais, etc.) e a chamada "senda dos faros" como unha específica modalidade de posta en valor do litoral.
- 5º.- O Título V comprende o réxime xurídico do Plan estruturado nun Título preliminar e sete Títulos cun total de 102 artigos, cinco disposicións adicionais, dúas disposicións transitorias e varios anexos.
- 6º.- O Título VI contén o "Programa de Actuación" do Plan concretado en seis modalidades de actuación para mellorar a cooperación e coordinación coas diferentes administracións, para a protección dos valores naturais e patrimoniais existentes, para suplir os déficits en materia de infraestruturas, para fomentar o coñecemento e regulación do uso público do litoral, así como o coñecemento a través da investigación e

⁷² A Lei 7/2008 de 7 de xullo, de protección da paisaxe de Galicia, regula estes "Catálogos da paisaxe" no seu art. 9º, no que, por certo, é unha da dúas veces en que esta lei se refire ao litoral. O citado art. 9, 1 establece que os Catálogos da paisaxe son:

"1. Son os documentos de referencia que fundamentándose nas distintas áreas xeográficas, morfolóxicas, urbanas e *litorais* existentes no territorio galego deberán delimitar, con base nos diferentes estudos e traballos existentes na materia, as grandes áreas paisaxísticas de Galicia, polo que identificarán os diversos tipos de paisaxes existentes en cada unha delas e as súas características diferenciais".

A outras referencia ao litoral é máis indirecta e realízase con respecto aos "estudos de impacto e integración paisaxística" (cfr. art. 11, 4 in fine).

divulgación técnica e científica, e, finalmente, para a promoción e investigación da paisaxe litoral.

7º.- O Título VII recolle unha serie de anexos coa identificación de diversos elementos (espazos de interese paisaxístico, núcleos de identidade litoral, praias, marco xurídico, etc.).

8º.- O Título VIII contén o "Informe de Sostibilidade Ambiental".

9º.- Finalmente incorpórase unha exhaustiva documentación gráfica e os informes e alegacións recibidos no trámite das consultas públicas.

Para a elaboración do POLGA realizouse un importante labor de cartografía que permite identificar de forma gráfica a caracterización da franxa de 500 metros (desde o límite interior da ribeira do mar) de 2555 km da costa de Galicia. A análise realizada concretouse nun ámbito de xestión de 215 360 hectáreas —correspondentes a 82 municipios vinculados coa dinámica costeira nos que vive case a metade da poboación da Comunidade Autónoma— das que o 46 % constitúen espazos de protección directa.

O modelo territorial do POLGA estrutúrase en tres áreas diferenciadas: as "áreas continuas" (protección ambiental —intermareal e costeira—, mellora ambiental e paisaxística e ordenación litoral), as "áreas descontinuas" (corredores ecolóxicos e espazos de interese natural) e os "sistemas xerais territoriais". Sobre cada unha das devanditas áreas a regulamentación do plan establece os principios xerais que deben orientar a regulación de cada un dos elementos territoriais que as compoñen e os usos —permitidos, incompatibles ou compatibles— que pode —ou non— realizarse no ámbito do Plan, así como os posibles desenvolvementos urbanísticos. Esta normativa e as súas correspondentes determinacións deben incorporarse aos plans xerais de ordenación municipal.

Unha das directrices máis importantes do POLGA foi o compromiso cunha política activa da paisaxe conforme á Lei 7/2008, de 7 de xullo, de protección da paisaxe de Galicia. No seu ámbito de xestión identificáronse 428 unidades de paisaxes litorais e 214 unidades de paisaxes prelitorais.

Na elaboración do Plan realizouse un grande esforzo informativo a través da páxina web antes citada, así como pola apertura dun perfil do Plan na rede social *Facebook* que permitiu a máxima participación cidadá. Doutra parte, a partir de abril de 2010 creouse unha Comisión Parlamentaria no Parlamento de Galicia co obxectivo de abrir o debate sobre o POLGA aos grupos políticos e aos axentes sociais; reuniuse en 11 ocasións e nelas interviñeron 18 diferentes expertos e representantes do mundo académico, profesional, etc.

5. REFLEXIÓN FINAL

Con carácter xeral o POLGA parécenos un bo instrumento de ordenación do litoral de Galicia, un bo punto de partida nas bases que han orientar cara ao futuro as costas galegas que aínda conservan gran número de espazos de especial valor ambiental e paisaxístico. Pero o éxito deste Plan dependerá, por unha banda, da súa implantación real na Administración local e os seus plans de ordenación urbanística e, por outra, do seu respecto por parte dos poderes públicos e da cidadanía. Como xa vimos con anterioridade, o control e a disciplina urbanística son fundamentais para manter intactas as áreas —continuas e descontinuas— que son obxecto dunha protección directa polo POLGA. Para rematar, queremos salientar que, aínda que na elaboración do Plan se seguiron moitas das pautas e directrices da chamada “xestión integral do litoral”, aínda estamos lonxe de lograr este obxectivo no que deben colaborar estreita e coordinadamente as diferentes administracións territoriais e os sectores sociais e económicos vinculados co litoral. É un pequeno pero importante paso nesa dirección.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE i FONT, J. M. (2007): *L'ordenació del litoral catalá: els plans directors urbanístics del sistema costaner*. Barcelona: Atelier.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (1993): *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*. Barcelona: Oikos-tau.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (2003): *Medio ambiente y desarrollo en áreas litorales: introducción a la planificación y gestión integradas*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (2004): *Las áreas litorales de España. Del análisis geográfico a la gestión integrada*. Barcelona: Ariel.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (2005): *Política y gestión de áreas litorales en España, La gestión de áreas litorales en España y Latinoamérica*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- CARBALLEIRA RIVERA, T. (Coordinadora) (2001): *Ordenación del litoral*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.
- CARLON RUIZ, M. (2009): La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (Parte primera). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 20, 53-72.
- CARLON RUIZ, M. (2010): La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanis-*

mo y Edificación, 22, 15-49.

DOMENECH, J. L. y SANZ LARRUGA, F.J. (2010): *Guía para la implementación de un sistema de gestión integrada de zonas costeras*, Netbiblo, Oleiros.

GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.): *Análisis del litoral español. Diseño de las políticas territoriales*

FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (2003): *Derecho Urbanístico de Galicia*. Madrid: Thomson-Civitas.

HERRERA XIMENEZ, M. D.: La gestión costera en los Estados Unidos: *Coastal Zone Management Act, 1972* y la estructura del programa asociado *Coastal Zone Management Program*. En SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña.

MEILÁN GIL, J. L. (1988): Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas. *Revista de Derecho Urbanístico*, 108, 18.

MEILÁN GIL, J.L. (Dir.) (2009): *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

MENENDEZ REXACH, A. (1990): La configuración del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas. *Estudios Territoriales*, 34.

MENÉNDEZ REXACH, A. (2010): La gestión integrada del litoral. En NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea* (pp. 135-185). Madrid: lustel.

MICHAUD, J. L. (1981): *Ordenación de las zonas litorales*. Trad. Por J. Vioque Lozano, Madrid.

PENAS LADO, E. (2000): *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, Consellería de Pesca, Acuicultura y Marisqueo.

PÉREZ ANDRÉS, A. A. (1998): *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías* (pp. 381 y ss.). Madrid: Marcial Pons, Instituto Universitario García Oviedo.

PÉREZ CONEJO, L. (1999): *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*. Granada: Comares.

PÉREZ GARCÍA, M. (1995): *La utilización del dominio público marítimo-terrestre (Estudio especial de la concesión demanial)*. Madrid: Marcial Pons.

PERALES MADUEÑO, F. (1988): Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: Proyecto de la Ley de Costas. *Revista de Derecho Urbanístico*, 108, 123-124.

PONS CANOVAS, F. (2001): *El régimen jurídico de los espacios portuarios*. Barcelona: CEDECS.

POU VIVER, T. (1988): ordenació del litoral. En *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Vol. I. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics.

RODRIGUEZ-CAMPOS, S. (2008): Sobre la necesidad de ordenar y proteger el litoral de Galicia: reflexiones al hilo de la nueva Ley de medidas urgentes. *Revista de Urbanis-*

mo y Edificación, 17, 71-84

- SAINZ MORENO, F. (1987): Término municipal y dominio marítimo. *Revista de Administración Pública*, 112, 173-212.
- SANZ JUSDADO, I. y SÁNCHEZ GOYANES, E. (2010): Las medidas urgentes de reforma de la legislación gallega (marco teórico de una política urbanística) y su interrelación con el plan de ordenación del litoral tras ellas ya aprobado inicialmente (plasmación práctica de otra). *Revista de Urbanismo y Edificación*, 22, 51-77.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2003): *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*. Xunta de Galicia, Consellería de Medio Ambiente.
- SANZ LARRUGA, F. J. (2003): La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral. *Noticias de la Unión Europea, Año XIX (217)*, 117-131.
- SANZ LARRUGA, F. J. y GARCÍA PÉREZ, M. (Dir.) (2009): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza e Instituto de Estudios Económicos de Galicia-Observatorio del Litoral.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2009): La Unión Europea y la estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras. En SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, (pp. 29-5). A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2010): La Administración General del Estado y las políticas y estrategias sobre la ordenación y gestión de las costas (1988-2009). En SÁNCHEZ GOYANES (Dir.) (2010): *El Derecho de Costas (1989-2009)*, (pp. 1359-1420). Madrid: Editorial La Ley.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2010): Estado compuesto e iniciativas y estrategias sobre ordenación y gestión del litoral en las Comunidades Autónomas. En SÁNCHEZ GOYANES (Dir.) (2010): *El Derecho de Costas (1989-2009)*, (pp. 1425-1495). Madrid: Editorial La Ley.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2010): La Administración General del Estado y las políticas y estrategias sobre la ordenación y gestión de las costas (1988-2009). En SÁNCHEZ GOYANES (Dir.) (2010): *El Derecho de Costas (1989-2009)*, (pp. 1359-1420). Madrid: Editorial La Ley.
- VALES VÁZQUEZ, C. (Dir.) (2009): *A Xestión do litoral*. Xunta de Galicia, Consellería de Innovación e Industria, CEIDA.

A EVOLUCIÓN DO MODELO TERRITORIAL EN GALICIA. UNHA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA E ESPACIAL

Daniel González Franco

Director da Área de Ordenación do Territorio e Urbanismo de IDOM Galicia

Resumo: *Este artigo pon de manifesto a continua interdependencia histórica entre a evolución da economía política dos sistemas de goberno establecidos polas elites galegas —oriúndas ou instaladas— e a conformación do seu modelo territorial, destacando nesa viaxe dous elementos fundamentais. En primeiro lugar, habémosnos referir ao impacto que sobre a conformación do modelo territorial galego tivo o desprazamento no tempo do proceso de monetarización da agricultura galega por mor da elongación da economía política do Antigo Réxime ata ben entrado o s. XX e das consecuencias que iso tivo sobre a construción do espazo.*

En segundo lugar, falaremos da incidencia que o devandito modelo territorial tivo sobre o desenvolvemento económico de Galicia durante a segunda metade do mesmo século, que se reflicte no feito de que a desagrarización da economía non fose seguida por unha esperable desruralización da poboación senón pola urbanización do medio rural. Un feito que está na base das dificultades do noso modelo territorial para a creación de capital espacial e que, afirmamos, bloquean a capacidade do espazo construído para incidir sobre os procesos económicos que modelan o territorio, así como a propia capacidade para conducir os devanditos procesos desde o planeamento a través de criterios de racionalidade económica e ambiental.

Palabras clave: *Modelo territorial, economía política, colapso, capital espacial, diseminación, complexidade.*

Abstract: *(...). This article highlights the historical interdependence between the continuing evolution of the political economy of the systems of government established by the Galician-native or installed- elites, and the shaping of their territorial model, highlighting two key elements in this trip. First, we will refer to the impact on shaping the Galician regional model that had the time shift of the process of monetization of the Galician agriculture because of the maintenance of the Ancient Regimen's political economy until the the twentieth century and the consequences it had on the construction of space.*

Secondly, we will discuss the impact this territorial model had on the Galician economic boom during the second half of that century, reflected in the fact that the economy deagrarianisation not was followed by an expected population deruralization but by the urbanization of rural areas. A fact that is the basis of the difficulties of our territorial model for the creation of spacial capital and, we argue, block the ability of the constructed space to influence the economic processes that shape the territory, and our own ability to drive such processes from planning through economic rationality and environmental sustainability.

Keywords: *Territorial model, political economy, collapse, spatial capital, dissemination, complexity.*

Índice: *Introdución. Primeira parte.- As bases. O modelo territorial da sociedade agraria tradicional. 1. Síntese descritiva. 2. Interpretación económico-espacial da evolución histórica do modelo territorial da sociedade agraria tradicional. 2.1. Xénese. A conformación do réxime de agras (séculos IX-XII). 2.2. Invulación. A economía política do réxime de agras do s. XIV ao s. XX. 2.3. Colapso. A transformación da paisaxe cultural do réxime de agras. 3. Síntese interpretativa e hipótese. Segunda parte.- O desconcerto. A evolución recente do noso modelo territorial. 1. Deriva. O proceso de urbanización do medio rural (1959-2002). 1.1. A diseminación como antecedente da urbanización. 1.2. A urbanización inducida no medio rural galego. 1.3. A natureza do modelo territorial tendencial. As formas do crecemento urbano no medio rural 2. Síntese interpretativa. Terceira parte.- Que futuro? Reflexións sobre unha transformación necesaria. 1. Complexidade. Un cambio de paradigma. 2. Sustentabilidade. Natureza e cultura sen informes sectoriais. 3. Capital espacial. Unha vía para a minimización do conflito territorial. 4. Gobernanza territorial. Transformación administrativa e coherencia entre procesos territoriais e escala de intervención. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Galicia entra no s. XXI cun modelo territorial marcado por unha recorrente singularidade dalgunhas das súas variables máis salientables: se en materia económica Galicia segue a mostrar indicadores de renda e PIB claramente inferiores á media europea e nacional¹, *desde a perspectiva espacial o seu nivel de dispersión territorial é extremo no contexto nacional e moi destacado polo que respecta a Europea.*

Mais se analizamos o modelo territorial como unha suma de decisións individuais, podemos destacar o igualmente recorrente e profundo nivel de conflito entre os actores implicados na xestión do territorio. En efecto, a localización dos polígonos industriais, a implantación das infraestruturas de comunicación, o crecemento urbano, a distribución da vivenda protexida, a explotación dos recursos naturais, os obxectivos de protección natural e patrimonial... en Galicia, todo parece entrar en conflito coa natureza do noso sistema de asentamentos e coa *tradicional* identificación da propiedade do solo co dereito a edificar, no marco da nosa non menos singular estrutura catastral.

E nese contexto de conflictividade xeneralizada, as bases xurídicas e normativas sobre as que a Administración asenta as súas competencias na or-

¹ Galicia mantén un índice 86,49 (UE-27=100) de PIB expresado en termos de paridade de poder adquisitivo nas rexións europeas. López Facal, X. (2010): *O perfil da economía galega, unha proposta de descrición cifrada*, en VV.AA (2010): *Informe Galicia 2010*. Atlántica, Santiago de Compostela.

denación territorial e urbanística, máis que ofrecer unha canle de xestión coordinada dos diferentes intereses e iniciativas sobre o territorio parece situarse sobre un cada vez máis intrincado labirinto administrativo —non exento de contradicións internas— que, a miúdo, choca cos actores sociais con intereses e iniciativas sobre o territorio, moitas veces previamente enfrontados entre si. É dicir, que hoxe, o urbanismo e a ordenación do territorio en Galicia parécense máis a un todos contra todos que a un minimamente razoable exercicio de xestión territorial ou de gobernanza. É certo que o incremento da conflitividade territorial obedece, no conxunto dos países desenvolvidos, a razóns de carácter estrutural que teñen que ver co *renacemento do lugar*² ou co *poder da identidade*³. No entanto, aínda que unha visión interesadamente superficial podería concluír que, en Galicia, a esas razóns se lles debe engadir a debilidade do edificio normativo da ordenación do territorio e do urbanismo e a súa conxénita inseguridade xurídica como causas fundamentais dos problemas mencionados, neste artigo imos manter a tese de que iso debe interpretarse máis como unha consecuencia da conflitividade territorial que como unha causa da mesma.

De feito, a sucesión de tres leis urbanísticas, ningunha delas desenvolvida regulamentariamente, ao que cómpre sumarlle unha nova iniciativa lexisladora inminente; o contradictorio desenvolvemento do marco legal vixente, modificado ata por 7 veces nos seus 8 anos de vixencia nun sentido moitas veces contrario ao espírito concibido na norma orixinal, e, finalmente, a aprobación dunhas Directrices de Ordenación do Territorio cunha década de atraso, en xeral, respecto do contexto nacional, non son máis que mostras da inestabilidade e a improvisación coas que se edificou e se constrúe na actualidade o noso modelo territorial.

En calquera caso, a aprobación das DOT habilita por primeira vez en Galicia a ordenación do territorio de carácter integral, máis alá dos documentos sectoriais aprobados con anterioridade. Un disparo de saída marcado, coherentemente co noso conflitivo contexto territorial, por unha forte polémica das dúas primeiras iniciativas ao seu respecto: o Plan de Ordenación do Litoral e o primeiro intento de institucionalización do feito metropolitano, neste caso de Vigo.

Todo o mundo está de acordo en que a Ordenación do Territorio debe xogar un papel capital para superar ese estado de inestabilidade e conflitividade, pero

² Nel.lo, O (ed.) (2003): *Aquí no! Els conflictes territorials a Catalunya*. Empúries, Barcelona.

³ Castells, M. (1998): *La era de la información. Economía sociedad y cultura. Vol. 2: El poder de la identidad*. Alianza Editorial, Madrid.

para iso é necesaria unha conceptualización e obxectivación da mesma desde o punto de vista estratéxico que, á luz do recentemente acontecido, non parece que se acometese aínda.

En virtude do anterior, este artigo ofrece unha interpretación da orixe e a natureza do noso actual modelo territorial poñendo de manifesto as relacións existentes entre os seus compoñentes espaciais e económicos co obxectivo de achegar algunhas bases para esa reflexión estratéxica ao redor de dous aspectos: en primeiro lugar, o papel que debe xogar hoxe a Ordenación do Territorio en Galicia no marco da gobernanza territorial, é dicir, ese buscado espazo de cooperación e coordinación interinstitucional a prol dun modelo territorial determinado; e en segundo lugar, a natureza á que debe obedecer o devandito modelo.

CONSIDERACIÓNS METODOLÓXICAS

O artigo parte dunha síntese descritiva do modelo territorial tradicional á luz do xiro materialista operado pola historiografía rural moderna desde a irrupción dos traballos de Georges Duby na década de 1970 e a súa introdución en España por J. A. García de Cortázar. O seu instrumental teórico e conceptual ha permitírnos, ao acometer a análise da orixe e evolución histórica dese modelo territorial tradicional, fuxir do determinismo institucional que presidiu durante anos as interpretacións historiográficas sobre os espazos rurais, e expoñer a contribución teórica deste traballo: desentrañar as relacións de causalidade entre os aspectos económicos e os espaciais do modelo territorial galego desde a súa xénese altomedieval ata a incerta deriva en que se parece situar na actualidade.

Unha concepción que, implicitamente, asume os postulados do que se veu chamar o *xiro espacial*, é dicir, o recoñecemento multidisciplinar do papel que o espazo desempeña na configuración das relacións sociais ou económicas, o que supón rexeitar a consideración do espazo —do territorio— como un mero soporte físico do resto dos procesos, fuxindo así dos determinismos —xa sexan estes económicos ou antropolóxicos— que tanto reduccionismo inútil nos proporcionaron.

Un xiro espacial que, no caso específico da xeografía radical, recupera durante a década de 1990 as ideas que Lefebvre e, en menor medida Foucault, lanzaran no contexto do maio do 68 francés verbo da centralidade do espazo e a espacialidade na conformación dos procesos sociais⁴. É nese contexto no que

⁴ Benach, N. e Albet, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*. Icaria, Barcelona.

Edward Soja⁵ teoriza sobre a *capacidade explicativa da causalidade espacial*, expoñendo mesmo a preeminencia do espazo na construción do devir histórico e levando así ao extremo as posicións que certa parte da literatura vinculada ao desenvolvemento económico —desde Marshall ata Becattini ou Storper⁶— manifesta sobre a capacidade do espazo para incidir nos procesos de desenvolvemento económico.

Sen chegarmos a estes extremos (non pretendemos caer nun novo determinismo espacial), este artigo pon de manifesto, para o caso de Galicia, a continua interdependencia histórica entre a evolución da economía política dos sistemas de goberno establecidos e a conformación do seu modelo territorial, salientando nesa viaxe dous elementos fundamentais. En primeiro lugar, habémonos referir ao impacto que sobre a conformación do modelo territorial galego tivo o desprazamento no tempo do proceso de monetarización da agricultura galega por mor da elongación da economía política do Antigo Réxime ata ben entrado o s. XX e ás consecuencias que iso tivo sobre a construción do espazo.

En segundo lugar, falaremos da incidencia que o devandito modelo territorial tivo sobre o desenvolvemento económico de Galicia durante a segunda metade do mesmo século, que se reflicte no feito de que a desagrarización da economía non fose seguida por unha desruralización da poboación senón pola urbanización do medio rural. Un feito que se sitúa na base das dificultades para a creación de capital espacial⁷ e que, afirmamos, está a lastrar os procesos de transformación metropolitana das periferias residenciais do sistema urbano galego, aquelas que pasan pola localización de actividades e funcións urbanas unha vez foi superada a deslocalización demográfica que as viu nacer.

⁵ Soja, E. (1989): *Postmetropolis Virus* (Or. 1989).

⁶ Alfred Marshall, economista neoclásico de finais do s. XIX, foi o primeiro en codificar as economías de aglomeración, distinguindo entre as economías de localización, como aquelas xorden da proximidade e da eficiencia xerada en termos de tempo, enerxía e custo, derivadas de estaren próximas no espazo, dando lugar así un incremento de produtividade —eficiencias “hard”—, e as economías de urbanización, moito menos visibles e máis difíciles de medir, derivadas do contorno institucional —eficiencias “soft”. Giacomo Becattini foi o precursor moderno da recuperación académica dos postulados de Marshall, utilizándoos con éxito para conceptualizar o “distrito industrial” como explicación plausible do feito de que a economía do Véneto italiano progresase de forma extraordinaria no contexto xeneralizado de profunda crise económica dos anos 70. Michael Storper é, para Soja, a culminación do pensamento espacial sobre a economía moderna ao afirmar que as rexións son tan importantes como as familias, os estados ou os propios mercados en tanto que forzas motrices da economía.

⁷ É dicir, as interdependencias fortuitas que se producen na colusión espacial entre as potencialidades sociais e institucionais e os aspectos sociais e políticos, e que se adoitan denominar externalidades positivas, sinerxías ou máis comunmente, economías de aglomeración.

PRIMEIRA PARTE

AS BASES. O MODELO TERRITORIAL DA SOCIEDADE AGRARIA TRADICIONAL

1. SÍNTESE DESCRIPTIVA

Existe un certo consenso historiográfico á hora de identificar o período comprendido entre os séculos IX e XII como aquel no que tomou forma o modelo territorial —basicamente rural— propio das sociedades feudais do occidente europeo. No contexto español, tras moitos anos de dominio das correntes de carácter institucionalista⁸, nas que predominaba a atención ás condicións xurídicas dos campesiños, imponse o estudo das formas de asentamento no espazo e da influencia sobre elas dos aspectos produtivos.

Só daquela comeza a estudarse de forma sistemática a natureza dun hábitat maioritariamente disperso, con núcleos rurais consolidados, solidarios co sistema produtivo e apoiados nun viario que confire coherencia e servizo a esa organización. Por esa razón fundamentaremos o obxecto de estudo desta primeira parte do artigo —a evolución histórica do modelo territorial da sociedade agraria tradicional— en tres aspectos fundamentais: a comprensión do modelo produtivo, é dicir, das formas de organización agraria; a morfoxénesis do sistema de asentamentos sobre o que pivotaba a apropiación e, para rematar, a explotación do territorio e a natureza do sistema viario que articulaba o conxunto.

• *O sistema produtivo: as formas de organización agraria*

En Galicia, a conformación do sistema produtivo estivo condicionada, tal e como describiu Otero Pedrayo⁹, pola particular configuración da orografía e a hidrografía do noso territorio —de relevo pouco enérxico e abundancia de auga— que deriva nun certo *isomorfismo estrutural*, favorable para a implantación dun sistema agrario viable pero fragmentado; orixe e razón dun elevado pero disperso desenvolvemento poboacional.

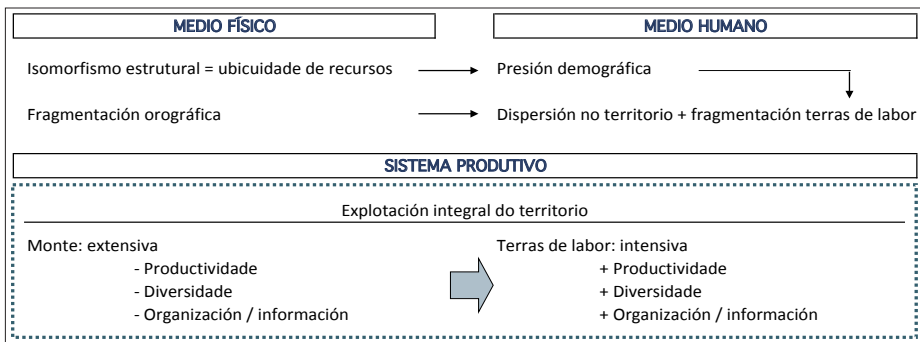
Trátase dun sistema produtivo agrario de carácter tradicional, articulado a través dunha explotación integral seguindo o canon descrito por Margalef¹⁰ no

⁸ García de Cortázar, J.A. e Martínez Sopena, P. (2008): *Los estudios sobre historia rural de la sociedad medieval hispano cristiana*, en Alfonso, I. (ed): *La historia rural de las sociedades medievales europeas*, PUV, Valencia.

⁹ Otero Pedrayo, R. (1954): *Ensaio sobor da paisaxe galega*. Galaxia, Vigo.

¹⁰ De acordo con Margalef, en Europa, a explotación tradicional da terra baseábase en granxas que organizaban o espazo do seu contorno como un mosaico de campos de cultivo, cerrumes, pastos e fragmentos de bosques, seguindo unha organización do campo máis ou menos relacionada coas concas de recepción. Comprobase que este mosaico resulta un instrumento de conservación moi eficaz, xa que mantivo e mesmo aumentou a diversidade das comunidades vexetais. O mecanismo

que o grao de explotación corre parello ao nivel produtivo do territorio: existe explotación intensiva —terras de labor— onde o solo é profundo e a pendente baixa —os fondos dos vales e os pés de monte— mentres que esa explotación devén extensiva onde a escaseza de solo e a pendente aguda son a norma —no monte—. Desta forma, prodúcese unha transferencia constante de materia e enerxía desde o monte cara ás terras de labor en forma de madeira e outros produtos forestais (ou a mesma utilización do toxo como piar da economía rural tradicional) cun resultado neto que non era outro que o incremento gradual da complexidade, a diversidade e a produtividade das terras de labor á conta dunha simplificación da realidade ecolóxica do monte (Esquema 1).



Esquema 1. Sistema territorial tradicional. Fonte: elaboración propia

En realidade, o anterior non foi máis que unha adaptación á pobre natureza agrolóxica dos solos galegos, o que obrigou a facer descansar sobre a contribución ofrecida polo monte a produtividade do todo o edificio agrario, dando como resultado un mosaico fragmentado e descontinuo de pequenos labradíos rodeados de espazos incultos.

O avance historiográfico que se produciu en Galicia desde o último cuarto do século pasado respecto deste modelo de organización do espazo foi notable, destacando pola súa capacidade explicativa as interpretacións baseadas na economía agraria, nas que é figura seminal o xeógrafo agrarista francés Abel Bouhier e a súa enciclopédica obra sobre o *vello complexo agrario* gale-

básico que conduciu a unha estrutura deste tipo é o diferente grao de explotación en función do seu potencial: a explotación foi máis intensa onde o sistema xa era máis produtivo e máis suave en rexións agrestes e en solos pobres. Citado en Rueda, S. (1995).

go¹¹; de igual forma que Villares¹² ou García Fernández¹³ contribuíron nomeadamente ao seu estudo e difusión.

En particular, a publicación da obra de Bouhier supuxo un enorme adianto na comprensión da conformación e a evolución recente deste sistema ao establecer relacións de causalidade entre o sistema agrario e o tipo de poboamento. Propón así a primeira caracterización morfoxenética do sistema de asentamentos galego a través da súa teoría das formas de organización agraria. Para Bouhier, o tipo de poboamento estaba subordinado ás tres formas de organización agraria identificadas por el: cerrados, *openfields* e agras, sendo esta última a máis estendida polo territorio de Galicia (imaxe 1).



Imaxe 1. As formas de organización agraria en Galicia. Fonte: BOUHIER, A., 1978

As agras son pezas de labradío delimitadas por un cerramento común e

¹¹ Bouhier, A (2001): *Ensayo geográfico de análisis e interpretación de un viejo complejo agrario*, Xunta de Galicia (Or. 1979).

¹² Villares, R. (1982): *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*. Siglo XXI, Madrid.

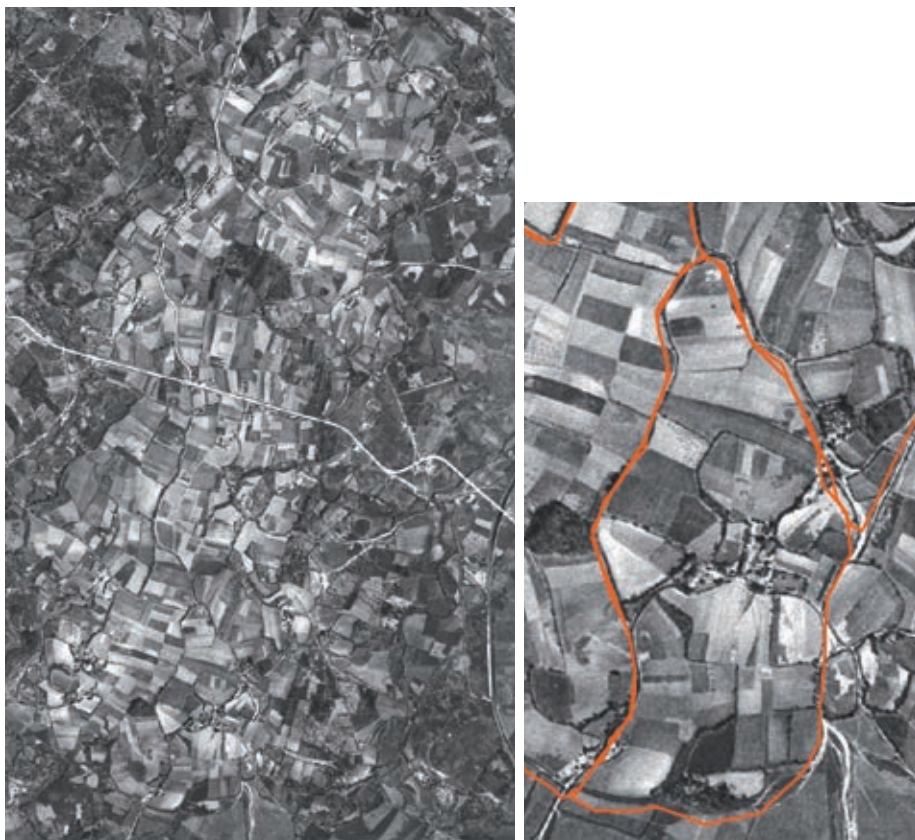
¹³ García Fernández, J. (1975): *Organización del espacio y economía rural en la España atlántica*. Siglo XXI, Madrid.

conformadas por conxuntos de parcelas sometidas a rigorosas regras de rotación coordinada e forzosa de cultivos. A través delas, os usos do solo asígnanse solidariamente a conxuntos enteiros de parcelas de distintos propietarios, de forma que os cerramentos individuais de cada parcela son substituídos por un único cerramento colectivo. Este sistema implica unha forte rixidez na súa explotación ao condicionar as decisións produtivas á anuencia do grupo, o que esixe un forte nivel organizativo dos propietarios mais facilita a cambio a realización colectiva dos traballos máis pesados e incrementa as capacidades produtivas do conxunto.

Unha produtividade que, coma nas demais formas de organización agraria en Galicia, depende do mantemento do resto da superficie dispoñible, denominada xenericamente como 'monte', en diversos graos de explotación extensiva (*pasteiros* para o gando, *estivadas* cerealistas extensivas, toxais [*Ulex europaeus*] para estrume ou cama para o gando...) (ímaxe 2). A súa disposición, ocupando os eidos ou terreos cultivados, condiciona por completo a lóxica espacial do modelo territorial —a distribución dos usos do solo— a través da produtividade agrícola como vector de organización espacial —os usos do solo son aqueles que maximizan a produtividade do sistema—, derivando así nun rixido sistema de organización agraria, tanto no tempo coma no espazo, que J. L. Dalda¹⁴ denomina como **régime de agras**.

Non obstante, a emerxencia do devandito **régime** non pode ser entendida sen lle prestar atención ao marco de organización social no que xorde, pois un e outro condicionan a natureza do modelo de asentamento poboacional.

¹⁴ Dalda, J.L. (1991): "La larga fase de aldea", en González-Cebrián, J. (ed.): *Documentos de Reflexión Urbanística*, n.º 3, Departamento de Proyectos arquitectónicos y urbanismo de la ETSAC.



Imaxe 2. Agrads en produción. Cerceda, 1954. Fonte: Xunta de Galicia e elaboración propia.

- ***O modelo de asentamento poboacional***

En efecto, por unha banda, a localización e morfoloxía dos asentamentos rurais é, certamente, función do sistema de organización agrario, pois cada casa dispoñía dun espazo máis ou menos xeneroso no que situar hortas, alpendres e distintos espazos de traballo, o que deu como resultado, en interacción cos condicionantes físicos antes descritos de isomorfismo estrutural e fragmentación orográfica, un sistema de asentamentos disperso sobre o territorio. Pero non é menos certo que as fortes rixideces que condicionaban a lóxica agrícola impedían, polo xeral, edificar no interior das agras, o que unido á organización colectiva de parte dos traballos de explotación, derivou na articulación do edificado arredor dunha específica unidade residencial: a **aldea**.

Jesús García Fernández¹⁵ puntualiza que a *pequeña aldea, que consta tan sólo de unas decenas de casas y habitantes y que constituye poblamiento laxo*, non era tan só a *unidad de poblamiento*, senón *también la unidad mínima de la organización del espacio*. Dalda¹⁶ estea este sistema de poboamento na lóxica territorial de todo o occidente europeo, recoñecida a través da historiografía francesa (Bloch e Duby), pero tamén inglesa e alemá, e mesmamente a española (García de Cortázar), na que se sinala a aparición da aldea como a forma de asentamento vinculada á formación dos señoríos baixomedievais debido á confluencia do baleiro de poder deixado pola ocupación romana e a apropiación de privilexios fiscais e xudiciais por parte dos emerxentes propietarios que rodean os seus dominios de inmunidade fronte aos funcionarios estatais¹⁷.

O contexto baixomedieval de crecente produtividade agraria e excedentes permite a consolidación patrimonial dos señoríos —laicos ou eclesiásticos— que van sometendo progresivamente as familias —xa sexa por debilidade destas ou por coacción do señor— ao pago dunha renda polo dereito a estaren instaladas e a explotaren as unidades de produción. Unidades que, como vimos, comprenden tres elementos fundamentais: o *casal* propiamente dito, as terras de labradío e uns dereitos de aproveitamento dos espazos comúns da colectividade e das súas instalacións, razón última, xunto coa organización común dos labradíos, da aldea como unidade de poboamento.

• O sistema viario

Nárdiz¹⁸ ofrece unha síntese integradora, desde o punto de vista histórico, das dinámicas territoriais que configuraron o sistema viario galego, segundo a cal a rede viaria baixomedieval tería perdido o carácter de organización territorial a grande escala que adquirira durante o Imperio Romano. Desta forma, a conformación dunha rede viaria organizada só sería unha realidade a partir do proceso de crecemento dos mosteiros e señoríos propio do período comprendido entre os séculos IX e XII e do fenómeno de urbanización desenvolvido arredor do camiño de Santiago.

Nárdiz diferencia entre esta rede principal, de longa distancia, da cada vez máis tupida rede capilar de servizo sobre a que se apoiaba toda a estrutura produtiva, que se vai densificando á vez que se configura e consolida o réxime

¹⁵ García Fernández, J. (*op cit*)

¹⁶ Dalda, J.L. (*op cit*)

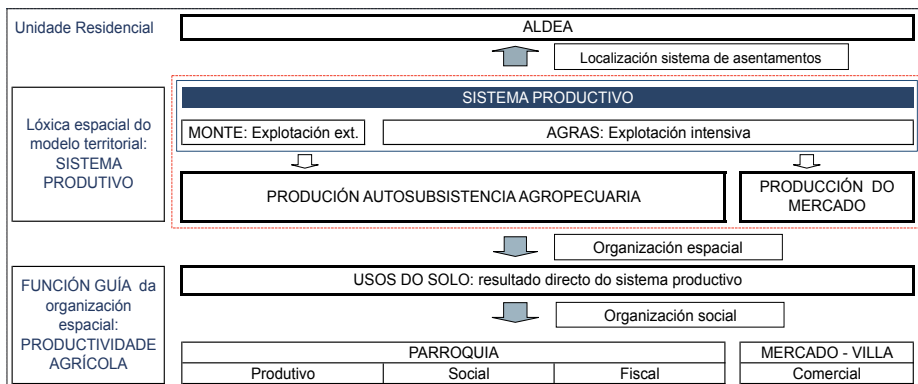
¹⁷ García de Cortázar, J. A. (1988): *Historia de España. La época medieval*, Alianza Editorial, Madrid.

¹⁸ Nárdiz Ortiz, C. (1992): *El territorio y los caminos en Galicia*. Colexio de Enxeñeiros de Camiños, Canais e Portos; Xunta de Galicia.

de agras da que é debedora. Sostén ademais, que esta última se mantén bastante á marxe da rede de longa distancia, ao tender as rutas principais a evitar as zonas baixas para minimizar os pasos sobre a rede hidrográfica e os vaos.

Pero ademais dese viario principal toda unha rede secundaria organiza as serventías de paso para o acceso ás parcelas postas en cultivo baixo o sistema colectivo das agras, articulando así o espazo produtivo, ao tempo que comunicaba as aldeas entre si e coas feiras e mercados periódicos.

O modelo territorial resultante da colusión espacial das tres variables consideradas ata agora —sistema produtivo, modelo de asentamento poboacional e rede viaria— baséase nun sistema de organización agraria —o réxime de agras— que aparece asociado á aldea como unidade residencial e organizado sobre unha rede viaria de proximidade. Un modelo de gran coherencia espacial no que os usos do solo teñen unha relación directa co sistema produtivo a través da produtividade agrícola como vector de organización agraria (esquema 2). E que constitúe o que hoxe consideramos unha paisaxe cultural, é dicir, unha paisaxe froito da acción combinada entre cultura e natureza. Unha paisaxe que non foi exclusiva da *finisterrae* galaica, senón que sería consubstancial á organización agraria de boa parte do Occidente medieval europeo, podendo-se considerar estruturalmente conformada en torno aos séculos IX-XII a través dunha agricultura desenvolvida no marco das relacións de produción propias do apoxeo feudal¹⁹.



Esquema 2. Modelo territorial do réxime de agras. Fonte: elaboración propia.

Non obstante, ao revés que no resto da Europa occidental, onde a paisaxe cultural resultado do réxime de agras desapareceu hai varios séculos (ou mes-

¹⁹ Dalda (*op cit*).

mo que no resto de *finisterraes* europeas —Bretaña, Gales, Irlanda...— onde o fixo algo máis recentemente), o singular no caso de Galicia é que ese modelo territorial e a súa paisaxe se mantiveron plenamente vixentes ata os anos 60 do s. XX, momento en que comezou unha acelerada desarticulación dun sistema agrario que se caracterizara pola súa estabilidade, desde o punto de vista estrutural, durante un período próximo aos 800 anos.

As interpretacións historiográficas ás que fixemos alusión con anterioridade sitúan as bases de tan extraordinaria lonxevidade na incardinación deste modelo territorial nas relacións de propiedade, produción, consumo e repartición da riqueza propias da sociedade feudal. O que é o mesmo que dicir que existen relacións de causalidade recíproca entre o modelo territorial do réxime de agras e a economía política da sociedade feudal.

Só desde esta perspectiva podemos comprender entón que o *casal* familiar é, efectivamente, a célula básica da explotación da terra, pois cada un deles supón unha cota de parcelas do agra, ou de dereitos sobre o pasto ou o monte, no marco estrito da economía agraria vinculada á reprodución social do campesiñado organizada espacialmente en agras e aldeas. Pero que ese mesmo casal é, ao mesmo tempo, a unidade clave de produción e exacción de rendas no marco da economía política do sistema social no seu conxunto, orientada cara á reprodución social do estamento nobre —laico e relixioso— dominante e organizada espacialmente en señoríos, monacatos e parroquias.

Unha dobre condición sobre a que se asentou a enorme estabilidade que adquiriu a sociedade feudal no contexto europeo e que, no caso particular de Galicia, estableceu as bases para a **paradoxal supervivencia da súa economía política por riba das transformacións da economía e da política** que levaron o conxunto do Occidente europeo ás súas dúas transicións históricas fundamentais, é dicir, o paso do feudalismo ao estado centralista e deste ao liberalismo da Idade Moderna.

Un percorrido histórico sobre o que deseguido ofrecemos unha relectura desde a perspectiva do modo en que interaccionan o modelo territorial do réxime de agras e a economía política da sociedade feudal máis alá do propio Medioevo, dando así lugar ao que denominaremos como a *economía política do réxime de agras*.

2. INTERPRETACIÓN ECONÓMICO-ESPACIAL DA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DO MODELO TERRITORIAL DA SOCIEDADE AGRARIA TRADICIONAL

2.1. XÉNESE. A conformación do réxime de agras (séculos IX–XII)

O réxime de agras xorde en Galicia a partir da colusión dun dobre proce-

so de estabilización: agraria, como modelo de optimización da produtividade agrícola, xusto no momento en que o cultivo se fai definitivamente sedentario; e **política**, ao redor da consolidación da ata entón débil orde monárquica. Nese marco político, as ordes monásticas cobran unha especial relevancia debido á política rexia de contrarrestar o poder e a apropiación de beneficios das nobrezas laica e eclesiástica, para o que se valeron da concesión de substanciosas contraprestacións económicas en forma de xenerosas dotacións de terras aos mosteiros a cambio da súa posta en explotación e do seu control político baixo o recoñecemento da monarquía.²⁰

É nese contexto cando o foro aparece como a fórmula xurídica a través da cal se institucionaliza, por unha banda, a economía política da orde monárquica en construción, é dicir, a organización política da actividade económica orientada ao mantemento da devandita orde, e por outra, o control do espazo, ou sexa, do territorio sobre o que se estende a vasalaxe propia do sistema feudal. Polo tanto, e independentemente da controversia respecto de se o foro está na orixe mesma das formas de organización agraria²¹ ou se só funcionou como factor de rixidez ou *esclerose* das mesmas²², o que nos interesa aquí é o **claro papel de bisagra que o foro xogou entre o modelo territorial e a economía política do réxime de agras**, o que analizamos a continuación.

O foro é un contrato mediante o cal o posuidor das terras lles cedía o seu usufruto a quen as traballase —dominio útil— en troques da asunción de obrigas de carácter vasalático, canonicamente feudais, e do pagamento dunha renda —dominio directo— baixo estritas condicións de estabilidade espacial e temporal baseadas, respectivamente, na indivisibilidade das terras aforadas e na conversión do foro nun contrato de longa duración ou mesmo de perpetuidade²³.

Os conceptos polos que o foreiro debía satisfacer as rendas alcanzaban, espacialmente, a todo aquilo que lle era entregado. Así, xeraban rendas a casa, as hortas e cortiñas, os labradíos, o gando de labor, de se lle entregar, e ata a parte correspondente do monte precisa para a extracción de leña, pastoreo do gando, ou outros complementos agrarios. É dicir, **o foro estendíase a unha unidade de produción en cuxa indivisibilidade radicaba a súa propia viabilidade como explotación, así como a natureza dispersa do modelo resultante**

²⁰ Villares, R. (2004): *Historia de Galicia*. Galaxia, Vigo.

²¹ Tal como afirma García Fernández, J. (*op cit*).

²² Segundo a tese de Bouhier, A. (*op cit*).

²³ García de Cortázar, J. A. (1988): *Historia de España dirigida por Miguel Artola. La época medieval*. Alianza, Madrid.

de ocupación do territorio. Unha tendencia, no entanto, notablemente minimizada polas rixideces espaciais do propio réxime de explotación agrario que, como vimos, obrigaba a unha certa compactación das aldeas a prol da optimización da produtividade das agras.

As melloras técnicas e organizativas introducidas polos mosteiros como grandes impulsores e beneficiarios do sistema xeraron unha importante expansión agraria ata finais do s. XIII, pero esta riqueza non puido ser orientada, coma no caso castelán, cara á expansión territorial cara ao Sur debido á aparición do reino portugués²⁴. Circunstancia que permitiu, unha vez superadas as expedicións normandas e viquingas, desenvolver unha importante actividade comercial cos portos do norte de Europa sobre a que se fundamentou a actual estrutura urbana de Galicia. De resultados de todo isto se produce unha incipiente monetarización da economía que lles permite á nobreza e ao clero orientaren os excedentes agrarios que os campesiños lles transmiten en especie a través do foro ao nacente mercado urbano. Trigo e viño, con seren cultivos claramente inadecuados para o clima galego, eran os produtos que máis alto prezo acadaban no mercado e, xa que logo, aqueles nos que debía ser paga a renda.

Os beneficios obtidos co comercio, así como a riqueza drenada a través das rendas forais, axudaron a consolidar unha economía política relativamente simple ou pouco sofisticada, se se quere, pero extraordinariamente estable (véxase esquema 1), cuxos resultados espaciais, en canto ao sistema produtivo, modelo de asentamento poboacional e rede viaria, son os que se expuxeron na síntese descritiva.

E se asumimos a tese de que a solidez das relacións entre o modelo territorial e a economía política a el asociada é o que garantía a estabilidade do réxime señorial analizado, o seu mantemento nun contorno tan dinámico como o europeo e durante un período temporal tan extenso como o apuntado con anterioridade, só pode ser explicado a través dun proceso involutivo, de acumulación de pequenos cambios internos que endexamais comprometeron nin a supervivencia das dúas partes da ecuación —as relacións de propiedade, produción, distribución e consumo e o modelo territorial sobre o que se despregabán— nin as relacións establecidas entre elas.

2.2. INVOLUCIÓN. A economía política do réxime de agras do s. XIV ao s. XX *Feudal Vs foral. Crise baixomedieval e transición á Idade Moderna.*

A finais do s. XIII a capacidade expansiva do sistema señorial, tanto eco-

²⁴ Villares, R. (2004): *Historia de Galicia*. Galaxia, Vigo.

nómica como espacialmente, chegara ao seu cénit. Coa crise baixomedieval, instaurouse un período de forte inestabilidade política, económica e social. A peste, as malas colleitas e a fame detiveron o proceso de crecemento económico e demográfico dos séculos anteriores, asestándolle un duro golpe á economía de base urbana e comercial, onde os seus efectos foron máis intensos. Nese contexto recesivo, a nobreza laica, que sempre tivera máis problemas de consolidación patrimonial que a relixiosa no marco territorial de Galicia, apoiouse sobre os cambios dinásticos derivados do ocaso da casa dos Trastámara para se enfrontar abertamente co clero a prol dunha repartición das rendas que lle fose máis favorable²⁵. Un conflito que incrementou notablemente a presión da renda sobre o campesiño e que conduciu ao estalido das Guerras Irmandiñas como primeiro intento serio por desmontar o sistema señorial.

Os efectos políticos da vitoria da nobreza naquelas guerras —a consecución do poder— foron borrados pouco tempo despois polas reformas emprendidas polos Reis Católicos para a construción do estado centralista castelán, a través das cales lles devolveron á Igrexa o poder económico que fora perdendo fronte ao empuxe da nobreza laica. Así e todo, a situación de inestabilidade e de crise económica erosionara tanto a capacidade de boa parte do campesiñado para facer fronte ás débedas contraídas coa nobreza e mais o clero²⁶ como a eficacia deste último para facer efectivo o pagamento das devanditas débedas por parte dun campesiñado remiso incluso ao pagamento da renda foral, consciente de que o seu debilitamento demográfico presionaba á baixa sobre o valor real da rendas²⁷.

É nese contexto cando a fidalguía intermediaria —un conxunto de escudeiros, eclesiásticos e titulares de cargos administrativos, burocráticos ou de goberno, quer dicir, o soporte humano da nova Administración centralizada instaurada polos Reis Católicos²⁸— emerxe como o colectivo co suficiente poder económico, político e social como para resolver a situación, xa fose mercándolles o dominio útil aos campesiños arruinados ou asumíndoo como cesión directa por parte do clero para garantir o mantemento da orde e o cobro das rendas a cambio dunha parte das mesmas.

A fidalguía encargouse deste xeito de manter en pé o sistema señorial,

²⁵ Presedo Garazo, A. (2008): *A fidalguía galega. Estudos sobre a reprodución social dos fidalgos na Galicia Moderna*. Lóstrego, Vigo.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ García Fernández J. (*op cit.*).

²⁸ Villares, R. (*op cit.*).

pero a cambio, precisamente, de despouílo da súa compoñente vasalática, o que lle permitía asumir o dominio útil das terras que o clero lles entregaba en foro sen por iso deberlle máis obediencia persoal que o pagamento da renda debida. Para obter esa renda, os fidalgos entregáronlles en *subforo* o seu propio dominio útil aos mesmos campesiños que as viñan traballando e que agora vían incrementados os gravames que tiñan que satisfacer, pois ademais de eles pagaren a renda do foro debían asumir tamén a do fidalgo intermediario.

En consecuencia, e ante as escasas posibilidades de incrementar as terras en cultivo, por mor dos condicionantes ecolóxicos (pobreza agrolóxica do solo e necesidade de explotación extensiva do monte) e xurídicos (indivisibilidade do foro), o campesiño viuse obrigado a intensificar o sistema agrario como único recurso co que liquidar a situación. Deste xeito, o campesiñado segue a reter unicamente a produción que lle garante a súa reprodución social, á vez que transfire en concepto de rendas en especie —agora aumentadas— as colleitas que os rendeiros orientan ao mercado urbano onde conflúe a produción artesanal. Un mercado que abastece de recursos alimenticios o conxunto da poboación urbana —rendeira ou non— e rendeira —urbana ou non— e sobre o que se ergue o consumo suntuario desta última.

Así, o grao de monetarización da economía galega apenas sofre modificacións desde os tempos feudais, posto que os factores propiamente produtivos dos estamentos privilexiados —é dicir, o que serían os *servizos relixiosos* no caso do clero e os servizos á coroa e ao propio clero por parte da fidalguía— quedan, de igual maneira que a terra mesma, fóra do circuíto monetario. E a economía agraria permanece igualmente á marxe da economía monetarizada, posto que a produción agropecuaria só entra a formar parte dun ciclo económico —o do consumo suntuario das clases rendeiras— por completo alleo á economía agraria, que seguiu inscrita baixo formas de produción totalmente descapitalizadas. (esquema 2).

En definitiva, o novo estado centralista dos Reis Católicos acadou os seus obxectivos de integración política de Galicia a través da conversión da **economía política feudal**, como cristalización material de toda unha civilización, nunha **economía política foral**, como simple instrumento de control baseado na fidelización política dunha elite local á que se lle permite a dominación económica do pobo mediante a transmutación da institución vasalática que era o foro nun contrato económico. Isto supuña incrementar de forma salientable a contía da renda que se tiraba da terra —o suficiente como para soste economicamente á fidalguía— a condición de que o campesiño fose capaz de

asumir o incremento da presión sobre a súa curta economía agraria.

A ese respecto, esgotadas finalmente as posibilidades de ampliación do labradío, a solución veu precisamente da intensificación produtiva do monte, transformando as zonas menos hostís ao cultivo nunhas terras de labor temporais de rozas ou estivadas a cambio dun notable incremento da forza de traballo necesaria para manter en pé o sistema produtivo. Un incremento poboacional que non tivo efectos perceptibles sobre o sistema de asentamentos, ao se manter incólume a indivisibilidade das unidades produtivas individualizadas no casal familiar, absorbéndose a través da institución da *mellora*²⁹ e da creación da *compañía familiar galega*³⁰ os incrementos poboacionais sobre a estrutura habitacional existente.

Foi así que, no marco da transición do feudalismo á Idade Moderna, cambios meramente epiteliais nas relacións de propiedade e distribución, respondidos por unha intensificación produtiva como única mutación do modelo territorial, permitiron a plena vixencia da economía política do réxime de agras máis alá da sociedade e a economía feudais que a viron nacer. O prezo que houbo que pagar por iso foi o mantemento dunha poboación ruralizada e pouco rendible fiscalmente, dada a escaseza da actividade económica de carácter urbano, que é da que se nutría a facenda rexia.

Un prezo baixo se consideramos o carácter periférico que Galicia tivo para a monarquía dos Reis Católicos, pero moi baixo respecto do seu futuro desenvolvemento territorial: ao utilizar a economía política medieval como elemento de control político e económico, o estado centralista sumiu o complexo agrario galego nun proceso de carácter involutivo ao permitir que o crecemento dos excedentes se desviase cara á ampliación dunha clase rendeira improdutiva economicamente. Así, impediuse a expansión da economía en función do crecemento da produción e fosilizouse o espazo construído polas relacións de produción feudais, o que introducirá a Galicia nun longuísimos camiño sen saída produtivo e institucional.

• *Inestabilidade próxima ao equilibrio. O ciclo involutivo do réxime de agras durante o Antigo Réxime*

Superada xa a crise baixomedieval, a reactivación económica, fundamentada sobre o fluente ouro americano, e o incremento poboacional con que

²⁹ Dubert, I. (2002): *Del campo a la ciudad. Migraciones, familia y espacio urbano en la historia de Galicia, 1708-1924*. Nigra, Vigo.

³⁰ García Fernández, J. (*op cit*).

respondeu a economía agraria ao aumento das cargas señoriais derivadas da implantación social da fidalguía, provocaron un proceso inflacionista sobre o valor da terra que, pola súa banda, lles permitiu aos rendeiros transformaren o carácter hereditario do foro para facelo temporal. Algo que debeu ser xeral a partir do s. XVI e que posibilitou a xeneralización do subforo e, con el, o incremento dos gravames que pesaban sobre a terra³¹.

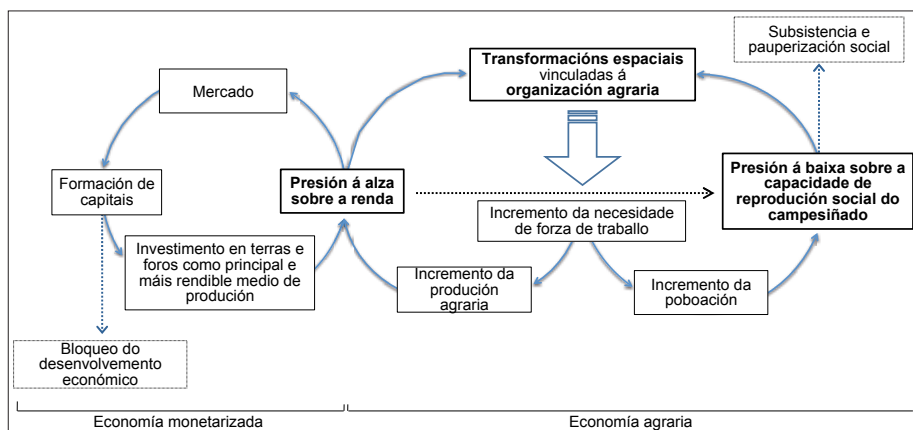
A resposta campesiña, ante a ausencia de melloras tecnolóxicas ou de procesos de capitalización volvía ser —porque só podía ser si— a mesma: a intensificación do sistema produtivo. E o seu éxito pechaba o círculo involutivo, ao volver colocar aos rendeiros en posición de esixiren novas cláusulas para a renovación do contrato foral, encerrados pola demanda de nobres e burgueses á procura de fórmulas para lle dar a máxima rendibilidade ao seu capital a través da obtención de foros³². Por outra banda, a alza sobre as rendas, unida ao incremento da poboación necesaria para soste a inxección de forza de traballo requirida, presionaban á baixa sobre a capacidade de reprodución social do campesiñado, o que, á vez que o mantiña nos límites físicos da subsistencia, empuxábo a buscar novas prácticas agrarias que aliviasen as súas condicións de pauperización social.

Desta forma, cada innovación desenvolvida no marco da economía doméstica campesiña non facía senón reverter no mantemento das condicións propias da economía política do opresivo réxime señorial. Trátase dun proceso de carácter involutivo que podemos interpretar a través dun modelo no que as variables económicas (renda) e espaciais (organización agraria) permanecen nunha sorte de **inestabilidade próxima ao equilibrio**³³ grazas á capacidade do sistema produtivo para manter un constante incremento das rendas extraídas do campo mediante as oportunas transformacións espaciais ligadas a sucesivas innovacións e cambios desenvolvidos polo campesiñado sobre a organización agraria (esquema 3).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Prigogine, I. (1983): *¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden*. Tusquets, Barcelona.



Esquema 3. Modelo interpretativo do carácter involutivo da economía política do réxime de agras. Elaboración propia

A exitosa adaptación agrícola do millo e mais a pataca ao longo do século XVIII permítenos exemplificar á perfección o modelo exposto.

Tras a xeneralización do subforo, que era xa unha realidade plena a principios do s. XVII, o incremento poboacional foi paulatinamente presionando o espazo agrario e deteriorando as condicións materiais de vida dun campesiñado que vía como debía manter improductiva boa parte dos seus escasos espazos de labradío debido á limitación por excelencia que impuñan os ciclos agrícolas baseados nos cereais de inverno: o barbeito. A introdución, primeiro do millo nas zonas costeiras e, posteriormente, da pataca no interior, como cultivos de ciclo curto, permitiron a transición do complexo agrario galego cara a un policultivo intensivo no que xa non era preciso o barbeito, estando a terra en produción todo o ano. Unha transición que, lonxe de apoiarse nunha eventual capitalización do agro ou en melloras tecnolóxicas, fundamenteouse na incorporación do monte como provedor sistemático de toxo para garantir unha estercadura masiva e continua do labradío mediante unha enorme inxección adicional de traballo, ata o punto de absorber a totalidade do forte crecemento demográfico do s. XVIII.

Pero ao utilizar a terra e o traballo como únicos factores de produción, desviando o capital como simple instrumento de acumulación de rendas mediante a compra de terras e foros, inhiíbuse a súa potencial evolución cara a unha economía expansiva apoiada no incremento da produtividade agraria ao lastrar o crecemento de base industrial atraendo os capitais cara ao lucrativo negocio do cobro de rendas forais. Ben ao contrario, o sistema no seu

conxunto derivou cara a un *crecemento involutivo*, quer dicir, unha economía agraria capaz de prover un volume de rendas máis alto producido por un campesiñado máis numeroso, pero baixo formas de produción precapitalistas completamente á marxe dos ciclos da economía monetarizada.

As consecuencias espaciais destes procesos (máis alá das transformacións operadas no sistema produtivo) sobre a rede viaria e o sistema de asentamentos foron máis notables polo que se refire ás bases que achegaron para futuras transformacións —como máis adiante veremos—que no que supuxeron en si mesmas.

De feito, a drenaxe do excedente agrario cara aos mercados potencia timidamente o sistema de asentamentos urbanos, pero, ao manter no límite da supervivencia material a masa campesiña, fosiliza o sistema de asentamentos rurais, tanto polo que se refire á morfoloxía, a través da conservación da estrutura e disposición das aldeas vinculadas ao réxime de agras, como polo que atinxe á construción, mantendo as posibilidades edificatorias no mínimo ligado á economía de subsistencia.

Do mesmo modo, o crecemento do volume físico das rendas forais e o progreso tecnolóxico en materia de transportes esixen unha transformación da rede viaria que une o sistema produtivo cos mercados urbanos, pero non da que articula o acceso e servizo do espazo agrario. Así, desde a institucionalización do Estado moderno, é a Real Audiencia a que xestiona o financiamento das pontes e os camiños desa rede viaria principal³⁴ que articula o sistema urbano e a este co medio produtivo e, aínda que o seu desenvolvemento foi realmente moi escaso ata finais do s. XVIII, puxo as bases administrativas e económicas da súa posterior transformación no s. XIX.

Foi precisamente a partir do s. XVIII cando a política ilustrada de extensión dunha rede viaria capaz de articular un mercado nacional comezou a facerse notar moi timidamente no caso de Galicia. Pero o salientable do proceso é que comeza a abrirse unha profunda **brecha organizativa** entre o territorio da economía monetarizada, que segue as leis do mercado e que soporta a rede de asentamentos urbanos e camiños, e o territorio vinculado á produción agrícola, que segue unha lóxica espacial estritamente produtiva desligada do mercado.

Unha brecha que había seguir ensanchándose namentres non rachase polo menos un dos dous alicerces da economía política do réxime de agras: a rendibilidade económica do sistema foral —co que supón en canto ao cre-

³⁴ Nárdiz (*op cit*).

cimento económico— ou a capacidade do espazo agrario para alimentar ese crecemento a través da súa intensificación produtiva. Desde esta perspectiva, podemos concluír que o éxito agrícola do policultivo intensivo, baseado na adaptación dos cultivos de ciclo curto, foi de tal magnitude que non só fixo posible a súa supervivencia máis alá da transición histórica do Antigo Réxime ao liberalismo a través da desamortización, senón que, como veremos máis adiante, foi capaz de reforzar o piar espacial e produtivo do sistema ata tal punto que este só sucumbiu ante os embates económicos que lle chegaron desde o exterior.

• *Economía monetarizada Vs espazo descapitalizado. Crise do Antigo Réxime e transición ao liberalismo*

No momento en que o Antigo Réxime comeza a afundirse politicamente, a monetarización da economía seguía a ser a mesma que nos tempos feudais do réxime de agras. O agro seguiu manténdose á marxe da mesma, por máis que se investisen grandes sumas de diñeiro en adquirir terras en foro durante a desamortización dos bens eclesiais. De feito, o que se venderon foron rendas forais, e non terras en libre disposición, motivo polo cal os compradores, fidalgos e burgueses na súa maioría, se converteron en novos rendeiros, pero nunca en novos propietarios.

Neste contexto era absolutamente necesario excluír o monte da pulsión desamortizadora, posto que sen o auténtico sostén do edificio agrario³⁵, o foro, como institucionalización da transferencia do excedente do complexo agrario tradicional, sería inviable. Desta forma, ao final do proceso desamortizador producíronse cambios na propiedade que en nada modificaron as relacións subxacentes, as cales seguían articuladas arredor do foro, á vez que as relacións de produción, distribución e consumo permanecían intactas. Unha vez máis, a economía política do réxime de agras, agora por completo nas mans da fidalguía tras o seu longo conflito co clero, sobrevivía a unha transformación total do sistema político e do modelo económico do conxunto do país.

É preciso sinalar que o mantemento do sistema foral tras as desamortizacións decimonónicas non se pode considerar como algo incoherente co esforzo desamortizador, dado que, de acordo coa teoría económica fisiocrática —que lle atribuíu á terra a orixe da riqueza— sobre a que se inspiraron

³⁵ Bouhier (*op cit*).

as medidas desamortizadoras³⁶, o seu principal obxectivo era a consecución dunha propiedade da terra plena e libre como ferramenta para a mellora dos seus rendementos. Pero o réxime de agras e a súa involución desde os tempos dos Reis Católicos supuxeran tal incremento da produtividade agraria que a súa supresión tería sido un contrasenso, polo que a desamortización, o único que fixo, foi acabar coa prohibición de allear os dereitos de renda. Algo que tivo os seus efectos, e moi notorios, sobre a economía monetaria das elites pero que pasou totalmente desapercibido para unha economía agraria que se seguía mantendo á marxe baixo formas de produción precapitalistas e que, dende o punto de vista do espazo, supuxo un ensanche cada vez maior da brecha organizativa á que aludiamos con anterioridade.

No entanto, o feito de que o réxime de agras e o seu sistema institucional e social asociado saísen airosos do proceso desamortizador non quere dicir que a economía resultante se acomodase á realidade do contexto, non xa europeo, senón, nin sequera, español. A pesar de que o perfeccionamento e a virtuosidade técnica do policultivo intensivo seguían sendo abondos como para alimentar as rendas dun avultado corpo de rendeiros, o estancamento económico que derivaba da situación no seu conxunto tivo o seu correlato espacial. Este foi perfectamente medible, tanto na estrutura urbana, vista a leve modificación operada nas porcentaxes de poboación urbana entre 1787e 1900³⁷, como no sistema de asentamentos rurais, que apenas sufriu ningunha mudanza malia o forte incremento poboacional do período.

Así, entre 1850 e 1950, o parque de vivendas e, en consecuencia, a estrutura dos núcleos, mostrou unha estabilidade superior ao da poboación³⁸. É dicir, que nin decrecementos nin crecementos non demasiado ostensibles implicaban unha modificación substancial do número de casas. Unha razón disto estriba na existencia, algunhas veces ata os anos 60, de asociacións familiares chamadas 'compañías', que agrupaban baixo o mesmo teito ascendentes, descendentes e mesmo individuos colaterais dunha mesma liñaxe. Do mesmo xeito que o fixeran en séculos anteriores, as compañías familiares seguiron a xogar o papel dun verdadeiro freo nas transformacións da estrutura dos núcleos do hábitat rural: en momentos de regresión demográfica redistribuíanse nas casas, e cando a poboación se incrementaba, aumentaba o número de

³⁶ Martí Gilabert, F. (2003): *La desamortización española*. Rialp, Madrid.

³⁷ Dubert, I. (2002): *Del campo a la ciudad. Migraciones, familia y espacio urbano en la historia de Galicia, 1708-1924*. Nigra, Vigo.

³⁸ Bouhier, (*op cit*).

persoas por lar³⁹.

Pola contra, sobre o sistema viario si operou un cambio conceptual durante a Ilustración, que derivou nunha transformación estrutural da rede que, aínda que tímida nos seus inicios a finais do s. XVIII, comezou a ser máis conspicua na segunda metade do s. XIX. A necesidade de articular un mercado nacional levou á monarquía ao establecemento dunha rede de *camiños reais*, camiños de carros aptos para o transporte rodado que debían permitir unhas comunicacións rápidas e favorecer o crecemento económico do país. Estas premisas fixeron inválidos os camiños medievais que, na súa economía de medios, evitaban trazados polo fondo dos vales, recorrendo a miúdo a fortes pendentes para alcanzar rapidamente cotas elevadas e minimizar así as interferencias, en número e tamaño, coa rede hidrográfica⁴⁰. Cumpriu, daquela, facer descender a rede viaria ás zonas baixas e conducir os seus trazados polas ladeiras co fin de adaptar as pendentes ás novas necesidades de transporte.

Estes novos trazados introduciron así un primeiro elemento de incoherencia espacial no modelo territorial vixente ao irromper esoxenamente sobre o espazo agrícola dunha forma que non se fixera desde a implantación da rede de calzadas romanas, o que reflectía, á súa vez, a incoherencia entre a vontade liberal da política económica dos ilustrados⁴¹ e a anacrónica realidade agraria. Pero ao mesmo tempo, a brecha organizativa, á que fixemos referencia con anterioridade entre os espazos monetarizados e os non monetarizados, converteuse nun abismo, posto que, a medida que o crecemento económico se acumulaba nos primeiros —aínda que este fose escaso e espasmódico en comparación coas economías centrais— xerábanse medios de produción e transformación espacial cada vez máis poderosos, en canto que o campesiñado, impedido de capitalización, seguía producindo o seu espazo nunha sorte de estancamento temporal.

En definitiva, ao rematar o proceso desamortizador, o clero desaparecera —ou polo menos debilitárase sensiblemente— como clase rendeira e a fidalguía erixírase en única triunfante do decadente sistema foral. Pero, do mesmo xeito que os efectos económicos da vitoria da nobreza nas guerras irmandiñas foran borrados pola crise política da transición á Idade Moderna, os efectos políticos que, en canto á repartición de poder, se derivaron da vitoria final da fidalguía sobre o clero, foron borrados pola urxencia dunha crise económica

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Nárdiz, C. (*op cit*).

⁴¹ Beiras, X.M. (*op cit*).

que esta non soubo ler, acomodada como estaba no seo dun sistema socialmente pechado e economicamente illado: nin a solidez institucional do foro, nin a preponderancia política da fidalguía puideron coutar a onda expansiva dos mercados derivada da internacionalización da economía a finais do XIX.

A duradeira *inestabilidade próxima ao equilibrio* entre a espacialidade da organización agraria e a economía das rendas forais, que parecía capaz de levar o sistema ata o límite da intensificación agrícola, ía rachar antes polo lado económico, ao perder subitamente as rendas o seu valor.

• *O réxime de agras sen a súa economía política (1880-1959)*

O que a supervivencia da economía política do réxime de agras lle negou á agricultura galega durante tantos séculos, as melloras tecnolóxicas e a capitalización, empezoulle a chegar de fóra a partir do último terzo s. XIX. A imparabile industrialización británica activara unha forte demanda de carne de vacún para alimentar a crecente masa obreira urbana que supuxo unha vía inicial de capitalización do agro galego. Tal e como documenta Villares⁴², ata 1880 víñanse exportando cara a Gran Bretaña, xa fose directamente ou a través de Portugal, entre trinta e corenta mil cabezas de gando vacún; un proceso que supuxo a inserción da economía agraria no mercado, ao pechase por primeira vez no seu seo un ciclo económico completo de produción, distribución, consumo e investimento. Así e todo, ao redor desa data, o mercado europeo vese inundado de produtos agrarios ultramarinos (trigo e, sobre todo, carne) moito máis baratos que os producidos en Europa, o que desatou unha crise de prezos agrarios que afectou a toda Europa e, por suposto, tamén a Galicia, de forma particularmente singular, como veremos.

En efecto, a crise provocou unha reacción de carácter proteccionista común a toda Europa para defender os mercados interiores da competencia exterior, o que posibilitou que, en Galicia, a exportación de gando vacún se reorientase cara ao mercado nacional. Mais tamén tivo o efecto de erosionar os ingresos dos rendeiros, que viron como as rendas e todo o edificio agrario que as mantiña, deixara de ser un negocio.

Perdida a súa rendibilidade, a economía das rendas forais esmorece con rapidez pero, en cambio, a parte non monetarizada da economía, é dicir, a economía agraria no seu conxunto, aínda estaba suxeita ás inercias institucionais e xurídicas do sistema foral. Esta circunstancia alongou artificialmente o inicio do proceso económico de capitalización agraria a través da reden-

⁴² Villares, R. (1982): *La propiedad de la tierra en Galicia. 1500-1936*. Siglo XXI, Madrid.

ción dos foros, é dicir, o pagamento dunha indemnización pola extinción dos seus dereitos a cambio da **plena posesión** da terra para o campesiño.

Neste contexto, a capitalización do campesiñado pola dobre vía da exportación de gando e a chegada das remesas dos emigrantes, especialmente de Arxentina, así como a súa capacidade organizativa a través da emerxencia do movemento agrarista, aceleraron a redención foral, que comezara a ser unha realidade espontánea xa a finais do s. XIX⁴³. Desde aquela, ata a década de 1930, cando a maior parte dos foros xa está redimida, o proceso redencionista absorbeu a maior parte da incipiente capacidade de capitalización do campesiñado, xusto no momento en que o resto das economías rurais da cornixa cantábrica daban o salto definitivo da súa inserción no mercado a partir da súa especialización leiteira, dinamizada pola industria de transformación⁴⁴.

O anterior supuxo un punto de inflexión que separará definitivamente a economía rural de Galicia das súas irmás cantábricas, porque os procesos especulativos que se desenvolven no marco da redención foral, aos que alude Beiras⁴⁵ ou que describe García Fernández⁴⁶, en forma de fragmentación da propiedade agraria e da profunda *minifundización* do agro que hoxe coñecemos, farían aínda máis difícil a transición capitalista do agro galego cando esta fose posible. E iso non ía ocorrer —como se podía esperar— cando rematase o proceso redencionista porque, para cando o desmantelamento institucional e xurídico da economía agraria non monetarizada foi un feito, o país no seu conxunto estaba xa sumido na dinámica prebélica do magno conflito da Guerra Civil.

No posterior fracaso do modelo de nacionalismo económico (autarquía) da posguerra, caracterizado pola penuria, a escaseza, o racionamento e o estancamento económico máis absoluto, as prácticas sociais dunha produción orientada á subsistencia e ao autoconsumo axeitábanse como un guante, ao tempo que a capitalización agraria iniciada poucos anos antes quedou bloqueada, detendo calquera posibilidade de desenvolvemento agrario. Isto obrigou ao campesiñado a estirar as formas produtivas do réxime de agras, pero agora sen o tecido xurídico, institucional e social que o sostíña, é dicir, desposuído da economía política que lle servira de fundamento desde os tempos altomedievais. O anterior conduciu a agricultura galega a un último

⁴³ Villares, R. (1982): *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*. Siglo XXI, Madrid.

⁴⁴ García Fernández, J. (*op cit*).

⁴⁵ Beiras, X.M. (1981): *O atraso económico de Galicia*. Galaxia, Vigo (Or. 1973).

⁴⁶ García Fernández, J. (*op cit*).

e decrepito xiro involutivo e impediu unha vez máis unha integración plena nos mercados. Porén, as aldeas sobre as que se organizaba a súa produción, en evolución inextricablemente unida a unha rede viaria xa moi desenvolvida desde a súa transformación conceptual no s. XVIII, comezaron a ver reflectida, na súa progresiva desorganización, a inminente desarticulación á que se ía a ver sometido o que quedaba do modelo territorial do réxime de agras.

En efecto, a capitalización do campesiñado, aínda truncada na súa maior parte polos procesos redencionista e posbélico, permite a emerxencia dun pouco numeroso campesiñado acomodado que, *preocupado por escapar de la tutela de la aldea, pero al mismo tiempo deseoso de no alejarse demasiado de ella para no perder ninguna de las ventajas que podía ofrecer*⁴⁷, sitúase nos lindes do labradío. Mais, ao mesmo tempo, o atraso na monetarización e o mantemento da economía de subsistencia nun contexto de abafante presión demográfica e de escaseza de terras, levou a multitude de campesiños pobres a instalarse en terras marxinais ou á beira das estradas nun intento por evitaren, polo menos temporalmente, a emigración.⁴⁸

Desta forma, a través dun dobre proceso de diferenciación social foise rompendo a hexemonía indiscutible que durante oito séculos mantivo a aldea dispersa como unidade funcional de referencia do sistema de asentamentos a través dunha dinámica de *emulsión*⁴⁹ ou **(proto)diseminación**⁵⁰ que se pode detectar ao longo de toda a primeira metade do s. XX e que se viu extraordinariamente favorecida pola continua expansión da rede viaria.

2.3. COLAPSO. A TRANSFORMACIÓN DA PAISAXE CULTURAL DO RÉXIME DE AGRAS

Foi así como, aínda coa economía das rendas forais desaparecida tras a crise agraria de fin de século, o proceso redencionista primeiro, e a autarquía despois, desprazaron no tempo —ata a década de 1960— a espacialidade pre-capitalista da organización agraria propia do réxime de agras, a mesma que fora esteada sobre a construción do policultivo intensivo no s. XVIII.

⁴⁷ Bouhier, A. (*op cit*).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Fariña Tojo, na súa obra *Los asentamientos rurales en Galicia* introduce a diferenciación léxica entre dispersión, como o fenómeno de consolidación de núcleos de hábitat de pequeno ou mediano tamaño resultado da configuración previa dunha organización solidaria co sistema produtivo, e diseminación, como un proceso de aparición tardía vinculado á transformación do sistema produtivo e á suplantación do papel social predominante da aldea pola casa.

Tras o duro e longo fracaso do experimento autárquico, un grupo de economistas novos *se percata de la imposibilidad de un modelo permanente de desarrollo basado en la introspección*⁵¹, e logra poñer en marcha o acontecemento fundamental da reactivación e reintegración de España na economía mundial: o Plan de Estabilización de 1959. O que quedaba do réxime de agras —un modelo de asentamento poboacional en vías xa de desorganización pero aínda baseado fundamentalmente en aldeas dispersas articuladas por un vía-rio de proximidade, servizo e acceso ás terras de labor; e un sistema produtivo intensivo, refinado e coherente, pero descapitalizado, anacrónico e pechado sobre si mesmo— non foi capaz de inserirse nun novo modelo económico que *abrió las puertas a nuevas formas de producción y de vida, cuyo resultado habría de ser un cambio social acelerado en los años siguientes*.⁵²

Cando as novas condicións económicas permitiron a continuación do proceso de capitalización da economía agraria, o abismo organizativo que, espacialmente, separaba o territorio da economía monetarizada da descapitalizada se fixo insondable. A escala e o poder de transformación dos recursos mobilizados polos espazos monetarizados fíxose xa incomparable coa produción social e material dos espazos descapitalizados. A fosilización do sistema de asentamentos, perceptible entón xa de forma moi conspicua no tamaño das rúas, das casas e mesmo das portas e as fiestras, facíao incompatible cuns requirimentos habitacionais mínimos.

Coa rápida reorientación ao mercado do sistema agrícola, o illado edificio de relacións espaciais e produtivas da agricultura precapitalista entrou nunha fase de aguda desorganización a gran velocidade: **o réxime de agras entrara, definitivamente, en colapso**. Un colapso que fora provocado, en definitiva, polo bloqueo da emerxencia do mercado como vector de organización económica do agro debido aos intereses políticos da monarquía centralista, primeiro, e aos intereses económicos da elite rendeira, despois.

Desde unha perspectiva sistémica, e máis alá de posicionamentos filosóficos, éticos ou románticos sobre a natureza da inevitable confrontación entre a economía de mercado e as vellas estruturas produtivas tradicionais vinculadas ao autoconsumo, cando dous sistemas con niveis organizativos moi dispares se atopan, a absorción do sistema máis sinxelo polo máis complexo é inevitable, como parte da constatación do principio físico da explotación das

⁵¹ Estefanía, J. (2007): *La larga marcha. Medio siglo de política (económica) entre la historia y la memoria*. Península, Madrid. (páx. 93-94).

⁵² *Ibid.* (páx. 98).

partes disipativas —sinxelas— dun sistema polas partes autoorganizativas —complexas— do mesmo⁵³.

Así, do mesmo xeito que Wolf⁵⁴ ou Wallerstein⁵⁵ caracterizaron o modo en que a economía de mercado desarticula as relacións sociais de produción das economías menos evolucionadas dos pobos non europeos, en Galicia, a penetración rápida dos novos circuitos de materia (insumos agrícolas, produtos industriais, maquinaria), pero sobre todo de información e de enerxía (combustibles fósiles, hidroeléctrica...) vinculados á economía de mercado, así como o diferencial en complexidade organizativa cos mesmos fluxos —materia, enerxía e información— sobre os que se articulaba o sistema produtivo tradicional, provocaron non só a súa desarticulación, ao seren os seus requirimentos funcionais incompatibles cos procesos de modernización derivados da chegada do sistema de mercado, senón tamén o seu colapso, ao se produciren todos estes cambios a unha velocidade que fixeron imposibles fórmulas de adaptación ou transición.

De feito, os procesos que, de non mediaren a redención foral e a Guerra Civil, terían levado a unha desarticulación progresiva do réxime de agras iniciáronse cando a economía política do sistema señorial e do foro se veu abaixo. O primeiro e principal detonante constitúeo a inserción da economía agraria no mercado a través da especialización no gando vacún para a exportación, porque foi un proceso con fondas repercusións tanto económicas coma espaciais. Desde o punto de vista económico supuxo, como xa comentamos con anterioridade, o primeiro paso importante no proceso de capitalización da economía agraria, pero polo que ao modelo territorial se refire tivo un impacto aínda maior, pois a reorientación da economía agraria cara ao mercado obrigou a substituír as terras de labor cerealistas por unha cada vez maior superficie dedicada a pastos e cultivos forraxeiros, facendo así innecesarias as formas de organización colectivas sobre as que pivotaba a explotación do labradío e que constituían a razón última que dotaba de coherencia ao réxime de agras no seu conxunto.

Ademais, a difusión da maquinaria agrícola, pero sobre todo dos fertilizantes químicos, liberou o sistema agrario das prácticas culturais da fertilización ligadas ao manexo do toxo, o que destruíu a inextricable relación que ata da-

⁵³ Margalef, R. (1995): *La ecología, entre la vida real y la física teórica*, en *Investigación y Ciencia*, Junio 1995.

⁵⁴ Wolf, E. (1987): *Europa y la gente sin historia*. Fondo de Cultura Económica, México, (Or. 1982).

⁵⁵ Wallerstein, I. (1979): *El moderno sistema mundial*. Siglo XXI, Madrid, 1979.

quela se mantivera entre *ager* e *saltus*, permitindo así ampliar a superficie de pastos sobre boa parte do monte, así como a súa vinculación á produción forestal de forma independente do labradío⁵⁶. Deste xeito produciuse un efecto de esvaemento dos precisos límites que se construíran en torno ao gradiente na intensidade de explotación do territorio, de tal modo que, en poucas décadas, desapareceu a organización espacial do sistema produtivo que se edificara ao longo de oito séculos de vixencia.

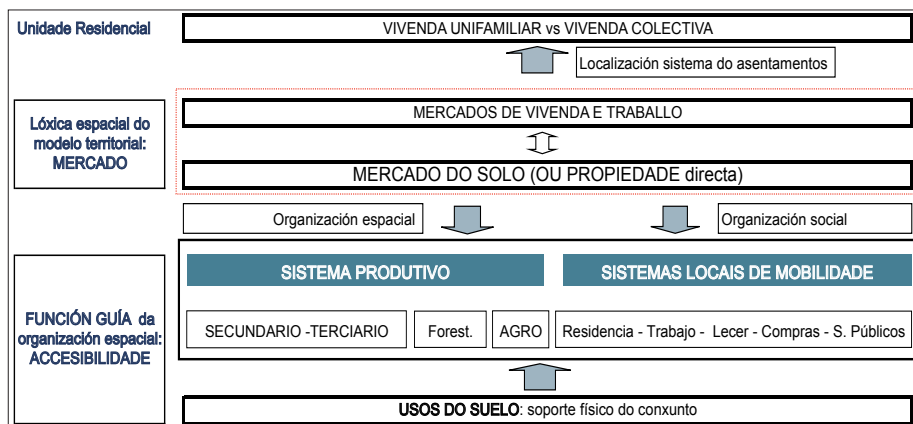
Desarticulada a organización colectiva da explotación das agras, así como a súa propia definición física, a unidade básica de poboamento individualízase, perdendo así a aldea o seu sentido funcional. A rede viaria transformada, articuladora tanto dunha economía como dun espazo capitalizado, permitiu entón a substitución da produtividade agrícola —como vector de organización espacial do antigo sistema de aldeas dispersas— polo acceso ao mercado —como lóxica subxacente á diseminación do parque residencial— convertendo en norma os procesos de (proto)diseminación que ata daquela non foran senón síntomas de desarticulación do modelo territorial. Á estrutura radial da rede de camiños que emanaba desde as aldeas, como fórmula de articulación do seu espazo produtivo, veu sobrepoñerse a nova rede de estradas que interconectaban cidades e vilas. Ao seu paso polas aldeas, nos puntos de cruzamento cos antigos camiños, fóronse concentrando vivendas e servizos que antes só eran susceptibles de situarse nas vilas⁵⁷, nun proceso que, por adición, vai compactándose ou alongándose sobre a estrada, dando así orixe ao arraigado fenómeno das *vilas estrada*.

As remesas dos emigrantes, que a principios de século supuñan un monto anual superior ao procedente da comercialización do gando vacún galego nas principais cidades españolas⁵⁸, contribuíu a acelerar o proceso no seu conxunto ao introducir un volume de recursos financeiros moi superior ao que a aínda vacilante economía local era quen de achegar (esquema 4).

⁵⁶ Aínda que desde o posicionamento agrarista de Bouhier, as repoboacións forestais autoritarias do primeiro franquismo foron un elemento que contribuíu á esclerose (sic) do monte, aludindo así á súa forzada desvinculación do aparato produtivo do labradío, desde unha perspectiva máis global é difícil non as interpretar, máis alá do seu carácter autoritario, como un elemento máis no contexto de capitalización do agro que conduciu á desaparición do monte como recurso agrícola.

⁵⁷ Precedo Ledo, A. (1995): *Geografía humana de Galicia*. Oikos-Tau, Barcelona.

⁵⁸ Villares, R. (1982): *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*. Siglo XXI, Madrid.



Esquema 5. Modelo territorial actual. Fonte: elaboración propia

Se o sistema de asentamentos rurais de Galicia acolle hoxe en día o 51% da poboación do país, pero o emprego do sector primario supón unicamente un 9% do total —e o seu PIB menos do 5%—, podemos entender a magnitude do problema e o carácter verdadeiramente contraditorio do noso actual modelo territorial, que ten como demostración estrutural máis evidente o feito de que a **desagrarización da economía non foi seguida por unha desruralización da poboación, senón dunha crecente urbanización do medio rural**. Un feito no que a influencia do espazo herdado da desarticulación do modelo territorial tradicional dista moito da de ser un simple soporte físico.

3. SÍNTESE INTERPRETATIVA E HIPÓTESE

A partir do século XIII, a incardinación do modelo territorial do réxime de agras na economía política da sociedade feudal (relacións de propiedade, produción, consumo e repartición da riqueza) orixina unha estrutura económico-espacial que denominamos *economía política do réxime de agras*. Este sistema de organización está articulado polo foro como elemento institucional central e é de extraordinaria lonxevidade histórica en virtude dun proceso involutivo no cal as condicións espaciais reforzan as económicas e viceversa.

O seu ciclo involutivo baséase nunha *inestabilidade próxima ao equilibrio* entre a espacialidade da organización agraria e a economía das rendas forais, grazas á capacidade do sistema produtivo para manter un constante incremento das rendas extraídas do campo a través das oportunas transformacións espaciais ligadas a sucesivas innovacións e cambios desenvolvidos polo campesiñado sobre a organización agraria, sempre a partir dun incremento

da forza de traballo dadas as condicións de descapitalización e estancamento tecnolóxico.

As dúas transicións históricas fundamentais de Occidente —do feudalismo ao Estado centralizado do Antigo Réxime e deste ao Estado liberal moderno— fundaméntanse en senllos ciclos involutivos, cada un dos cales potencia timidamente o espazo urbano, pero fosiliza o sistema de asentamentos rurais tanto dende o punto de vista funcional como morfolóxico e edificatorio. Porén, precisa dunha crecente evolución da rede viaria que une o sistema produtivo cos mercados urbanos (en función do crecemento físico das rendas), pero non da que articula o acceso e servizo do espazo agrario, o que pon de manifesto a crecente brecha organizativa entre o territorio da economía monetarizada, que segue as leis do mercado e que soporta a rede de asentamentos urbanos e camiños, e o territorio vinculado á produción agrícola, que segue unha lóxica espacial estritamente produtiva desligada do mercado.

Unha brecha que seguiría ensanchándose mentres non rachase polo menos un dos dous alicerces da economía política do réxime de agras: a rendibilidade económica do sistema foral ou a capacidade do espazo agrario de alimentar o seu crecemento económico a través da súa intensificación produtiva. A exitosa adaptación agrícola do millo e a pataca reforza de tal xeito o piar espacial e produtivo do sistema que este último só sucumbiu ante os embates económicos da crise dos prezos agrícolas de finais do s. XIX.

Tras a devandita crise, e perdida a súa rendibilidade, a economía das rendas forais esmorece con rapidez, aínda que a economía agraria, suxeita aínda ás inercias institucionais do foro, alonga o inicio do proceso de capitalización agraria debido ao proceso redencionista, primeiro, e bélico e posbélico, despois. Isto conduciu a agricultura galega a un último ciclo involutivo, obrigando ao campesiñado a estirar as formas produtivas do réxime de agras, ben que xa desposuídas da economía política que lle servira de fundamento desde os tempos altomedievais.

Cando o inicio da prosperidade económica da década de 1960 permite a continuación da capitalización agraria, a brecha organizativa que, espacialmente, separaba o territorio da economía monetarizada da descapitalizada converteuse en abismo insondable, provocando o colapso do que quedaba do réxime de agras. Un colapso que, ao bloquear as posibles fórmulas de transición da economía agraria tradicional á capitalista, sumiu o territorio nunha forte inestabilidade espacial.

A escala e o poder de transformación dos recursos mobilizados polos espazos monetarizados fíxose xa incomparable coa produción social e material

dos espazos descapitalizados. A reorientación ao mercado do sistema agrícola desarticula a organización colectiva da explotación das agras, o que provoca a individualización da unidade básica de poboamento, perdendo así a aldea o seu sentido funcional como unidade de poboamento. A rede viaria permite entón a substitución da produtividade agraria, como vector de organización espacial do antigo sistema de aldeas consolidadas aínda que dispersas, polo acceso ao mercado como lóxica subxacente á diseminación do novo parque residencial, quedando así configuradas as bases espaciais sobre as que se había de levantar o proceso de desenvolvemento económico que nos conduce aos nosos días.

Conclusión

A supervivencia da economía política do réxime de agras desde os tempos altomedievais ata principios do s. XX, sostida política e economicamente polas elites galegas —oriúndas ou instaladas—, e espacial e produtivamente pola capacidade de intensificación do sistema agrario tradicional, supuxo un desprazamento no tempo da emerxencia do mercado como vector de organización espacial, o que provocou o colapso do modelo de organización agraria e a desorganización do seu sistema de asentamentos, sen permitir unha adaptación gradual do un e doutro ás formas de produción capitalistas.

Hipótese

O colapso provocado polo bloqueo da emerxencia do mercado como vector de organización económica do agro impediu, pola súa banda, fórmulas de transición da economía agraria tradicional á capitalista, o que sumiu o territorio nunha forte inestabilidade espacial. Como consecuencia da prosperidade económica iniciada na década de 1960 iniciouse un proceso de desagrarización da economía que non foi seguido por unha desruralización da poboación senón pola urbanización do medio rural. Neste contexto, a natureza desorganizada do espazo herdado do colapso do réxime de agras, xunto coa instrumentalización da política do solo e do planeamento urbanístico que fixo o réxime franquista, pero tamén o democrático, configuraron o noso actual modelo territorial: un modelo que ten dificultades para a creación de capital espacial e cuxas consecuencias, en canto a homoxeneidade e trivialidade territorial, bloquean a capacidade do espazo para incidir sobre os procesos económicos que modelan o territorio, así como a propia capacidade para conducir os devanditos procesos desde o planeamento a través de criterios de racionalidade económica e ambiental.

SEGUNDA PARTE

O DESCONCERTO. A EVOLUCIÓN RECENTE DO NOSO MODELO TERRITORIAL

1. DERIVA. O PROCESO DE URBANIZACIÓN DO MEDIO RURAL (1959-2002)

Tradicionalmente, asóciáanse os procesos de urbanización aos de industrialización e migración dunha forma causal⁵⁹. En Galicia isto non foi así. Ben ao contrario, o que houbo é un proceso de **urbanización rural atomizada** e o seu correlato espacial: o que poderíamos chamar, **núcleos rurais de morfoloxía urbana**. Son antigos núcleos rurais con funcións comerciais sobre os que se concentraron certas dinámicas de urbanización nun contexto que continuou sendo, ata o día de hoxe, eminentemente rural.

A orixe destes procesos haina que rastrexar na colusión de dous fracasos. Dun lado, o fracaso da industrialización de base urbana que Carmona e Nadal⁶⁰ sitúan, máis alá das consecuencias da guerra, na dependencia da industria marítimo-pesqueira e o seu afogamento ao carecer dun subsector asociado de servizos ás empresas, así coma na crise bancaria dos anos 1920. Doutro, o colapso do modelo agrícola tradicional, tan intensivo como era en man de obra, expulsa un gran continxente de traballadores, que, ante o fracaso industrial e a súa reducida capacidade de xeración de emprego, debe elixir entre dúas opcións: quer a emigración, quer o seu acomodo económico na construción, na tímida expansión do terciario polas zonas rurais ou en fórmulas mixtas de emprego ou subemprego urbano, complementando moi frecuentemente as súas rendas monetarias con certos niveis de autoprodución agropecuaria. Esta produción, a partir da explotación intensiva e individual das cortiñas, non esixe o mantemento do vello e complexo sistema agrario tradicional, o que permite apoiarse na nova rede de estradas e nas vantaxes da accesibilidade rodada para situar a nova vivenda moi preto da antiga vivenda familiar e construíla consonte as novas necesidades.

Non é agora momento de estudar a lóxica global do proceso urbanizador industrial en Galicia, pero si, desde unha óptica estritamente local, as dinámicas socioeconómicas que se deron —en parte como consecuencia dese contexto xeral do fracaso da industrialización— e sobre as que se apoiaron os procesos de urbanización rural atomizada e a emerxencia dos núcleos urbanos rurais. Procesos que de ningunha maneira constitúen un fenómeno de aparición súbita e inesperada, senón que derivan dos efectos acumulativos

⁵⁹ Solá Morales, M.(1997): *Las formas del crecimiento urbano*. UPC, Barcelona.

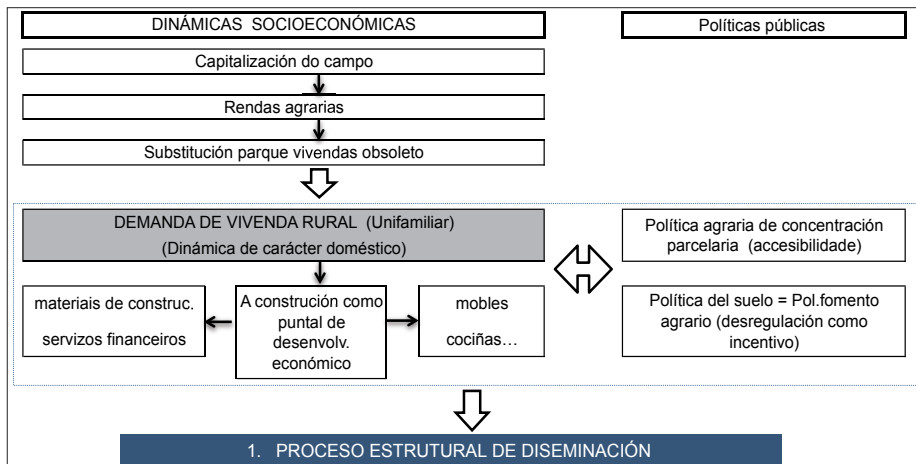
⁶⁰ Carmona, X e Nadal, J.(2005): *El empeño industrial de Galicia. 250 años de historia, 1750-2000*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2005.

que xeran sobre as devanditas dinámicas as políticas públicas que modelan e regulan o mercado.

1.1. A diseminación como antecedente da urbanización

Un dos aspectos máis decisivos, tanto na conformación do modelo territorial vixente como na orientación da economía moderna no ámbito rural, foi a necesidade de construír un espazo acorde coa realidade económica vixente ou, dito doutro modo, de salvar o abismo que se abriu entre o espazo da economía monetarizada e o da economía agraria descapitalizada. A herdanza dun sistema de asentamentos incompatible con requirimentos habitacionais mínimos fixo concentrar os primeiros froitos da capitalización agraria na substitución masiva dun parque de vivendas obsoleto e superado pola realidade técnica e económica⁶¹.

Apoiada sobre esta dinámica —de marcado carácter doméstico— de demanda de vivenda rural, a construción emerxe como un auténtico puntal na xeneralización da economía de mercado no rural grazas á súa capacidade de arrastre ou de indución sobre outros subsectores a través de sucesivos encaementos produtivos cara atrás (materiais de construción, servizos financeiros...) e cara adiante (fabricación de mobles, cociñas, enxoval do fogar, servizos inmobiliarios..).



Esquema 6. A diseminación como proceso estrutural. Elaboración propia

⁶¹ De Llano, P.(1996): *Arquitectura popular en Galicia. Razón e Construcción*. COAG; Lizancos, P.(2005): *A casa contemporánea en Galicia*. COAG.

Cando actúan sobre ela dúas políticas públicas confluentes —a agraria e a do solo— esta demanda de vivenda rural unifamiliar devén en proceso estrutural de diseminación (esquema 3) ao transcender o ámbito doméstico apoiándose sobre políticas públicas implantadas masivamente no territorio: namentres a política agraria de concentración parcelaria estende espacialmente, a través da construción de novos viarios, o principal factor de localización da vivenda —a accesibilidade—, a política do solo permite a edificación de vivendas e instalacións agrarias por todas as partes, no entendido de que a desregulación da localización de iniciativas agrarias (incluída a vivenda) é un necesario incentivo para o desexado desenvolvemento agrario (imaxe 3).

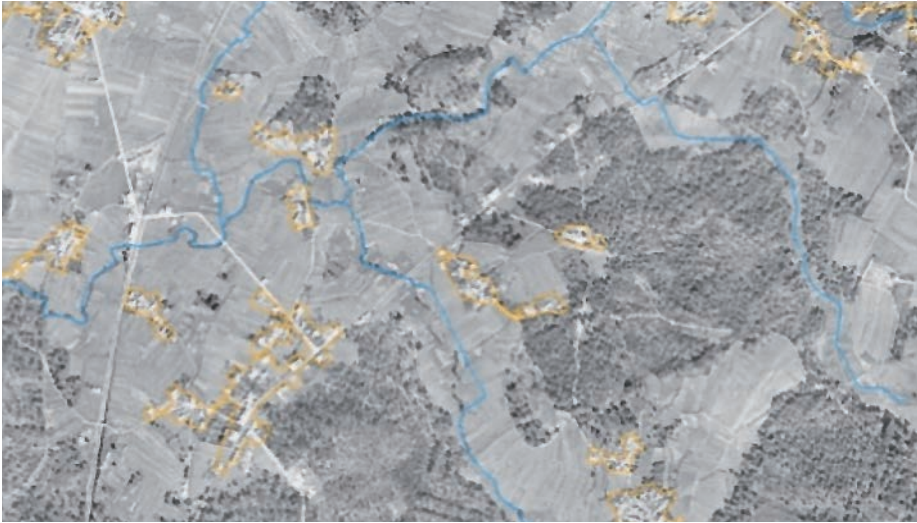
En consecuencia, podemos concluir **que a diseminación non é unha morfoloxía tradicional**, e que a súa orixe, tal e como a coñecemos hoxe en día, radica nos efectos acumulativos dos dous procesos sinalados. En primeiro lugar, un de carácter endógeno —a *protodiseminación*— como consecuencia espacial tanto da supervivencia tardía do réxime de agras (atraso na monetarización) como da súa incipiente desarticulación (campesiños acomodados) e, outro, posterior, ligado ao proceso de transformación produtiva baixo dinámicas de signo oposto, é dicir, implantadas desde o exterior.



Imaxe 3. Marrozos (Santiago de Compostela), 1956- 2008. Fonte: Xunta de Galicia

O feito de que ambos os procesos, semellantes na forma, pero radicalmente diferentes na súa xénese, se sucedesen no tempo, contribuíu en boa medida a que o proceso de substitución da dispersión de aldeas —como modo tradicional do poboamento de Galicia— pola diseminación de vivendas —como elemento sobrevido— fose considerado como natural e mesmo xurdido da dinámica interior do propio sistema territorial, dando lugar a unha confusión, que

foi benvida polos principais actores sociais involucrados⁶²: propietarios, por unha banda, na súa lexítima busca de solucións habitacionais o máis próximas posible á súa herdanza cultural; por outro, unha Administración pouco consolidada e comodamente instalada nunha política clientelar baseada nun singular *laissez faire* que condicionou á lóxica do favor debido.



Imaxe 4. Concello de Teo (A Coruña) 1956- 2008. Fonte: Xunta de Galicia

⁶² Rodríguez González, R.: *De aldeas a cidades*. Ir indo, Vigo, 1999

Mais, sobre todo, contribuíu decisivamente a considerar como tradicionais unhas morfoloxías de crecemento do tecido edificado que non tiñan nada de tradicional —e si de sobrevido— ignorando deste xeito a magnitude dos efectos acumulativos que tivo a secuencia cronolóxica dos feitos aquí analizados. Aliméntanse así certos discursos esencialistas baseados na querenza do galego polo modo de vida tradicional que, calando popularmente na sociedade rural, serven para xustificar a existencia dun suposto dereito consuetudinario a edificar sobre a propiedade do solo, e callan igualmente na sociedade urbana, que os aceptan como propios da identidade colectiva do país, alterando así de forma profunda a percepción sociolóxica da antiga paisaxe cultural herdada.

Polo tanto, é posible concluír non unicamente que a diseminación non é unha morfoloxía tradicional, senón que supón a desarticulación e desnaturalización da morfoloxía tradicional.

A análise morfoxenética dos resultados espaciais destes procesos —nitidamente observables na imaxe 4— advirtenos sobre o falaz dese discurso, mostrándonos a verdadeira natureza do que só foron os primeiros pasos da auténtica metamorfose que aínda estaba por chegar a boa parte do sistema de asentamentos rurais de Galicia.

1.2. A urbanización inducida no medio rural galego

Na interacción desta inicial demanda de vivenda rural coa política do solo, instrumentalizada como ferramenta de capitalización da sociedade rural a través do fomento do sector da construción, emerxe outro proceso, agora de carácter mercantil e especulativo, determinante no proceso de urbanización do rural: a oferta de vivenda urbana colectiva.

En efecto, a recentemente aprobada Lei do solo de 1956, garante o valor real das plusvalías creadas pola acción planificadora e cédellas ao propietario do solo *ex ante* de calquera operación ou materialización de calquera obra, resolvendo así os problemas de financiamento dun sector —o da construción— escasamente desenvolvido, e duns propietarios minimamente capitalizados (García Bellido, 2005).

Desta forma, durante a época do *desarrollismo*, a actividade construtora, baseada nunha iniciativa privada moi atomizada (sen apenas existencia de grandes empresas construtoras ou promotoras), ve reflectida no plan a garantía das plusvalías derivadas da transformación urbanística dos agregados de parcelas máis centrais (na práctica, as parcelas situadas ao pé das estradas), sen esixir unha mínima transformación da estrutura parcelaria existente —é dicir, sen xestión urbanística— dada a falta de condicións para a agregación

tanto de solo coma de capitais (autopromoción, falta de concentración do capital pola debilidade propia do sector, complexidade da estrutura parcelaria...).

Foise construíndo así un urbanismo improvisado que, tras a chegada da democracia, e malia as reformas legais, seguiu a ser considerado máis como unha ferramenta de promoción económica e enxeñería social que como un instrumento de ordenación espacial. Así, boa parte do plan das décadas de 1980 e 1990 redactouse baixo a premisa política dos gobernos autonómicos de contención do despoboamento do rural, que foi referendada desde as competencias urbanísticas municipais mediante a xeración de estratexias de atracción da poboación rural das aldeas cara aos núcleos principais, especialmente as cabeceiras municipais.

Con ese fin, a propia Administración autonómica embarcouse nunha política de extensión de servizos básicos cara ás devanditas cabeceiras (saúde, educación, equipamentos deportivos e sociais...), á vez que os municipios tenderon a buscar fórmulas que non só facilitasen todo o posible a expansión do parque edificado, senón que revertesen economicamente en beneficio dos veciños, é dicir, dos propietarios do solo. Esas fórmulas foron as que se codificaron nos instrumentos de planeamento a través de dúas estratexias, a minimización dos custos de urbanización e a maximización de apropiación privada das plusvalías orixinadas polo propio crecemento inmobiliario.

Isto conseguiuase mediante a inclusión do maior número posible de parcelas en solo urbano, que eran así obxecto obrigado de licenza directa, e a redución ao mínimo dos solos suxeitos a procesos de xestión urbanística, facendo pivotar necesariamente o crecemento dos núcleos urbanos arredor das infraestruturas existentes, que se habían converter en espazos articuladores do conxunto urbano ao módico prezo da construción dunhas simples beirarrúas.

En definitiva, o planeamento democrático de finais do século XX estivo orientado:

- Sociolóxica e demograficamente, cara á fixación da poboación rural ou á súa translación ás zonas urbanas do municipio a través da provisión de servizos básicos.
- Economicamente, cara á expansión da construción minimizando a xestión e os custos de urbanización.
- Espacialmente, cara á densificación dos núcleos urbanos e á diseminación edificatorias sobre o medio rural.

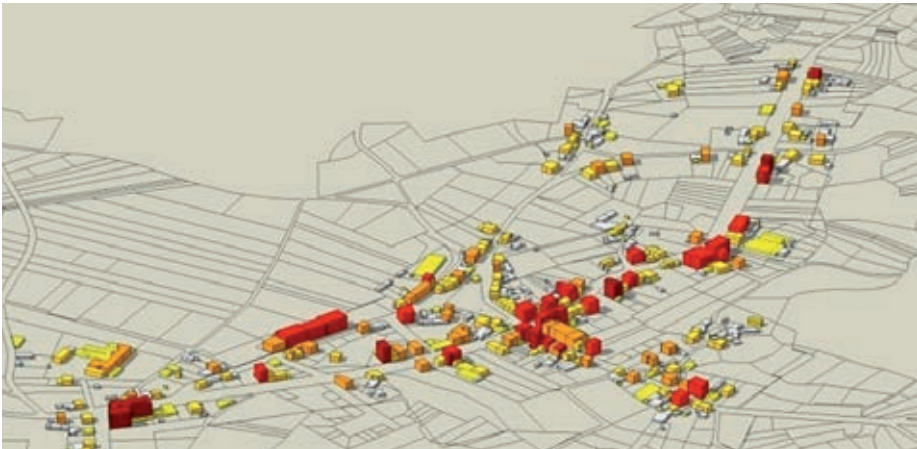
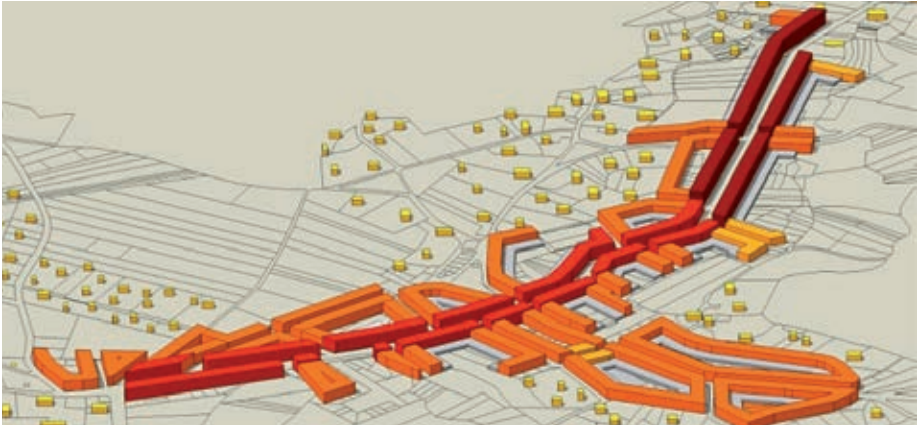
Os resultados espaciais deste planeamento viñeron condicionados polo modo en que esta trasladou as devanditas estratexias ao espazo local a través

duns códigos de localización de actividades e de ordenación morfolóxica relativamente sinxelos: canalizando a demanda de vivenda rural cara á periferia a través das ordenanzas de *cidade xardín*, e localizando a oferta de vivenda urbana nos lugares centrais ou, máis comunmente, ás beiras das estradas mediante as ordenanzas habitualmente denominadas como *residencial denso*.

Así que, cando o redactor de planeamento diseña as súas propostas de ordenación urbana e as súas respectivas ordenanzas pensando nunha *cidade xardín* e nun *residencial denso* ideais, en realidade está codificando unhas volumetrías edificatorias e unha morfoloxía de carácter netamente urbano —e, normalmente, masivo— nun contorno algunhas veces tan só *rururbano* e, na maioría das ocasións, estritamente rural. No entanto, a diferenza, verdadeiramente sideral, entre o modelo que se concibe e a realidade executada, moitas veces tras varias décadas de vixencia dos instrumentos de planeamento, mostranos a distancia, igualmente sideral, que separa os documentos urbanísticos da realidade que pretenden regular (imaxe 5).

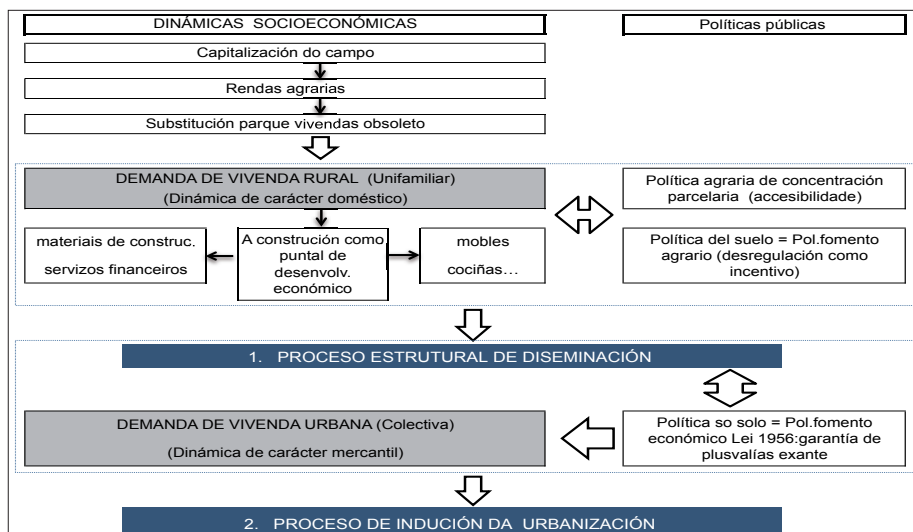
Así, o plan establece —en teoría— uns límites ao tamaño e á concentración edificatoria; límites, doutra banda, moi por riba de calquera estándar hoxe en día razoable, pero non establece límites por debaixo⁶³, no entendido de que a propia expectativa de xeración de plusvalías ocasionará a substitución do tecido previamente existente e a compactación edificatoria de tipo urbano con tan só seguir as leis do mercado. Porén, a economía rural non se diversifica nin se desenvolve abondo como para sostener un mercado inmobiliario de semellantes dimensións. Ben ao contrario, a vida económica asociada ás actividades rurais segue o seu curso, de maneira que as dinámicas iniciais de demanda de vivenda como artigo de necesidade tamén atoparon acomodo no sector. Desta forma, a mellora xeral das comunicacións, unida á aparición de servizos nos núcleos urbanos rurais, conduciron á localización de vivendas que respondían a esa lóxica, xunto a edificios de vivendas que respondían á lóxica de mercado que se apoiaba nas políticas públicas descritas, dada a falta de limitación *por debaixo* das tipoloxías edificatorias.

⁶³ Onde se establece un límite, poñamos por caso, de 7 alturas, non establece a prohibición de levantar unha vivenda unifamiliar, o un almacén, por exemplo.



*Imaxe 5. Planeamento urbanístico: do modelo á realidade.
Elaboración propia a partir das NNSS de Cerceda e datos catastrais*

É dicir, que tanto as políticas públicas sobre o solo, como a súa codificación en instrumentos de planeamento, foron, en realidade, políticas de carácter instrumental e especulativo cun obxectivo de fomento económico antes que de ordenación espacial que induciron procesos de urbanización rural alleos á súa estrutura territorial (esquema 4) e onde conflúen, sobre os mesmos espazos, tanto as dinámicas endóxenas propias do medio rural como as inducidas polas políticas públicas sectoriais, sen que o planeamento fose capaz de poñer orde sobre a situación, producindo así unha realidade desestruturada e caótica onde conflúen o negocio de construír cidades no campo xunto coa prolongación do campo na cidade rural.



Esquema 7. A urbanización rural como proceso inducido. Elaboración propia.

1.3. A natureza do modelo territorial tendencial. As formas de crecemento urbano no medio rural

Podemos concluir que, desde o colapso do *vello complexo agrario* que definiu Bouhier⁶⁴, o noso modelo territorial foi configurado a través da concorrencia de diversas políticas públicas sectoriais con efectos acumulativos de moi difícil reformulación, e tendentes, todos eles, a exacerbar os factores desencadeantes da doenza que o noso territorio está (morfo) xeneticamente máis predisposto a padecer: a dispersión territorial.

Destá forma, a interrelación espacial de distintas políticas públicas sectoriais amosa unhas dinámicas —que non modelo— de carácter centrífugo: cada actuación sectorial incide nunha maior diseminación, incrementando así o distanciamento entre a matriz territorial herdada do réxime de agras —e depositaria da paisaxe cultural que se di querer protexer— e o noso *non modelo*, posto que esa é, en realidade, a verdadeira natureza do noso modelo territorial tendencial.

A pregunta que se suscita entón é evidente: cara a onde nos leva este *non modelo* territorial? Ou dito doutra maneira, onde están os límites destas dinámicas disipadoras e urbanizadoras?

Os pares de imaxes seguintes axúdannos a responder esta pregunta. O pri-

⁶⁴ Bouhier (*op cit*).

meiro deles mostra o desenvolvemento urbano do núcleo de Cerceda (A Coruña) entre 1956 e a actualidade: é o perfecto exemplo de núcleo urbano rural.



Imaxe 6. Cerceda (A Coruña) 1956- 2008. Fonte: Xunta de Galicia

O segundo fai o mesmo con Arcade (Pontevedra), onde é posible identificar nitidamente tanto o proceso de diseminación coma o da urbanización *unifilar* ligada ás estradas. Pódese observar como nos 53 anos que median entre as dúas imaxes practicamente non se abriron rúas novas.



Imaxe 7. Arcade (Pontevedra) 1956- 2008. Fonte: Xunta de Galicia

E o terceiro, correspondente a Vigo, mostra como a natureza dos procesos é idéntica, independentemente da escala ou da tensión urbana do contexto. É dicir, que dispoñemos dun modelo urbanístico único, onde a natureza dos procesos de urbanización é independente do contexto. Un modelo capaz de intensificarse ad infinitum sen modificar os parámetros que o constrúen.



Imaxe 8. Lavadores (Vigo) 1956- 2008. Fonte: Xunta de Galicia

2. SÍNTESE INTERPRETATIVA

O afundimento da economía política foral a partir da crise agraria de finais do XIX inducira uns primeiros procesos de desorganización espacial do modelo de asentamento poboacional propio do réxime de agras que conceptualizamos como *protodiseminación*. Os seus efectos víronse multiplicados despois coa implosión da diseminación residencial por todo o territorio, froito do colapso

do propio réxime de agras como sistema de organización agraria e da substitución da produtividade agraria pola accesibilidade como vector de organización espacial do sistema territorial no seu conxunto.

Diseminación que se produciu a través da colusión espacial de dous procesos: a demanda de vivenda rural coa que salvar o abismo que se abriu entre o espazo da economía monetarizada e o da economía agraria descapitalizada; e a instrumentalización da política do solo como ferramenta de fomento económico, inducendo a aparición dunha oferta de vivenda urbana no campo.

Ambos os dous procesos transformaron o sector da construción no puntal do desenvolvemento económico no espazo rural galego, ata o punto de inducir un fenómeno de urbanización do medio rural cuxos resultados espaciais foron conducidos por unha xeración de instrumentos de planeamento incapaz de ordenar a actividade económica que codificaban, producindo así unha realidade desestruturada e caótica, onde confluíron o negocio de construír cidades no campo xunto coa prolongación do campo na cidade rural.

A interrelación espacial de distintas políticas públicas sectoriais amosa unhas dinámicas —que non modelo— de carácter centrífugo onde cada actuación sectorial incide nunha maior diseminación, sen que as reformas legais introducidas desde o ano 2002 consigan frear o proceso.

TERCEIRA PARTE

QUE FUTURO? REFLEXIÓNS SOBRE UNHA TRANSFORMACIÓN NECESARIA

1. COMPLEXIDADE. UN CAMBIO DE PARADIGMA

Unha das conclusións inmediatas que podemos extraer de análise acometida é a natureza homoxénea e monofuncional dos espazos resultantes da aplicación do modelo urbanístico e territorial consignado en boa parte dos instrumentos de planeamento vixentes. Un planeamento que se rexeu por criterios espaciais que podemos considerar obsoletos desde a actual perspectiva disciplinar. Criterios que, nunha urxente síntese, presentamos deseguido co convencemento de que o oportuno da súa discusión compensa o risco evidente de xeneralización.

En efecto, tal e como describimos con anterioridade, a densidade veu sendo o criterio director das implantacións urbanas (ou que pretenden selo), namentres que a insularidade propia do modelo de ocupación do territorio das aldeas tradicionais deixa paso ao criterio de conectividade dos núcleos rurais, baseada nas infraestruturas viarias para a delimitación dos novos solos postos a disposición da demanda de vivenda unifamiliar. Como consecuencia, os espazos

protexidos, ausentes por definición do modelo produtivo tradicional, aparecen unicamente como o negativo do resto de usos asignados ao territorio, é dicir, como un elemento meramente residual. O seguinte cadro trata de poñer de relevo eses conceptos territoriais sobre os que se fundamentan as determinacións emanadas do modelo trazado.

	NÚCLEOS URBANOS	NÚCLEOS RURAIS	ESPAZOS PROTEXIDOS
SISTEMA TRADICIONAL	Inexistencia	Insularidade	Inexistencia
MODELO VIXENTE	Densidade	Conectividade	Residualidade

Esquema 8. Criterios territoriais de referencia do instrumento de planeamento vixente. Elaboración propia.

Doutra banda, vimos ao longo deste traballo que, historicamente, o espazo inflúe sobre os procesos económicos tanto coma estes sobre a configuración do modelo territorial. E así como a histórica xestión agrícola do espazo tivo a capacidade de incidir sobre os procesos económicos, ata o punto de manter unha economía política de orixe feudal ata os albores do s. XX (ao tempo que esta modelou polo seu lado o devandito espazo), a actual xestión dese mesmo espazo, confiada como está ao planeamento urbano, parece estar bloqueando a súa capacidade para incidir sobre os principais procesos económicos que rexen a nosa actualidade.

De feito, é evidente que a economía global induce a transformación de amplos espazos outrora rurais en coroas metropolitanas, pero non é menos certo que nin os espazos producidos pola urbanización rural inducida polo planeamento, nin a condución por esta do propio proceso metropolitano, parecen ter moita capacidade de incidencia sobre os procesos económicos polo que afecta á localización de actividades e funcións urbanas sobre os espazos producidos, tendo en conta a homoxeneidade e monofuncionalidade de boa parte do territorio metropolitano recente e a atonía urbana de moitos dos "núcleos rurais urbanos".

Por outra banda, a intensa ocupación do territorio resultante da indución da diseminación residencial hipoteca a marxe de actuación do planificador —e do político—, que ve como case calquera proposta de operación urbana ou infraestrutural se topa cunha paralizante oposición cidadá —e política—.

A razón desta incapacidade podémola atopar na dificultade dos tales espazos para condensar o que Edward Soja conceptualizou como **capital espacial**⁶⁵, é dicir, o conxunto de elementos ambientais, culturais, institucionais, infor-

⁶⁵ Soja, E. (2005): *Mesogeografías: sobre los efectos generativos de las aglomeraciones urbanas*. En Benach, N. e Albet, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*. Icaria, Barcelona.

macionais e, por suposto, espaciais, que cristalizan nas eficiencias propias das economías de localización e urbanización.

Agora ben, que cómpre para crear capital espacial? A evolución da teoría do desenvolvemento económico é a historia da resposta a esa pregunta, pero se hai un concepto que filtra consensuadamente todas as respostas achegadas, ese é o de **complexidade**. Complexidade entendida territorialmente como unha gran diversidade de actores sociais cun alto nivel organizativo e un elevado nivel de interactividade entre eles, capaces dun profundo despregamento de actividades polo espazo⁶⁶.

Pero non todo o territorio pode —nin debe— ser complexo. Por iso é preciso cambiar os parámetros conceptuais que, ata tempos recentes, guiaron a redacción do planeamento e substituílos por outros incardinados nun novo paradigma no que a complexidade urbana debe ir da man da sustentabilidade ambiental. Desta forma, se a complexidade é o principio reitor ao que deben apuntar as políticas de intervención sobre os espazos urbanos, a sustentabilidade debe desprazar a densidade, o outrora paradigma do urbano, do ámbito da xestión dos núcleos rurais por dous motivos: en primeiro lugar por criterios de estricta sustentabilidade económica e ambiental, pero tamén, como paso previo e necesario para a articulación de medidas tendentes á especialización funcional dos núcleos rurais que eviten ou revertan, na medida do posible, os actuais procesos de homoxeneización nestes ámbitos.

E por outro lado, a conectividade, que rexeu —probablemente de forma subxacente— sobre criterios de delimitación dos solos de núcleo rural, debe desprazarse á súa vez cara ao ámbito dos espazos protexidos, como reflexo dunha decidida estratexia que poña coto ao risco de incorrer no que poderíamos chamar a inversión da matriz territorial: pasar dun territorio rural-natural, no que existían illas urbanas, a un territorio urbanizado con illas de espazos naturais.

	NÚCLEOS URBANOS	NÚCLEOS RURAIS	ESPAZOS PROTEXIDOS
SISTEMA TRADICIONAL	Inexistencia	Insularidade	Inexistencia
MODELO VIXENTE (NNSS 86-94)	Densidade	Conectividade	Residualidade
PARADIGMA CONTEMPORÁNEO	Complexidade	Densidade	Conectividade

Esquema 9. Evolución dos criterios territoriais de referencia para unha estratexia territorial de carácter metropolitano. Elaboración propia.

⁶⁶ Rueda, S. (1995): *Ecología urbana. Barcelona i la seva regió metropolitana com a referents*. Beta, Barcelona. Aínda que a definición de ‘complexidade’ que propón Rueda é máis compleja —valla a redundancia— seguimos os conceptos expostos nesta obra á hora de propoñer a nosa dun modo do máis intuitivo.

2. SUSTENTABILIDADE. NATUREZA E CULTURA

Outra das conclusións que podemos tirar dos exemplos anteriores é que o que está a transformar a paisaxe construída galega é o que anteriormente conceptualizamos como o vector de organización espacial do noso modelo territorial: a **accesibilidade**. A asociación primaria entre accesibilidade e localización é a relación que subxace na desnaturalización do sistema de asentamentos galegos e é, ao mesmo tempo, a relación básica sobre a que se fundamenta o planeamento urbanístico en Galicia, ata tal punto que a cristalización das dinámicas territoriais a través da execución do planeamento levou, en moitos lugares de Galicia, á práctica disolución da moi singular paisaxe cultural que herdamos hai tan só cinco décadas.

	MODELO TERRITORIAL TRADICIONAL		MODELO TERRITORIAL ACTUAL
ELEMENTOS CONFIGURADORES	<p>Economía de autosubsistencia</p> <p>Produción agropecuaria (Sistema produtivo)</p> <p>Produtividade agrícola</p>	<p><i>Lóxica económica subxacente</i></p> <p><i>Elemento organizador do modelo territorial</i></p> <p><i>Vector de organización espacial</i></p>	<p>Economía autocentrada no proceso de crecemento inmobiliario (O urbanismo como política de fomento económico)</p> <p> Mercado do solo (Sistema viario)</p> <p>Sistema de asentamentos</p>
CARACTERIZACIÓN PAISAXÍSTICA DOS RESULTADOS ESPACIAIS	<p>Resultado directo do sistema produtivo. Coherencia entre sistema produtivo e sistema de asentamentos</p> <p>1. Producción agropecuaria organizada en labradíos en réxime de explotación intensiva sustentada polas achegas materiais do monte 2. A aldea como unidade de referencia para a ocupación do territorio para a edificación</p> <p>Relación entre usos do solo e sistema produtivo ESPACIALMENTE LEXIBLE a través do vector de organización espacial: a produtividade agrícola. (percepción visual de orde e coherencia)</p>	<p>Territorio: <i>Usos do solo</i></p> <p>Carácter: <i>procesos de construción social do espazo</i></p> <p>Percepción: <i>lexibilidade e coherencia</i></p>	<p>Soporte físico do conxunto. Incoherencia entre un sistema produtivo moderno e urbano e un sistema de asentamentos herdado e rural</p> <p>1. O mercado e a accesibilidade como reguladores do patrón de ocupación do solo 2. A urbanización do medio rural a partir de la asociación primaria entre localización edificatoria e accesibilidade desnaturaliza o sistema de asentamentos a partir de dous procesos: - Diseminación de vivenda unifamiliar rural - Indución da urbanización mediante a colusión das políticas de solo e urbanística. 3. Reconfiguración produtiva do monte: reconversión forestal ou abandono</p> <p>Relación entre usos do solo e sistema produtivo ESPACIALMENTE LEXIBLE a través do mercado como vector de organización. (Percepción visual de desorde e incoherencia)</p>
	↓		↓
	Paisaxe cultural do réxime de agras		Disolución da paisaxe cultural do réxime de agras

Esquema 10. Dinámicas territoriais de transformación da paisaxe cultural do réxime de agras. Elaboración propia.

Así, tal e como acabamos de conceptualizar, a paisaxe cultural do réxime de agras foi o resultado dun ríxido código de relacións espaciais e funcionais entre os sistemas produtivo e de asentamentos, arbitradas por un vector de organización espacial diferente —a produtividade agraria— cuxa substitución polo actual ocasionou un agudo proceso de degradación paisaxística. Polo tanto, a súa xestión patrimonial debe concentrarse sobre as propostas de ordena-

ción e protección de ambos os sistemas: produtivo (primario) e de asentamentos, regulando con especial atención as relacións entre eles.

E, a pesar de que a vixente Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (LOUGA), consagrada á protección desa paisaxe cultural que desde os anos 60 vén sendo desnaturalizada en función dos procesos que acabamos de analizar, foi aprobada hai xa case unha década, os non moi esperanzadores resultados obtidos ata o momento cómpre rastrexalos non só no limitado alcance real do territorio sometido a instrumentos de planeamento a ela adaptados, senón na incompreensión, por parte do lexislador, dos procesos que transformaron un medio que non é posible protexer unicamente desde a superficialidade estética e formal.

Especialmente grave resulta neste sentido o feito de non identificar a accesibilidade como elemento clave na desnaturalización do sistema de asentamentos tradicional, facendo así pouco eficientes os esforzos por conter o principal proceso de destrución —a transmutación das aldeas e núcleos rurais en *vilas estrada*— daquilo que se quere conservar.

En efecto, tal e como argumentamos, a instrumentalización das políticas públicas de solo así como da súa codificación en instrumentos de planeamento cun obxectivo de fomento económico antes que de ordenación espacial, induciu a aparición de procesos de urbanización do medio rural claramente desproporcionados respecto das economías locais e, ademais, cun importante potencial destrutor sobre o patrimonio edificado anterior ao promover —vía codificación de aproveitamentos— agudos procesos de substitución edificatoria e carecer, na súa gran maioría, dun mínimo sentido da protección patrimonial.

Mais, aínda supoñendo que a praxe do planeamento urbanístico que se redacta hoxe en día supere o modelo aquí descrito, o certo é que os modos social e politicamente adquiridos de construír o territorio baseados no devandito modelo gozan dunha pouco desexable —pero certamente robusta— saúde. Desde esa perspectiva, o maior problema ao que se enfrontan a paisaxe cultural do réxime de agras e a súa herdanza construída é, probablemente, o alto nivel de incoherencia que existe entre esa lóxica urbanística imperante e un programa mínimo de protección patrimonial. Unha incoherencia que abunda nun conflito, larvado e continuo, entre desenvolvemento e protección; entre os intereses económicos dos propietarios dos solos e a vixente política de protección patrimonial.

O propio planeamento contribuíu ás veces a ampliar este conflito, ao non ser capaz de integrar o patrimonio como factor de ordenación, algo do que cabería responsabilizar a redactores, promotores e á mesma Administración de

forma compartida. Nese sentido, unhas instrucións técnicas capaces de homoxeneizar os criterios que deben rexer a codificación da protección patrimonial nos instrumentos de planeamento ou ordenación territorial contribuirían, sen dúbida, a minimizar ese problema.

O anterior é trasladable ao medio natural. Podemos seguir facendo voluminosos documentos de inicio e de referencia, así como extensos e prolixos informes e memorias ambientais, pero, sen a integración no seo da planificación de ferramentas tan elementais como o deslinde da Superficie Agraria Útil, ou a elaboración unha cartografía de escala operativa de aptitude agraria e de aptitude forestal para o conxunto de Galicia⁶⁷, por exemplo, seguiremos sen poder integrar espacialmente os procesos ecolóxicos cos económicos na nosa praxe planificatoria, e as nosas avaliacións ambientais estratéxicas seguirán carecendo do verdadeiro potencial do que dispoñen.

En calquera caso, a mellor forma de protexer unha paisaxe cultural, así como o potencial ambiental e produtivo que atesoura, é a existencia dun proxecto para o seu territorio. Ou dito doutra maneira: a existencia dun territorio con discurso⁶⁸. Un discurso que debe cumprir unha condición: que o modo en que se insira no mercado sexa compatible co vector de organización espacial que orixinou a paisaxe que se queira protexer.

Xa vimos que as condicións sobre as que se insire no mercado o noso modelo territorial non son compatibles coa maximización da produtividade agraria, porque as devanditas condicións foron construídas mediante políticas sectoriais máis ou menos improvisadas e sen contar cos profundos efectos acumulativos que cada unha delas xeraba sobre as anteriores, dando como resultado procesos territoriais baseados nunha progresiva valorización do solo —do territorio— mediante a súa ocupación/urbanización, á conta dunha progresiva desvalorización dos potenciais agrícolas sobre os que se construíu a paisaxe que se quere conservar.

Unha vez postos en marcha os procesos aludidos, é francamente difícil deles a golpe de limitación do contido da propiedade mediante instrumentos de planeamento. Por iso, a primeira consecuencia do anterior é que, sen un modelo territorial —e económico— viable para o medio rural, que salvagarde o vector de organización espacial que o construíu, ningún instrumento de ordenación do territorio ou urbanístico poderá aspirar, en materia paisaxística, a

⁶⁷ Crecente, R. (2009): *Parroquias e planificación territorial*, en AAVV (2009): *A parroquia en Galicia. Pasado presente y futuro*. Xunta de Galicia.

⁶⁸ Romero, J. (2009): *Geopolítica y gobierno del territorio en España*. Tirant lo Blanch, Valencia.

algo máis que non sexa xestionar a súa transformación, minimizando os seus efectos ou a súa velocidade.

De aí que, en ausencia dese ansiado modelo territorial que viabilice economicamente o medio rural en Galicia, sexa tan necesaria a coordinación das políticas públicas con incidencia territorial —especialmente da agroforestal— nunha plataforma de xestión coordinada que evite os efectos perversos acumulativos xerados na confluencia de políticas sectoriais concibidas de modo estanco. Ese papel, hoxe en Galicia, debe ser desempeñado pola Ordenación do Territorio.

3. CAPITAL ESPACIAL. UNHA VÍA PARA A MINIMIZACIÓN DO CONFLITO TERRITORIAL

Houbo quen caracterizou o galego por unha concepción hiperbólica da propiedade. É certo. Pero aínda o é máis para quen que desenvolve a súa actividade profesional no eido da xestión urbanística ou territorial e debe tratar cos propietarios acerca do valor das súas parcelas.

Dicía Georges Duby que "*Las ligazones y las discordancias entre la evolución de las condiciones materiales y la psicología colectiva, incita a prolongar la historia económica en la historia de las mentalidades*"⁶⁹. A cita axuda a comprender, se non a hipérbole, cando menos si a tenacidade con que a xente percibe o moi propias que lle son as cousas cando o peso histórico da súa negación é tan abafador coma no caso da plena propiedade da terra en Galicia. A énfase non é gratuíta, porque é precisamente no valor dese carácter pleno que adxectiva o concepto *popular* da propiedade, onde radica o forte rexeitamento social á xestión e ao planeamento urbanístico.

Un problema sobre o que a revisión histórica do noso modelo territorial nos permite extraer algunhas claves interpretativas. Así, concluíramos que o afundimento da economía política *foral* a partir da crise agraria de finais do XIX inducira uns primeiros procesos de desorganización espacial do modelo de asentamento poboacional propio do réxime de agras que conceptualizamos como *protodiseminación*. Os seus efectos víronse multiplicados despois pola implosión da diseminación residencial por todo o territorio froito do colapso do propio réxime de agras como sistema de organización agraria e da substitución da produtividade agraria pola accesibilidade como vector de organización espacial do sistema territorial no seu conxunto.

Nese contexto, a clave do proceso radica en que a confluencia da demanda

⁶⁹ Duby, G. (1978): *Hombres y estructuras en la Edad Media*. Siglo XXI, Madrid (Or. 1973).

sociolóxica de vivenda rural coa instrumentalización que —desde os tempos do *desarrollismo* ata a aprobación da LOUGA— se fixo da política do solo como ferramenta de fomento económico, operou un cambio na percepción social da propiedade do solo —sancionado tanto pola acción administrativa como pola actitude política— que converteu parcelas de cultivo en terreos edificables.

Accións administrativas e actitudes políticas que supuxeron o recoñecemento *de facto* dese dereito *consuetudinario* a edificar sobre a propiedade do solo, o que, sen dúbida, axudou a transmutar o concepto da *plena* propiedade agraria, derivada do proceso redencionista, nun contido da propiedade *pleno* ao que era inherente o dereito a edificar. Un dereito obviamente inexistente *de iure*, pero longamente operativo *de facto*, alterando así —interesadamente ou non— a percepción sociolóxica da *tradición*. Algo tan inédito no contexto nacional como a natureza dos problemas que diso se derivaron.

Porque, aínda que ninguén pode discutir as extraordinariamente difíciles condicións económicas e materiais nas que houbo que (re)construír o medio rural en Galicia tras o colapso do modelo agrario tradicional, así como o seguramente necesario papel que tivo que xogar a construción niso, a extensión no tempo (moito máis alá do razoable) das *cómodas* circunstancias urbanísticas e políticas xeradas por aquela situación fixo que acabasen derivando nunha problemática de dispersión territorial que se demostrou insostible tanto en económica como ambientalmente.

Algo que, entre outros aspectos, motivou o substancial xiro que a ese respecto veu dar o lexislador coa aprobación da LOUGA no 2002. Pero foi daquela cando a propia Administración, na aplicación do novo marco xurídico, se atopou con que a *historia económica* se prolongara de tal xeito sobre a *historia das mentalidades* que se facía realmente complicado seguir polo camiño emprendido, motivando así a entrada do noso marco urbanístico no lamentable estado de inflación lexislativa e indefinición en que actualmente se atopa. Nese sentido, moitos dos problemas que atenazan o urbanismo galego, como a propia volatilidade dos textos legais, a inexistencia de regulamentos, a escaseza de instrucións técnicas, a xudicialización da praxe urbanística, e o permanente conflito institucional entre as Administracións autonómica e local deben ser interpretados, entón, máis como consecuencias do magno conflito que a desorganización do modelo territorial tradicional e a súa posterior mala xestión articularon arredor da propiedade do solo en Galicia que como causas do estendido rexeitamento social á praxe urbanística.

Sendo esta como é, unha interpretación parcial, que non esgota —nin o pretende— o abano interpretativo da complexísima problemática do conflito terri-

torial, e que debe ser necesariamente complementada a través doutras moitas circunstancias cuxo tratamento excede os obxectivos deste traballo, dámonos por satisfeitos con achegar dous elementos para o debate. En primeiro lugar, a necesidade de non cerrar en falso o debate sobre o que debería considerarse tradicional ou non tradicional para o oportunos efectos legais. E en segundo lugar, a constatación histórica de que o atraso no tempo da adaptación do espazo á natureza produtiva de cada momento ten funestas consecuencias. Dito doutra maneira, o que non fagamos hoxe —en canto ao control da dispersión— de forma ordenada, quizais o teñamos que facer mañá, de golpe, se as facendas locais se volven xa incapaces de soportar por máis tempo o financiamento dunha estrutura territorial ineficiente a través do sempre crecente gasto na prestación dos servizos básicos de abastecemento, saneamento, recollida de residuos sólidos... Se iso fose así, teríamos ademais que asumir —ao contrario que outros territorios— o custo de oportunidade de non ter investido ese esforzo na transformación dun espazo que teña unha maior capacidade que a que demostrou ter na xeración dun recurso que condicionará, de seguro, o noso futuro territorial: o capital espacial.

Un capital que é posible empezar a crear se aprendemos a integrar espacialmente —a espacializar— as nosas políticas públicas como vía para a anticipación dos conflitos territoriais.

4. GOBERNANZA TERRITORIAL. TRANSFORMACIÓN ADMINISTRATIVA E COHERENCIA ENTRE PROCESOS TERRITORIAIS E ESCALA DE INTERVENCIÓN

Durante os anos nos que o planeamento lideraba a recuperación da iniciativa política local no contexto democrático, en Galicia non existían condicións especialmente propicias nin para a agregación de solos (complexidade da estrutura da propiedade), nin de capitais (debilidade do sector). Así que o momento en que a vontade cidadá de construción dun proxecto colectivo se expresaba a través do planeamento urbanístico pasou de maneira practicamente inédita, cando menos, pola Galicia rural.

Co paso do tempo, os procesos económicos que foron moldeando o noso territorio aumentaron de escala de forma espectacular, tanto en termos estritamente económicos como nas súas consecuencias espaciais, de modo que a xeografía dos límites municipais foi tan amplamente superada que o planeamento municipal dificilmente pode volver xogar o papel que non puido desenvolver na Galicia dos 80. Atenazado moitas veces entre a indefinición do marco xurídico e o rexeitamento social, o planeamento xeral non pode tampouco ofrecer unha adecuada comprensión dos procesos territoriais, ao seren

estes dunha escala moi superior á municipal. Nese sentido, coidamos que é necesario potenciar o debate aberto sobre a arquitectura da Administración local ao redor da reconsideración do papel das deputacións e da —entendemos necesaria— agregación municipal. Unha reforma administrativa neses termos minimizaría, polo menos, a incapacidade que o planeamento actual manifesta á hora de intervir neses procesos de ampla escala territorial, e que é posible exemplificar na transformación da mobilidade.

A xeografía humana e a socioloxía teñen explicado o uso que fan as persoas do territorio a través do concepto de espazos de vida⁷⁰, definíndoos como todos aqueles espazos que, articulados arredor da vivenda principal, son frecuentados polos individuos. O traballo, a escola, a segunda residencia, o lecer, as compras, as relacións familiares e os servizos públicos poden resumir de forma sintética os espazos de vida de calquera cidadán.

Desta forma, se a igrexa como centro social e o espazo agrario foron os espazos de vida que, durante varios séculos, converteron a parroquia nun referente social de organización espacial, o cambio de escala que experimentou a mobilidade obrigada polo traballo de base diaria ao longo das dúas últimas décadas, introduciu un profundo desaxuste espacial entre os espazos de vida actuais e as delimitacións municipais vixentes desde o s. XIX.

É, polo tanto, necesario un novo modelo analítico que supere as limitacións do actual e que sexa capaz de propoñer unidades espaciais axeitadas para a xestión da mobilidade, pero tamén do resto de procesos de base espacial, e que xa empezaron a ser utilizadas a través da denominación de áreas funcionais en numerosos ámbitos, pero carentes da necesaria homoxeneización ou normalización. Un proceso que lle compete acometer á Ordenación do Territorio para o desenvolvemento dun dos seus labores fundamentais: a provisión de plataformas de discusión para a xestión conxunta de políticas con incidencia territorial como paso fundamental na consecución da gobernanza territorial, é dicir, ese ansiado espazo de cooperación e coordinación interinstitucional a prol dun modelo territorial determinado. Desta forma, entendemos que deben ser os futuros instrumentos de ordenación territorial os que, en substitución do planeamento municipal, deben asumir liderado na articulación da vontade cidadá de construción dun proxecto colectivo.

Pero para iso é certamente necesario controlar o risco de que a pulsión planificatoria derivada deses novos instrumentos supoña unha inflación admi-

⁷⁰ Módenes, J. A. (2007): *Movilidad espacial. Uso temporal del territorio y poblaciones vinculadas*. En *Actas del X Congreso de la Población Española: "Migraciones, movilidad y territorio"*. Centre D'Estudis Demogràfics.

nistrativista que introduza máis controis e prazos nun xa sobrecargado modelo de tramitación, que, como vimos dicindo, en nada nos beneficiaría⁷¹. A eficacia dos instrumentos de ordenación do territorio e a súa aceptación social só poden ser unha realidade nun marco de relaxación do noso urbanismo *hiperrealista* que dea como resultado documentos de planeamento máis estruturais e flexibles, pero sobre todo máis metodolóxicos que definitivos, en liña coas propostas que insistentemente veñen facendo chegar numerosas voces reconocidas⁷². O contrario, é dicir, a introdución dun novo nivel planificador mantendo o resto tal e como está hoxe en día, ha conducirnos, probablemente, a unha situación de maior exposición que a actual aos riscos que apuntamos.

Por outra banda, se o modelo económico inmobiliario global construído sobre este sistema planificador ameaza ruína, á vez que homoxeneizou e desvalorizou o noso territorio, parece que é o momento de introducir unha revisión a fondo do mesmo. Tendo en conta que os momentos de crises e de destrución das expectativas son os máis frutíferos para repensar e reorientar o futuro, non deberíamos perder a oportunidade que se nos brinda de ser nós quen conduzámos esa transición, en lugar de ser unha situación futura, presumible ou potencialmente peor que a actual, a que o faga por nós.

Pero para iso, coidamos que é tan necesario o cambio na orientación técnica e escalar da planificación ao que facemos referencia, como unha profunda reforma administrativa que transforme os excesivamente longos prazos e trámites actuais nun modelo de *portelo único* capaz de internalizar a comunicación interadministrativa a través dunha oficina técnica unificada e de homoxeneizar os criterios e a información a través das oportunas instrucións técnicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO, I. (ed): *La historia rural de las sociedades medievales europeas*, PUV, Valencia.
- BEIRAS, X.M. (1973 /1981): *O atraso económico de Galicia*. Vigo: Galaxia.
- BENACH, N. y ALBET, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geó-*

⁷¹ A ese respecto, Joan Romero (*op cit*) sostén que aínda que nunca existira, como agora, tal cantidade de normas, directivas, leis e regulamentos relacionados coa ordenación do territorio, a paisaxe ou a avaliación ambiental, isto evitaba que nunca se tivese falado tanto de falta de coordinación e desgobierno territorial coma agora.

⁷² Peñín, A. (2006): *Urbanismo y crisis. Hacia un nuevo planeamiento general*. Ediciones Generales de la Construcción, Valencia.

- grafo radical*. Barcelona: Icaria.
- BOUHIER, A (1979/2001): *Ensayo geográfico de análisis e interpretación de un viejo complejo agrario*. Xunta de Galicia.
- CAMAGNI, R. (2005): *Economía urbana*. Barcelona: Antoni Bosch.
- CARMONA, X y Nadal, J.(2005): *El empeño industrial de Galicia. 250 años de historia, 1750-2000*. Fundación A Coruña: Pedro Barrié de la Maza.
- CASTELLS, M. (1998): *La era de la información. Economía sociedad y cultura. Vol.2: El poder de la identidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- CRECENTE, R. (2009): Parroquias e planificación territorial. En AAVV (2009): *A parroquia en Galicia. Pasado presente y futuro*. Xunta de Galicia.
- DALDA, J.L. (1991): La larga fase de aldea. En GONZÁLEZ-CEBRIÁN, J. (ed.): *Documentos de Reflexión Urbanística*, nº 3, Departamento de Proyectos arquitectónicos y urbanismo de la ETSAC.
- DALDA, J.L., DOCAMPO, J. y HARGUINDEY, J. (2005): *Cidade difusa en Galicia*. Xunta de Galicia.
- De LLANO, P.(1996): *Arquitectura popular en Galicia. Razón e Construcción*. COAG; LIZANCOS, P.(2005): *A casa contemporánea en Galicia*. COAG.
- DUBERT, I. (2002): *Del campo a la ciudad. Migraciones, familia y espacio urbano en la historia de Galicia, 1708-1924*. Vigo: Nigra.
- DUBY, G. (1973/1978): *Hombres y estructuras en la Edad Media*. Madrid: Siglo XXI.
- DUBY, G. (1973/2009): *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea, 500-1200*. Madrid: Siglo XXI.
- ESTEFANÍA, J. (2007): *La larga marcha. Medio siglo de política (económica) entre la historia y la memoria*. Madrid: Península.
- FARIÑA TOJO, J. (1980): *Los asentamientos rurales en Galicia*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A. (1988): *Historia de España dirigida por Miguel Artola. La época medieval*. Madrid: Alianza.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, J.A. y MARTÍNEZ SOPENA, P. (2008): Los estudios sobre historia rural de la sociedad medieval hispano cristiana. En ALFONSO, I. (ed): *La historia rural de las sociedades medievales europeas*. Valencia: PUV.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (1975): *Organización del espacio y economía rural en la España atlántica*. Madrid: Siglo XXI.
- GONZÁLEZ FRANCO, D. y CONSTENLA VEGA, X. (2010): La urbanización del paisaje cultural agrario en Galicia. Morfogénesis de un modelo territorial improvisado. En *Actas del VI Congreso Internacional de Ordenación del Territorio (VI CIOT)*.
- LÓPEZ FACAL, X. (2010): O perfil da economía galega, una proposta de descrición cifrada. En VV.AA (2010): *Informe Galicia 2010*. Santiago de Compostela: Atlántica.
- MARGALEF, R. (1995): La ecología, entre la vida real y la física teórica. *Investigación y Ciencia, Junio*.

- MARTÍ GILABERT, F. (2003): *La desamortización española*. Madrid: Rialp.
- MÓDENES, J. A. (2007): Movilidad espacial. Uso temporal del territorio y poblaciones vinculadas. En *Actas del X Congreso de la Población Española: "Migraciones, movilidad y territorio"*. Centre D'Estudis Demogràfics.
- NÁRDIZ ORTIZ, C. (1992): *El territorio y los caminos en Galicia*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Xunta de Galicia.
- NÁRDIZ ORTIZ, C. (2008): *La construcción de los bordes de las carreteras en Galicia*. Universidad de A Coruña. Xunta de Galicia.
- NAREDO, J.M. (2004): *La evolución de la agricultura en España (1940-2000)*. Granada: Universidad de Granada.
- NELLO, O (ed.) (2003): *Aquí no! Els conflictes territorials a Catalunya*. Barcelona: Empúries.
- OTERO PEDRAYO, R. (1954): *Ensaio sobor da paisaxe galega*. Vigo: Galaxia.
- PEÑÍN, A. (2006): *Urbanismo y crisis. Hacia un nuevo planeamiento general*. Valencia: Ediciones Generales de la Construcción.
- PRECEDO LEDO, A. (1995): *Geografía humana de Galicia*. Barcelona: Oikos-Tau.
- PRESEDO GARAZO, A. (2008): *A fidalguía galega. Estudos sobre a reprodución social dos fidalgos na Galicia Moderna*. Vigo: Lóstrego.
- PRIGOGINE, I. (1983): *¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden*. Barcelona: Tusquets.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, R.(1999): *De aldeas a ciudades*. Vigo: Ir indo.
- ROMERO, J. (2009): *Geopolítica y gobierno del territorio en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RUEDA, S. (1995): *Ecología urbana. Barcelona i la seva regió metropolitana com a referents*. Barcelona: Beta.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J.L. (2003): *Naturaleza, localización y sociedad. Tres enfoques para la geografía económica*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- SOJA, E. (1989/2008): *Postmetropolis. Estudios críticos sobre las ciudades y las regiones*. Madrid: Traficantes de sueños.
- SOJA, E. (2005): Mesogeografías: sobre los efectos generativos de las aglomeraciones urbanas. En BENACH, N. y ALBET, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*. Barcelona: Icaria.
- SOLÁ MORALES, M.(1997): *Las formas del crecimiento urbano*. Barcelona: UPC.
- TORRES LÓPEZ, J. (2000): *Economía política*. Madrid: Pirámide.
- VILLARES, R. (1982): *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*. Madrid: Siglo XXI.
- VILLARES, R. (2004): *Historia de Galicia*. Vigo: Galaxia.
- WALLERSTEIN, I. (1979): *El moderno sistema mundial*. Madrid: Siglo XXI.
- WOLF, E. (1982/1987): *Europa y la gente sin historia*. México: Fondo de Cultura Económica.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMENTO E ESPECIALIDADES DO PROCEDEMENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DESDE A PERSPECTIVA DA DEFENSA LOCAL *

Margarita Parajó Calvo
Asesoría Xurídica Concello de Vigo

Resumo: *o control xurisdicional do planeamento urbanístico é cada vez máis rigoroso e as consecuencias da eventual anulación dun plan son notorias, complexas e incertas. Desde esta perspectiva analízanse as vías de impugnación do planeamento e ofrécese unha visión das especialidades que presenta no procedemento contencioso-administrativo mesmo ata a problemática fase de execución de sentenza.*

Palabras clave: *administración municipal, urbanismo, planeamento, impugnación, contencioso-administrativo, execución de sentenza.*

Abstract: *the jurisdictional control of the town planning is increasingly rigorous, and the consequences of the possible annulment of a planning are evident, complex and uncertain. From this prospect, the ways of impugnation of the planning are analyzed, and a vision of the specialities presented in the contentious-administrative procedure, even the problematic phase of sentence execution, are offered.*

Keywords: *local administration, urban development, town planning, impugnation, contentious-administrative, execution of sentence.*

Índice: 1. *Introdución.* 2. *As vías de impugnación.* 2.1. *O recurso en vía administrativa.* 2.2. *Revisión de oficio.* 2.3. *Requirimento previo.* 2.4. *Recurso directo.* 2.5. *Recurso indirecto.* 2.6. *Inaplicación do art. 6 da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial (LOPX).* 3. *Peculiaridades do procedemento contencioso-administrativo interposto contra o planeamento.* 3.1 *Tramitación, competencia e procedemento.* 3.2. *As partes.* 3.2.1. *Lexitimación activa.* 3.2.2. *Lexitimación pasiva.* 3.2.3. *Representación e defensa da Administración Municipal.* 3.3. *Obxecto.* 3.3.1. *Actividade impugnabile.* 3.3.2. *Pretensións.* 3.3.3 *Esixencias de congruencia.* 3.4. *Acumulación.* 3.5. *Contía.* 3.6. *Escrito de interposición.* 3.7. *Prazo.* 3.8. *A remisión do expediente administrativo.* 3.8.1. *Emprazamento e personamento da Administración autora da disposición.* 3.8.2. *Indicación de recursos conexos.* 3.8.3. *Emprazamentos.* 3.8.4. *Anuncio da interposición.* 3.8.5. *Prazo para presentarse.* 3.9. *Fases de demanda e contestación.* 3.9.1. *A demanda e a preparación da contestación.* 3.9.2. *Alegacións de inadmisibilidade.* 3.9.3. *Parecer razoado do defensor da Administración.* 3.9.4. *Especialidade do art. 54.4 LXCA, peculiaridade das entidades locais.* 3.9.5. *Achega de documentos.* 3.10. *A proba.* 3.10.1. *Relevancia e principios.* 3.10.2. *A*

* Material do relatorio titulado “O control xurisdicional do planeamento xeral”, impartido o 9.11.2010 na E.G.A.P., xunto con COMINGES DE CÁCERES, F., no curso *O Plan Xeral de Ordenación Municipal: preparación, aprobación e desenvolvemento*. Código: LO01022. DOG 07.05.2010, páxina 8.154.

solicitud de apertura do período probatorio. 3.10.3. Proposición de medios de proba. 3.10.4. A proba pericial. 3.10.5. Supostos que requiren dun especial esforzo probatorio. 3.11. Vista e conclusións. 3.12. Terminación. 3.13. Recurso de casación. 4. A sentenza anulatoria do plan. 4.1. O fallo. 4.2. Efectos da sentenza anulatoria. 4.3. Alcance da declaración de nulidade do plan. 4.4. Incidencia da sentenza anulatoria do plan sobre os seus desenvolvementos normativos e actos ditados na súa execución. 4.5. A execución das sentenzas anulatorias do planeamento. 4.6. Imposibilidade legal de executar a sentenza anulatoria dun plan. 5. Medidas cautelares. 5.1. Solicitud. 5.2. Suspensión. 5.3. Anotación preventiva. 6. Custas.

1. INTRODUCCIÓN

Cando se trata de enfrontar a defensa da Administración municipal dos ataques que recibe o planeamento xeral debe terse en conta o escenario no que se desenvolven os procedementos contenciosos en materia de planeamento. Este contexto é resultado da concorrencia de varios elementos: a evolución da xurisdición e o proceso contencioso xunto con outros factores anteriores e externos ao recurso que se producen no eido do urbanismo e do planeamento.

É unha constante facer notar o abandono da natureza revisora do proceso contencioso cara a un procedemento de plena xurisdición no que é posible esgrimir motivos novos fronte aos aducidos en vía administrativa, pero non só. Aínda que se mantén o límite de que as pretensións que se aduzan en vía contenciosa teñen que ser as mesmas que na vía administrativa, o certo é que isto non se aplica con todo o rigor en determinados recursos. Ademais, o art. 31.2 Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-administrativa (en adiante LXCA) refírese ás pretensións de recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e mesmo a indemnización de danos e prexuízos.

No caso dos recursos contra o Plan Xeral, a pesar de que se trata dun procedemento complexo e longo en que se prevén dúas fases de audiencia pública, é perfectamente posible que os interesados realicen alegacións das que logo se separen nos seus recursos contencioso-administrativos. Deberan aplicarse aquí igualmente os límites xerais do Dereito e, en particular, caberá invocar a vulneración da doutrina dos actos propios en caso de que na demanda se empreguen motivos abertamente contraditorios cos argumentos empregados na fase de alegacións. Tamén é posible que o recorrente non realizase ningunha alegación e que a Administración municipal e o equipo redactor leven esa ordenación á aprobación provisoria na confianza de que non suscita ningunha oposición e

que logo sexa obxecto de numerosos recursos contenciosos. Debería reflexionarse sobre se é asumible que a participación pública se configure aquí como un dereito sen ningún tipo de carga e no que nin sequera sexa esixible unha mínima dilixencia por parte dos destinatarios desa información ao público¹

A complexidade social e os problemas aos que as Administracións públicas teñen que ir dando resposta, tradúcese en que cando esta actividade sexa controlada no proceso contencioso vai ser preciso descubrir os feitos relevantes e a realidade territorial así como os criterios técnicos seguidos nesa actuación. E por isto os debates xa non serán estritamente xurídicos, senón fácticos e técnicos, cobrando unha relevancia extraordinaria a fase probatoria.

Asemade, os principios de contradición, audiencia e de igualdade real e efectiva entre as partes, levaron a que na regulación do procedemento contencioso se introducisen mecanismos que eliminan a posición antano privilexiada da Administración no debate: a técnica española de remisión do expediente e completo de expediente (descoñecida noutros países como Francia ou Alemaña²), as oportunidades das que dispoñen os demandantes para a achega documental, o principio de maior facilidade probatoria da Administración como vertente do principio de boa fe procesual moderando a tradicional presunción de legalidade etc.

Desde outro punto de vista, a privatización da elaboración do planeamento que se produce coa habitual contratación administrativa a equipos redactores privados que operan de forma externa aos servizos xurídicos e técnicos municipais, así como a intervención atrapallada de distintas administracións territoriais e sectoriais, ofrece rápidos argumentos aos recorrentes que ven nun ataque frontal e á totalidade ao plan xeral un instrumento doado de anular a súa ordenación e mesmo de acadar notoriedade pública. A recente xurisprudencia do Tribunal Supremo³ (en adiante TS) reflicte como os recorrentes aproveitan as incoherencias e incongruencias entre os documentos elaborados polo equipo redactor contratado e os informes dos servizos municipais ou a ausencia de informes sectoriais ou as desconformidades que poñen de relevo

¹ Os medios persoais e económicos son custosísimos, para facerse unha idea pode ser ilustrativo indicarmos que no caso de Vigo recibíronse 3.409 suxestións e 60.992 alegacións durante a tramitación do planeamento.

² BLANES RODRÍGUEZ, E.: “El principio de contradicción”, en PECES MORATE, J.E. (DIR.): *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*. Exemplar monográfico de *Estudios de Derecho Judicial n.º 154*, 2009. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p.35.

³ Pode consultarse na Base de datos de xurisprudencia na páxina web do Poder Xudicial (<http://www.poderjudicial.es>). En especial, nas crónicas anuais de xurisprudencia do TS.

para acabaren rapidamente cun plan custosamente tramitado e sen necesidade de demostraren especial pericia xurídica ou un especial ou insubsanable dano para o interese xeral.

Por outra banda, non é nada novo referirse ao Urbanismo como un dos idios no que máis se evidencia a tensión entre o público e o privado, e no que a litixiosidade é crecente e está facilitada polo establecemento dunha acción pública urbanística (máis amplamente regulada que na lexislación ambiental) e que apenas coñece límites.

A xurisprudencia amosa unha tendencia a un control cada vez máis rigoroso⁴ do planeamento e as normativas urbanísticas sofren constantes modificacións non sempre facilmente previsibles para os operadores xurídicos, tendo en conta a longa duración dos procedementos de tramitación do planeamento.

Todo o anterior tradúcese en que as Administracións municipais deben de lle dedicar un especial esforzo a se defender dos ataques contra o seu planeamento, para iso será preciso explicar as razóns da súa toma de decisións naqueles aspectos discrecionais do plan e en esgotar todos os recursos probatorios dos que dispoña para probar a legalidade cando non simplemente a racionalidade do acordado.

É imprescindible que a Administración autora do plan nunca se desvincule dos recursos que contra el se interpoña e se é posible que sexa a propia Administración a que asuma a súa defensa. Tomar control nun momento moi inicial do contido da demanda pode permitir realizar comprobacións e ofrecer explicacións, cando non subministrar datos e probas relevantes para a desestimación do recurso. As consecuencias da anulación dun plan son notorias, complexas e incertas e vainas padecer fundamentalmente a Administración municipal, polo que cobra unha gran transcendencia manter un certo control sobre os avances dos procedementos contenciosos e a dedicar os seus propios recursos humanos ao seu estudo porque normalmente son os máis coñecedores dos antecedentes e da súa propia realidade urbanística. En realidade, o procedemento prolóngase ata que remata a vía xudicial, pois de nada valerá o traballo realizado en vía administrativa se non se sustenta logo na vía xudicial.

En moitos dos casos as Administracións municipais contan con profesionais máis especializados en coñecementos técnicos e xurídicos públicos e/ou, cando menos, con persoal que pode coñecer mellor o termo municipal e saber de

⁴ Cada vez aprécianse máis motivos anulatorios: motivos como a falta de rigor do estudo económico, a esixencia de repetición do trámite de información pública, o requisito de publicación tamén das fichas do plan, pola carencia dun informe en materia de telecomunicacións etc.

antecedentes, expedientes relacionados co pretendido no recurso⁵, planeamentos precedentes⁶ etc. E estes medios de defensa deben ser empregados.

Coñecer os recursos e os seus fundamentos permitiría adentrarse e coñecer en profundidade as bondades e dificultades do novo o plan e tamén revisar a calidade dos traballos realizados polo equipo redactor e esixir ás súas responsabilidades contractuais ou fronte a terceiros, se for o caso. E, en ocasións, pode permitir axustar a actuación administrativa ao devir do preito. Ademais, o control sobre os efectos da execución da sentenza comeza coa súa previsión e o seu estudo⁷.

Sempre será conveniente non perder a perspectiva contencioso-administrativa durante a tramitación do procedemento administrativo de planeamento e manter o interese sobre os recursos contenciosos contra o plan que normalmente continuará sendo executivo e estará producindo os seus efectos mentres se seguen contra el varios recursos contenciosos.

2. AS VÍAS DE IMPUGNACIÓN

O planeamento é resultado do exercicio dunha potestade normativa⁸ de natureza discrecional⁹, en consecuencia o seu control é xudicial e non administrativo.

2.1. O RECURSO EN VÍA ADMINISTRATIVA

O art. 107.3 Lei 30/1992, do 26 de novembro, do Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento administrativo común (en adiante LPAC) establece que "contra as disposicións xerais non caberá recurso en vía

⁵ Por exemplo pode haber un expediente de licenzas ou de disciplina urbanística previo e que se recorra o plan para tentar obter esa licenza que lle foi denegada ou pretender evitar as consecuencias da ilegalidade urbanística cometida.

⁶ Que poden servir para demostrar que a clasificación foi correcta pois o diagnóstico do solo non variou e este non foi obxecto de ningún desenvolvemento...

⁷ GEIS I CARRERAS (*La ejecución de sentencias urbanísticas*. Ed. Atelier, Barcelona 2009, pp. 158 a 174) analiza como a xurisprudencia demostra que hai máis posibilidades de acadar unha inexecución por imposibilidade legal se a disposición administrativa se modifica con anterioridade á sentenza cunha interpretación máis benévola do art. 103.4 da LXCA por parte dos Tribunais que coñecen do incidente de inexecución.

⁸ Malia a non innovaren, tamén son de natureza normativa os Estudos de Detalle controlables polos mesmos medios de impugnación (STS 5.10.2001).

⁹ É de referencia obrigatoria: DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Ed. Civitas, Pamplona, 1997.

administrativa", pero o art. 50.2 do Real Decreto Legislativo 2/2008, do 20 de xuño, que aproba o Texto Refundido da Lei do Solo (en adiante TRLS08) dispón que: "Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora".

En relación coas Comunidades Autónomas nas que si se prevé un recurso en vía administrativa, por exemplo en Cataluña ou Aragón, o Tribunal Supremo fixo unha interpretación harmonizando a norma estatal básica (art. 07.3 LPAC) e as normas autonómicas que prevén recurso dealzada ou reposición (segundo os instrumentos de planeamento de que se trate e os órganos con competencia para a súa aprobación), que distingue os defectos formais propios e singulares do acto aprobatorio fronte ao que si cabería o recurso administrativo, das específicas determinacións do plan aprobado fronte ao que non cabería nunca recurso en vía administrativa: STS 30.9.09-STS 11.12.09- STS 28.5.10.

A razón desta interpretación é que unha vez aprobado, podería alterarse o contido do plan, mesmo chegar á súa completa transformación sen suxeición aos trámites propios de elaboración e sen que fose recoñecible a norma publicada en relación coa norma finalmente aprobada ante a eventual estimación dunha cadea de recursos administrativos interpostos polos interesados.

En Galicia veta esta posibilidade o art. 85.11 da Lei 9/2002 do 30 de decembro, de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Rural de Galicia (en adiante LOUG) ao establecer que "os instrumentos de planeamento son disposicións de carácter xeral polo que a súa aprobación definitiva non poderá recorrerse en vía administrativa, senón tan só a través do correspondente recurso contencioso-administrativo nos termos previstos na súa legislación de aplicación".

Aínda así, deuse algún caso na práctica en que os particulares recorreron un instrumento de planeamento en vía administrativa, supostos aos que da cumprida resposta a STSXG de 15.7.2010:

"SEGUNDO.- Afirma la STS de 02.07.03 que no puede interrumpir el plazo procesal la interposición de recursos administrativos improcedentes e inviables, y esto es lo que sucede cuando en la vía administrativa se impugna una disposición normativa (como lo es el plan general) o cuando lo que se solicita es su revisión de oficio por causa de nulidad, que fue lo que pretendieron los señores Luis Alberto y Alberto ; así, en este último caso la legitimación revisoria sólo la ostenta la administración autora de

la norma, pero no los particulares, mientras que en el supuesto anterior no cabe formular recursos administrativos frente a disposiciones de carácter general, como resulta de lo dispuesto en los artículos 102.2 y 107.3, respectivamente, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Y es que cuando lo que se desea es alzarse contra la aprobación del plan general de ordenación municipal o contra los demás instrumentos de planeamiento, lo que procede es el recurso jurisdiccional directo, como dispone el artículo 85.9 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, de manera que como el plan que aquí interesa se publicó en el DOG de 14.11.07 y el presente recurso jurisdiccional se presentó el 12.03.08, sin que tenga efectos suspensivos el escrito anómalo dirigido por los actores en la vía administrativa, debe acogerse el motivo de inadmisibilidad planteado por el letrado de la Xunta de Galicia, lo que impide entrar a analizar la cuestión de fondo (SsTC 19/1983, 93/1984, 62/1989 o 32/1991 y SsTS de 19.09.96 o 07.12.00)"

2.2. REVISIÓN DE OFICIO

A revisión de oficio está prevista tamén para as disposicións xerais e, dada a asimilación dos plans a estas, é xeralmente admitida a posibilidade de lles aplicar o réxime da revisión de oficio. Á diferenza da revisión de oficio dos actos administrativos, o art. 102.2 da LPAC exclúe a acción de nulidade dos particulares cando de normas regulamentarias se trata, de xeito que só pode iniciarse a iniciativa propia da Administración Pública. A revisión de disposicións xerais é un procedemento que só pode iniciarse de oficio (102.2 LPAC) e por causas taxadas (62.2 LPAC).

En principio, nada impide que un particular a inste, pero non obriga a incoar o procedemento e os Tribunais non poden imporlle a súa tramitación cando se impugne a negativa da Administración a revisar de oficio unha disposición xeral/plan urbanístico. Así o consideraron as SSTS de 16.11.2006, de 22.11.2006, ou a STS de 28.12.2006, para as que a posibilidade de revisar de oficio unha disposición xeral non supón que se lle recoñeza tamén neste caso aos particulares a acción de nulidade dada a posibilidade que estes teñen de impugnar na xurisdición unha disposición xeral exercitando unha acción fronte ao seu acto de aplicación baseándose en que aquela é ilegal.

Especial interese cobra a doutrina do Consello Consultivo de Galicia neste eido dada a natureza preceptiva e vencellante dos seus informes. No Ditame 274/1999, considerou que non era posible a Revisión de Oficio cando o plan é

obxecto dun recurso contencioso-administrativo:

“o artigo 106 da LRXPC, que establece unha indubitada contención ós supostos de revisión de oficio –incluído o caso do artigo 102–, precisamente en eventos nos que a verificación de legalidade, estricta e illadamente considerada, cede ante o ordenamento no seu conxunto e, particularmente, ante os seus principios e valores.

No momento presente, a plenaria configuración do recurso contencioso administrativo, a extensión practicamente ilimitada da lexitimación sexa cal sexa o obxecto da pretensión, e a potenciación das modalidades de recurso directo e indirecto (coa significativa fórmula da cuestión de ilegalidade) fronte ás normas de rango regulamentario, permiten constata-la supeditación necesaria da actuación administrativa en vía de revisión de oficio, pendendo un litixio nesa orde xurisdiccional, e máxime se esta afecta á totalidade dos aspectos da actuación administrativa lexiferante. Interesando non obstante precisar, para completa-la exposición deste tema, que a devandita afirmación non descoñece o ámbito propio e a eficacia do artigo 76 da Lei 29/1998, reguladora da xurisdición contencioso administrativa, que conserva a súa razón de ser para as chamadas resolucións tardías ou as fórmulas de composición.

Non a outra conclusión se achega se partimos da chamada potencialidade expansiva dos dereitos fundamentais, posta en relación co artigo 24.1 da CE.

Mostra evidente desa supeditación, é a doutrina do TC nunha materia tan sensible (e ó tempo tan tradicionalmente inherente ás potestades administrativas) como a de a necesaria postergación da executividade dos actos, pendendo a decisión xudicial –habitualmente demorada en prazos non precisamente breves– sobre a petición de suspensión formulada polo recorrente. Por todas cítase a sentenza 199/1998, do 13 de outubro.

Á vista dos argumentos que preceden, non so non se albiscan razóns que xustifiquen a imposibilidade de subsumir baixo idénticas connotacións a revisión de oficio dos actos e das normas, senón que a fortiori, as contencións expresamente previstas no apartado 1 do artigo 102 LRXPC, operan, con maior razón, cando de normas regulamentarias se trata, a excepción do requisito, aquí inherente, do esgotamento da vía administrativa. Aínda máis, o carácter reforzadamente excepcional da revisión de oficio de normas vese confirmado polo dato de que o lexislador excluíu respecto delas, expresamente, a revisión a instancia de parte en vía de recurso, o que indica a preferencia, evidente, pola radicación deste xuízo de legalidade na

vía xurisdiccional, recentemente potenciada na nova configuración da que anteriormente se deu conta.

Consecuentemente, ante a plenitude formal e material do obxecto da pretensión que verosimilmente conleva o recurso contencioso administrativo promovido pola Xunta de Galicia, a pendencia deste obsta, en criterio do Consello Consultivo, e por aplicación do previsto no artigo 102.2 en relación co apartado 1 do precepto, a prosecución da revisión de oficio pretendida, dándose, como é o caso, unha identidade de causas, como o acredita a enunciación que destas se contén na proposta de resolución que literalmente remite ó requirimento feito pola Administración autonómica."

BELANDO GARÍN¹⁰ entende que a revisión de oficio tampouco sería posible cando a norma regulamentaria fose confirmada por sentenza, o que deduce da STS de 21.7.2003 (RJ 2003/6048). Esta sentenza, refírese á revisión dun acto e interpreta que do art. 118 CE resulta que *"no es jurídicamente viable instar una revisión por causas de nulidad de pleno derecho cuando tales causas ya hayan sido planteadas y desestimadas en un proceso jurisdiccional por sentencia firme"*.

O Consello consultivo de Galicia, Ditame 727/2008, 23.7.08: rexeita tamén a posibilidade de revisar de oficio o plan cando en realidade o que pretende é unha modificación do planeamento, cando xa está iniciado o procedemento de revisión do plan, ou cando o tempo transcorrido desde a aprobación infrinxe os límites establecidos no art. 106 LPAC:

"A cuestión sometida a ditame consiste en determinar se procede ou non a declaración de nulidade das Normas Subsidiarias de planeamento municipal de Marín aprobadas definitivamente en data 9.6.1978, no que atinxe exclusivamente á clasificación como solo non urbanizable de "zona de litoral" das áreas consolidadas dos núcleos de Mogor, Agnete, Casás, Loira e Teira.

Emporiso, no suposto do caso de que se trata non se busca simplemente declarar nula a disposición ou norma urbanística relativa á clasificación como "zona litoral en solo non urbanizable" do solo correspondente aos núcleos poboacionais de Agnete, Casás, Loira, Teira e Mogor, dentro das Normas Complementarias e Subsidiarias do planeamento de municipio de Marín de 9.6.1978, senón que se vai, despois de declarar iso nulo, na procura de establecer unha clasificación urbanística diferente, para o cal investigase

¹⁰ BELANDO GARÍN, B. en DOMINGO ZABALLOS, M.A., Dir.: *Impugnación y revisión de la actividad de los Entes locales (Teoría y Práctica)*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p.77.

con relación ao ano 1978 sobre a situación física das edificacións, sobre servizos de urbanización, e sobre distancias á zona marítima deses núcleos de poboación, e sobre a delimitación física dos mesmos, tentando establecer unha nova ordenación urbanística para os mesmos; ou sexa que a finalidade real perseguida neste caso, é unha alteración concreta da ordenación urbanística, mais iso é o que se chama unha modificación do planeamento; finalidade que ten establecido no ordenamento xurídico un procedemento específico a tal fin, e polo mesmo é o que resulta axeitado seguir, pois el comprende as garantías precisas á mellor consecución desa finalidade.

Ítem máis, a normativa vixente non permite a modificación –alteración concreta– do planeamento cando estea en tramitación un novo plan xeral de ordenación municipal ou da súa revisión, así expresamente establece o artigo 94.2 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, que establece que "non se poderán formular novas modificacións do planeamento urbanístico durante a tramitación dun plan xeral de ordenación municipal ou da súa revisión; é dicir, desde a súa aprobación inicial ata a súa aprobación definitiva, agás en execución de sentenzas".

Esta é precisamente a situación do presente caso, pois figura no expediente remitido que o Concello de Marín está a tramitar o seu Plan Xeral de Ordenación Municipal, que foi aprobado, inicialmente, polo Pleno da Corporación en data 26.2.2007.

Así mesmo, é de apreciar que non se explica dabondo na proposta de resolución, nin na memoria incorporada ao expediente, para qué se acomete esta modificación despois de decorrer trinta anos desde a aprobación da norma urbanística de referencia, e de estar, arestora, en trámite un procedemento de aprobación dun Plan Xeral, no que se podería recoller a alteración de que se trata, no canto de acudir á meritada vía dunha revisión de oficio.

Amais, convén lembrar o disposto no artigo 106, LRPAC, segundo a cal: "Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". Este precepto fixa os límites legalmente imposto ás facultades revisoras das administracións públicas nos casos en que se promovan tanto cuestións de nulidade absoluta, como de nulidade relativa, ou anulabilidade dos actos administrativos.

No presente caso, a pretensión da alteración de referencia pola canle

da revisión de oficio, despois de tanto tempo na situación de vixencia da norma urbanística –ao tratarse dunha disposición aprobada en xuño do ano 1978– pode dar lugar a consecuencias contrarias á equidade entre os cidadáns do Concello de Marín afectados polas devanditas normas subsidiarias; consecuencias só evitables cunha contemplación xeral do municipio ao respecto da ordenación urbanística, posible agora a través da aprobación dun Plan Xeral de Ordenación, en tramitación, nestes momentos, segundo queda dito.”

2.3. REQUIRIMENTO PREVIO

En vía administrativa o que si ten cabida no eido das disposicións xerais é o requirimento administrativo previo dunha Administración, para que derogue a disposición. Regúlase no art. 44 LXCA e deixa a salvo o previsto nos arts. 63.1.a), 63.2 e 66 Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime local (LRBRL). O prazo para formular este requirimento é de dous meses desde a publicación e o prazo para resolvelo é dun mes. A partir da resolución, comeza a computar o prazo de interposición do recurso. En caso de silencio, é coñecida a doutrina do TS que entende que non cesa a obriga de resolver.

2.4. RECURSO DIRECTO

Na vía xudicial, ao igual que todas as disposicións xerais, son susceptibles de recurso contencioso administrativo directo no prazo de dous meses desde a súa publicación (Art. 25 LXCA) e dun recurso administrativo indirecto, con ocasión de cada acto de aplicación do plan (arts. 26-27 e 123-126 da LXCA). A este control xudicial dedícanse os apuntamentos que se desenvolven nos seguintes epígrafes.

2.5. RECURSO INDIRECTO

A xurisprudencia rexeita a impugnación indirecta por motivos formais, con certos matices que recolle a STS de 06.07.2010:

“QUINTO .- Aunque la jurisprudencia relativa al recurso indirecto se ha mantenido después de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio , de lo que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación 6822/2002), 21 de abril de 2008 (recurso de casación 5038/2003), 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 1871/2006) y 11 de febrero de 2010 (recurso de casación 4581/2008), sin embargo, se viene admitiendo la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiese incurrido

en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente (Sentencias de esta Sala de fechas 27 de octubre de 2007 (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004 , fundamento jurídico sexto).

En concreto, respecto de la impugnación indirecta del planeamiento urbanístico, cual es el caso que ahora nos ocupa, esta Sala en sus Sentencias de fechas 17 de junio de 2003 (recurso de casación 2565/1999), 25 de octubre de 2007 (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004) ha admitido la impugnación indirecta de los planes urbanísticos basada en la manifiesta incompetencia del órgano que lo aprobó definitivamente, en el defecto de comunicación a la Administración del Estado, a pesar de las competencias que ostentaba sobre el ámbito a desarrollar, y en la falta de notificación de su tramitación, generadora de una indefensión material y real, a las que ahora añadimos, de atribuirle ese carácter formal que rechazamos, el incumplimiento de las reglas de competencia y procedimiento establecidas para una modificación del planeamiento que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes, incluida la simple permuta de superficie, cual ha sido el supuesto enjuiciado por la Sala de instancia, en el que ésta ha usado la potestad que le confiere el artículo 27.2 de la Ley de esta Jurisdicción por haberse impugnado por los demandantes en la instancia los instrumentos y actos de ejecución de un concreto Plan Especial de Reforma Interior con fundamento en que éste llevó a cabo una alteración de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes sin ajustarse a las reglas de competencia y procedimiento establecidas para ello, razones todas que abundan en la improsperabilidad del séptimo y último motivo de casación aducido por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente."

A STS 22.9.2010 (Recurso de Casación 1985/2009) permítenos salientar os seguintes aspectos:

- a) Non é preciso citar no escrito de interposición que se recorre a norma, pois no recurso indirecto o obxecto é o acto e a ilegalidade da disposición é un motivo. Por iso non hai desviación procesal se no escrito de interposición non se cita o plan impugnado indirectamente e si se argumenta ese recurso indirecto na demanda.
- b) O recorrente directo pode logo recorrer indirectamente. A LXCA non res-trinxe a lexitimación.

- c) Debe existir unha relación de causalidade entre o acto e a norma/plan recorrido indirectamente. Un exemplo da aplicación deste principio tamén o podemos atopar na STSXG de 15.4.2010.
- d) Flexibilizouse este recurso coa LXCA 98 de maneira que pode recorrerse indirectamente un plan primario con ocasión do recurso contra o plan que o desenvolve.

A doutrina distingue¹¹ entre o recurso indirecto completo, isto é, cando o Tribunal competente para coñecer da disposición tamén o é para coñecer do acto; do recurso indirecto incompleto, cando ten que se completar coa cuestión de ilegalidade perante o Tribunal competente para coñecer da disposición xeral impugnada. Neste caso é codemandada a Administración autora da disposición.

Se resulta anulado o plan ten os mesmos efectos que se se dirixise un recurso directo, en relación co acto de aplicación, o art. 126.4 LXCA establece que a sentenza que resolva a cuestión de ilegalidade non afectará á situación xurídica concreta derivada da sentenza ditada polo Xuíz ou Tribunal que formulou aquela.

2.6. INAPLICACIÓN DO ART. 6 DA LEI ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE XULLO, DO PODER XUDICIAL (LOPX)

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na Sentenza número 1016/2010, do 14.10.10, ditada no Recurso de apelación número 4130/2010, ven de confirmar e aceptar a fundamentación xurídica da Sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo¹², de 12 de novembro de 2009 que ilustra o funcionamento desta técnica de control do planeamento.

O obxecto do recurso era a resolución desestimatoria da certificación acreditativa do outorgamento por silencio administrativo dunha licenza nun determinado ámbito. O Tribunal Superior tempo atrás, vixente a Lei de Xurisdición do ano 1956, coñecera dun recurso indirecto no que se alegara a nulidade da ordenación deste ámbito, a Sala anulou o acto recorrido por apreciar que a ordenación era nula, pero como os efectos do recurso indirecto na Lei do 56 non acadaban ao regulamento, a ordenación ao abeiro da cal se solicitara a licenza non fora formalmente expulsada do ordenamento xurídico. Pois ben,

¹¹ Por exemplo, REBOLLO PUIG, M: “Impugnación de normas locales: ordenanzas y planes”. Intervención no Seminario de Dereito local. Barcelona, 14 de abril de 2000. Accesible en <http://seminari.fmc.cat/ARXIVUS/autors99-00/03.doc>

¹² Ilmo Sr. Maxistrado-Xuíz, D. Antonio Martínez Quintanar.

nesta sentenza explícase que:

"hay que tener en cuenta que aunque dicha disposición no haya sido formalmente anulada, con los correspondientes efectos "erga omnes" ello no es óbice para apreciar que por una sentencia firme se ha considerado incurso la modificación de la ordenanza urbanística aplicable en desviación de poder, lo que implica que la misa está incurso en una causa de nulidad de pleno derecho. Por otra parte hay que recordar que el rango normativo de las disposiciones contenidas en el planeamiento urbanístico es el propio de las disposiciones reglamentarias. El hecho de que una disposición de este rango no haya sido expulsada del ordenamiento con efectos jurídicos "erga omnes" a través del oportuno recurso directo no implica que el órgano judicial se vea vinculado necesariamente y en todo caso por el contenido de disposiciones de dicho rango, ya que la única vinculación absoluta es a las disposiciones de rango legal. Por tanto, en el caso de que un juez o tribunal considere que una disposición de rango no superior al reglamentario es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto, su obligación es inaplicarla, tal y como establece el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder judicial, que dispone que los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa. En consecuencia, y ante una disposición de rango reglamentario que se considera nula por desviación de poder, lo que procede es su inaplicación al caso. La anulación es el remedio más eficaz frente a las disposiciones generales de rango inferior al legal, por su proyección "erga omnes" y su virtualidad depuradora del ordenamiento, pero en su ausencia, la apreciación por un juez o tribunal de que la disposición general que se el invoca como fundamento de la pretensión está incurso en un vicio de nulidad, no puede ser obviada por el argumento formal de su vigencia, ya que de lo contrario se violentaría el principio de legalidad, que impone la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, y por tanto, exige la inaplicación de aquellas disposiciones de rango inferior al legal en las que sae aprecie un vicio de nulidad, como es el caso."

3. PECULIARIDADES DO PROCEDEMENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPOSTO CONTRA O PLANEAMENTO

3.1 TRAMITACIÓN, COMPETENCIA E PROCEDEMENTO

O procedemento do recurso directo contra o planeamento caracterízase

pola súa tramitación preferente ao se tratar dunha disposición administrativa xeral, tal e como dispón o art. 66 da LXCA. A competencia para o seu coñecemento tena a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza (art. 10 LXCA) e tramitarase como procedemento ordinario. No caso de que se trate dun recurso indirecto incompleto, sobre a nulidade da disposición tamén coñece a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza coa tramitación da cuestión de ilegalidade (123-126 LXCA).

3.2. AS PARTES

3.2.1. Lexitimación activa

A acción pública urbanística (Disp. ad. 4ª LOUGA, art. 4.f)TRLS08) regúlase dunha forma moito máis ampla que a medioambiental establecida nos arts. 3.3, 22 e 23 da Lei 27/2006, 18 xullo, reguladora dos dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente e incorpora as Directivas 2003/4/ CE e 2003/35 CE, que a reservaba a asociacións sen ánimo de lucro, no eido dos seus estatutos e inscritas con dous anos de anterioridade ao exercicio da acción. En calquera caso tamén abeira a acción pública urbanística "ás decisións resultantes dos procedementos da avaliación ambiental dos instrumentos que as conteñen e dos proxectos para a súa execución".

A lexitimación ao abeiro deste título é amplisimamente recoñecida pola Xurisprudencia, con algunha matización:

- a) Non se pode utilizar en nome de terceiros non presentados no litixio: SSTSXG 15.11.2001, de 15.7.1999. No mesmo sentido a STS 21.3.2002:

"La acción pública en materia de urbanismo (artículo 235-1 del TRLS de 1976) no cubre la defensa de intereses privados de terceros, los cuales pueden tener interés precisamente en no intervenir en el procedimiento. En consecuencia, nadie puede suplantar a los auténticos interesados alegando indefensiones ajenas."
- b) Tampouco é aceptable o abuso de dereito ou o seu exercicio antisocial, pero este principio xeral do Dereito é interpretado *pro actione* e ata que se coñeza o fondo do asunto, así resulta, da STS 26.7.2006:

"no exige un ánimo altruista o benéfico... no resultaría abusivo su ejercicio si el eventual perjuicio que se derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resulta coincidente con el interés público".

Este amplo recoñecemento da acción pública conduce a existencia dun fe-

nómeno coñecido en moitos Concellos, o “accionante profesional”¹³, non exento de sospeitas que, xunto co emprego político da denuncia urbanística, se plasman perfectamente na Memoria do Ministerio Fiscal de 2007¹⁴.

Cando se trate de persoas xurídicas recorrentes debe constar inequivocamente a vontade social que é ben distinto do poder para preitos, do contrario podería apreciarse que concorre o suposto de inadmisibilidade por falta de lexitimación¹⁵ *ad processum* STS 29.7.2009.

En relación coa lexitimación dos Concelleiros, resulta de interese a STS 3.3.2010, no caso estudado por esta sentenza opúñaselle ao Concelleiro que non constaba o seu voto en contra. O TS entende que si estaba lexitimado pois constaba a súa oposición expresada con anterioridade e que non asistira á sesión en que se aprobara definitivamente o Estudo de Detalle impugnado. Tamén é habitual que se formule se os concelleiros teñen un deber de abstención nas votacións dos acordos de aprobación dos plans, por terreos que resultan afectados, beneficiados etc.; neste sentido a xurisprudencia entende que este deber de abstención non se pode afirmar con carácter xeral, pois en canto o plan xeral abrangue a todo o municipio afecta inevitablemente á totalidade dos veciños (ultimamente, a STS 14.2.2007), agás naqueles casos en

¹³ Con carácter xeral, para poder alegar a excepción de extemporaneidade, é interesante que cando se consulten os expedientes urbanísticos ou se soliciten informacións sobre estes, se deixe constancia no expediente urbanístico examinado da data en que se toma coñecemento, para ter un prazo certo desde o que poder realizar o cómputo da firmeza do acto respecto de quen o consulta.

¹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I*. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, pp.454-455: «Por su parte, la Fiscalía de Pontevedra insiste especialmente en el carácter político de muchas denuncias en materia de urbanismo con la vista puesta en el año 2007 como año electoral., al señalar que “nos encontramos ante un año electoral y la materia urbanística es de las más utilizadas a los efectos políticos, habida cuenta la cantidad de normas en juego y la cantidad de incumplimientos que de las mismas se derivan”. También la Fiscalía de Zamora denuncia semejante situación al señalar que “en la época en que nos encontramos es frecuente que tanto particulares como los representantes de partidos políticos acudan a la Fiscalía para denunciar hechos presuntamente delictivos, acudiendo de inmediato a los medios de comunicación para poner de manifiesto la existencia de la denuncia...”. Ante tales casos, el Fiscal insiste en la obligación de “extremar el celo para distinguir aquellos supuestos con cierto fundamento, de las meras conjeturas plasmada a modo de denuncia en un escrito.

La Fiscalía de Pontevedra pone igualmente de manifiesto la existencia de “profesionales” en la denuncia de temas urbanísticos señalando que “Suele tratarse de personas informadas y con conocimientos técnicos en materia urbanísticas que interponen denuncias en el ámbito de competencia de esta Fiscalía con gran reiteración... deseamos expresar las dudas que nos ofrece la intencionalidad de sus autores y la finalidad perseguida con la actividad”. Se trata de la figura que en la propia memoria se denomina como “pleitista urbanístico”».

¹⁵ Con carácter xeral, é necesario exercer un maior control en vía administrativa; se se admite a lexitimación, é difícil que logo se poida opoñer con éxito en vía contenciosa.

que se trate de modificacións puntuais que afecten a predios concretos (STS 5.12.2007).

3.2.2. Lexitimación pasiva

A Administración demandada é a que aproba o plan. No suposto de impugnación do planeamento xeral acontece que, como a que remata o procedemento é a autora do acto da aprobación definitiva é a Administración autonómica, a posición de demandada principal lle corresponderá a esta e a Administración local actuará como codemandada.

No recurso indirecto será ao revés, pois o art. 24.1 LXCA establece que se o demandante fundase as súas pretensións na ilegalidade dunha disposición xeral considerarase parte demandada a Administración autora da mesma, aínda que non proceda dela a actuación recorrida.

Tamén poden comparecer como codemandados aqueles que teñan interese en que se manteña o plan impugnado. Como é sabido, só poden actuar nesta posición os que teñen interese en defendelo, cando se presente persoalmente un interesado na posición de codemandado que, en realidade pretende a súa anulación haberá que solicitar a súa separación. Aclaran a posición procesal dos codemandados numerosas sentenzas. Xa na STS de 14 de outubro de 1.991 se afirmaba que:

"... carece de toda duda que el comparecer como parte demandada cuando en realidad se sustentan pretensiones análogas a las del demandante supone un artificio... constituye un claro supuesto de fraude procesal... pues no es posible burlar mediante la caprichosa denominación de parte demandada las cargas y obligaciones que le corresponden como demandante".

Tamén resulta de interese o Auto do TSXG de 18 de outubro de 2.001 que no seu fundamento xurídico primeiro explica:

"con independencia de que la nueva Ley de la Jurisdicción haya prescindido definitivamente del coadyuvante, nunca ha estado admitida la personación de parte alguna en concepto de coadyuvante del recurrente, lo cual no es exclusivo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo pues ya en el civil rige el principio general de que la única petición que puede formular el demandado, salvo los casos de reconvención, es el de que desestime la demanda, ya que otra significaría admitir una nueva demanda después de la contestación, sin que la ley arbitre términos hábiles, salvo los siempre limitados de las conclusiones, para rebatir los nuevos argumentos, con total violación de los principios de preclusión y contradicción....".

Máis recentemente, a STS de 22.2.2006, reprocha o fraude procesual consistente en comparecer como codemandado e desenvolver a posición de demandante, incumprindo a carga de interpoñer o recurso e obviando o prazo legalmente establecido para recorrer.

3.2.3. Representación e defensa da Administración Municipal

O art. 24 LXCA remite á Lei Orgánica do Poder Xudicial, á Lei de Asistencia Xurídica ao Estado e Institucións Públicas (Lei 52/97, do 27 de novembro) e ás Leis autonómicas¹⁶. O art. 551 LOPX sinala que lles corresponderá aos letrados que sirvan nos servizos xurídicos da Administración local (en sentido amplo), agás que designen avogado colexiado. Por outra banda, o art. 129 da LBRL regula a Asesoría xurídica para as grandes cidades.

O art. 16 RD 997/2003, 25 de xullo, Regulamento do Servizo Xurídico do Estado, prevé a subscrición de Convenios de colaboración -con contraprestación- para que o avogado do Estado asuma a defensa das Corporacións locais.

Pero existe outra posibilidade máis, ao abeiro dos arts. 36 LBRL e 30.6.b) do TRRL, pódese recorrer aos servizos xurídicos das Deputacións provinciais.

Aos letrados das Administracións públicas correspóndelles a representación e a defensa por Lei. As mencións específicas na LXCA en relación ao avogado ou representante da Administración sono ao Avogado dos servizos xurídicos non ao contratado (v.gr. STS 7/4/2005, STS 8/2/2005). Por esa razón se se acode á contratación externa, haberá de se ter en conta que cumprirá acudir tamén á representación a través de Procurador no Tribunal Superior de Xustiza, e na Casación.

Serán de aplicación as normas de contratación do sector público, tendo en conta que os honorarios dos avogados se liberaron e os baremos dos Colexios de Avogados son orientativos. Neste caso e para evitar conflitos, haberá que ter en conta a aplicación do Real Decreto 658/2001, de 22 de xuño, polo que se aproba o Estatuto Xeral da Avogacía Española, en prevención de posibles incompatibilidades.

3.3. OBXECTO

3.3.1. Actividade impugnable

A priori non presenta especiais dificultades, no recurso directo será o

¹⁶ Decreto 343/2003, do 11 de xullo, polo que se aproba o Regulamento orgánico da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia.

plan impugnado, no recurso indirecto será o acto de aplicación¹⁷. Pero ás veces na práctica preséntanse supostos problemáticos. Así, é o caso dos recursos dirixidos contra a celebración do Pleno da aprobación provisoria do Plan, neste suposto débese opoñer, polo menos, que a aprobación provisoria é un acto de trámite e que, asemade, o art. 85.11 é claro ao establecer que os instrumentos de planeamento son disposicións xerais fronte ás que nin sequera é posible recorrer de forma autónoma o acto de aprobación definitiva na vía administrativa. Por outra banda, calquera defecto na tramitación pode ser alegado no recurso directo que se interpoña contra o Plan finalmente aprobado e publicado. Nunha recente sentenza de 5 de febreiro de 2009, o TSXG considerou que a competencia para coñecer dun recurso contra a sesión do pleno na que se acordou a aprobación provisional corresponde á Sala do contencioso e non ao Xulgado:

“teniendo en cuenta que se ve afectado acuerdo de aprobación provisional de instrumento de ordenación urbanística, sin que el concreto motivo en el que se pretende apoyar la impugnación desvirtúe las derivables consecuencias competenciales con la resultancia de lo previsto en los artículos 8.1 y 10.1a) de la Ley Jurisdiccional de 1998, lo que se traduce en una parcial estimación de la apelación”¹⁸.

Por último, a xurisprudencia considera que é inadmisíbel recorrer a aprobación provisional, inadmisibilidade alicerzada na complexidade do procedemento e no feito de que nunca pode causar indefensión esa aprobación provisional ao ser sempre recorrible o acordo de aprobación definitiva do planeamento. Aos efectos de exemplo pódense citar as seguintes: STS de 1.2.2005:

“Estos dos motivos de casación no pueden prosperar, ya que es doctrina jurisprudencial consolidada, recogida también en las Sentencias de esta Sala citadas al articularlo, que la aprobación provisional de los instrumentos de planeamiento no es susceptible de recurso contencioso-administrativo por tratarse de un acto de mero trámite, al estar supeditada su eficacia a la aprobación definitiva, momento este ulterior en que pueden ser impugnados todos aquellos extremos y determinaciones contenidas en el

¹⁷ Cabe pensar noutras hipóteses de actividade impugnable que resulten da aprobacións por silencio administrativos dos plans xerais.

¹⁸ Ao estar pendente de resolución o fondo do asunto, si semella prudente prestarmos un especial coidado e atención ás celebracións da sesións plenarias relativas á tramitación dos plans xerais, en que se adoitan producir certos problemas de orde pública e as tensións entre o principio da publicidade das sesións e a necesidade de salvagardar a participación dos representantes democráticos nos asuntos públicos.

planeamento aprobado, incluso aquéllas que dependiesen exclusivamente de la autonomía municipal”.

En igual sentido de 23.1.2004, 11.6.2002, 29.9.1999 etc. Tamén a citada pola STSJ da Comunitat Valenciana núm. 830/2005 de 5.6..2005):

“Quinto.- Así pues y conforme tiene declarado la Sala del Tribunal Supremo (Sentencia, entre otras, de 3 de enero de 2.001) el acuerdo de aprobación provisional de los instrumentos urbanísticos, al insertarse dentro de un procedimiento preparando la resolución final mediante la remisión del expediente al órgano competente para la aprobación definitiva constituye un acto de trámite que no resulta susceptible de recurso dado que no hace imposible ni suspende la continuación del procedimiento; justificándose tal irrecurribilidad específicamente por la necesidad de impedir que un procedimiento ya de por sí complicado venga a convertirse en interminable con la interposición de recursos respecto de todos y cada uno de los actos iniciales o intermedios con la salvedad naturalmente de que se produzca una denegación de la aprobación provisional, pues entonces se impide la continuación del procedimiento, y tratándose en este caso de la impugnación de un acuerdo aprobatorio de un instrumento urbanístico al que específicamente se otorga carácter provisional, resulta procedente, de acuerdo con la expresada doctrina jurisprudencial y conforme a lo establecido en el artículo 69,c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estimar inadmisibles el presente recurso”.

Tamén pode suscitar dúbidas a posibilidade de que caiba recorrer autonomamente o resultado da Avaliación Ambiental Estratéxica. A resposta debера ser negativa, ao estar regulada¹⁹ de forma que se tramita no mesmo procedemento do plan e se incorpora a súa documentación, integrando o plan mesmo e servindo ás decisións que nel se adoptan. Os mesmos fundamentos que levaron á xurisprudencia a inadmitir or recursos autónomos contra as Avaliacións de Impacto ambiental concorren aquí, v.gr. SSTS 17.11.98, 13.11.98 ou 13.11.2002 e 25.11.2002:

“Lo expuesto conduce a entender que nuestro Legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no defi-

¹⁹ Directiva 2001/42/CE do Parlamento Europeo e do Consello relativa á avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio ambiente, Lei 9/2006, de 28 de abril, e Lei galega 6/2007, do 11 de maio, de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e do litoral de Galicia.

nitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado –ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental– por la conclusión o juicio que en aquella se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional.(...)

(...) el control jurisdiccional directo de la DIA, no suscitado a través de la impugnación del acto final autorizatorio del proyecto, podría desenvolverse en vano, inútilmente, si tal acto final hubiera tenido un sentido denegatorio; o versar sobre unas hipotéticas ilegalidades que, sin embargo, hayan sido corregidas en la posterior actuación administrativa; o realizarse desde un prisma no necesario, si las condiciones medioambientales a las que en definitiva se sujetara el proyecto no fueran coincidentes con las que la DIA entendió que debían establecerse

(...) ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados con la Declaración de Impacto Ambiental van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior."

"La Ley ha establecido la inadmisibilidad de los recursos contra actos de trámite, lo que además responde a un criterio de economía procesal y de globalidad de la resolución, que de esa forma examinará al final del procedimiento administrativo, con todos los elementos de juicio necesarios, la procedencia de anular por defectos en los trámites o acordar su subsanación. Ello justifica la solución adoptada en este caso, pues como ya se dijo anteriormente, será al examinar la legalidad del proyecto de obra cuando deba enjuiciarse también la legalidad de la Declaración del Impacto Ambiental de la misma."

3.3.2. Pretensións

As pretensións da demanda deben coincidir co obxecto do recurso, senón incorrería en desviación procesal, agora ben, isto non se produce nos supostos de que se recorra un acto no escrito de interposición e logo se pretenda a

anulación indirecta do plan do que é aplicación na demanda, porque no recurso indirecto o obxecto é o acto e a ilegalidade da disposición é un motivo (STS 29.9.2010)

As pretensións anulatorias poden ir dirixidas contra a totalidade do plan, ou contra unha concreta ordenación ou determinación do plan. Pero en calquera caso deberan ser concretas, debe presentarse resistencia a xenéricas e abstractas pretensións de consecuencias imprevisibles²⁰.

Tampouco son admisibles as pretensións en que se solicita unha concreta ordenación do plan, xa que a LXCA impide que a sentenza anulatoria poida decidir a forma da redacción das súas determinacións agás os supostos regrados derivados da lexislación urbanística (v.gr. clases regradadas do solo).

Por último, xa sinalamos con anterioridade que é posible pretender o recoñecemento dunha situación xurídica individualizada nos termos do art. 31.3.

3.3.3 Esixencias de congruencia

As esixencias de congruencia e tamén do principio de contradición plásmanse na LXCA no art. 33.2 que permiten ao xuíz que a través dunha providencia irrekorrible someta a audiencia das partes, por prazo de dez días, novos motivos para fundar o recurso ou a súa oposición, con suspensión do prazo para pronunciar fallo. E, no art. 65.2 que lle permite tamén a través dunha providencia igualmente irrekorrible e outorgándolle o mesmo prazo de audiencia, someterlles ás partes novos motivos que entenda que deben ser tratados na vista ou nas conclusións.

En concreto, e polo que aquí interesa, cando se trata de disposicións xerais, como é o caso dos instrumentos de planeamento, prevé o art. 33.3 LXCA que isto mesmo se observará se o órgano xudicial aprecia que o axuizamento debe ser estendido a outros preceptos da disposición xeral impugnada por razóns de conexión ou consecuencia dos preceptos recorridos.

3.4. ACUMULACIÓN

Regúlase nos arts. 34-39 LXCA, que se ocupan da acumulación, da ampliación do recurso e do suposto coñecido como casos testemuña. En relación co planeamento xeral, é de interese destacar que cando o que se pretende é a anulación total do plan e se produciu unha aprobación parcial definitiva e logo outra posterior aprobación definitiva, pesa sobre o recorrente a carga de am-

²⁰ Pretensións que suplican tamén a nulidade de “cantas disposicións e actos se deriven do plan recorrido”

pliar o recurso a esta última.

En canto aos casos testemuña, consiste esta técnica en que o órgano xudicial, previa audiencia das partes, pode tramitar un ou varios recursos con carácter preferente quedando os demais en suspenso. Unha vez que se dite resolución nos tramitados, someteráselles ás partes o resolto para que nos preitos que quedaron en suspenso soliciten a extensión de efectos da resolución xudicial ou o desistimento segundo proceda: aprobacións definitivas parciais (art. 36). Regúlanse os coñecidos como casos testemuña no art. 37 da LXCA.

En calquera caso e aínda que non se empregue ningún dos mecanismos previstos nestes preceptos, debe terse en conta que os primeiros recursos determinarán en gran medida a resolución dos posteriores, xa que o órgano xudicial procurará evitar contradicións. Isto debe terse en conta pola defensa municipal debendo poñer un especial empeño desde as primeiras demandas, tendo en conta que en moitos dos casos a tramitación preferente desta clase de recursos ten como primeiro efecto a simultaneidade do traslado das demandas para a súa contestación no prazo dos vinte días previsto.

3.5. CONTÍA

A contía ten relevancia para a determinación das custas, a procedencia de recursos e a cuantificación dos honorarios. Verbo dos recursos, novamente a natureza de disposición normativa dos plans determina que sempre teñan aberto o recurso de casación cando se invoque Dereito estatal e sempre e cando fose oportunamente alegado na instancia.

Cando de disposicións xerais se trata, como é o caso do planeamento, o art. 42.2 da LXCA é claro ao establecer a regra de determinación da contía como indeterminada.

3.6. ESCRITO DE INTERPOSICIÓN

O art. 45.5 LXCA prevé para os recursos dirixidos contra disposicións xerais, como é o caso que analizamos, que se poidan iniciar directamente por demanda, sempre e cando non existan terceiros interesados. Esta posibilidade en xeral ten pouca aplicación, pois isto significa elaborar a demanda sen expediente, aínda que o art. 53 LXCA prevé para estes supostos a apertura dun prazo de dez días para formular alegacións complementarias unha vez que o expediente se remita.

Como é sabido, o escrito de interposición fixa o obxecto do recurso co que deberán coincidir as pretensións da demanda e, como xa foi explicado no recurso indirecto, non é preciso advertir no escrito de interposición que a anula-

ción do acto recorrido se vai fundar na nulidade do plan do que é aplicación.

Canto ás persoas xurídicas, deben acompañar a documentación que acredite a súa lexitimación *ad processum*.

Tamén é este escrito oportuno para solicitar as medidas cautelares ás que nos referimos ao final (aínda que tamén poden ser solicitadas na demanda), e para solicitar o anuncio da interposición do recurso. Neste último caso correrá o recorrente co custo da inserción de tal anuncio.

3.7. PRAZO

De acordo co establecido no art. 46 da LXCA, o prazo de interposición é de dous meses desde a publicación. A cuestión que se suscitou é se este prazo comeza a computar desde a publicación do acordo autonómico no Diario Oficial da Comunidade ou desde a publicación das ordenanzas no Boletín Oficial da Provincia; segundo a xurisprudencia do TS e do TSXG non cabe dúbida que é desde a publicación da normativa do Plan no Boletín Oficial da Provincia.

En relación cos concelleiros, cando se trate de instrumentos en que a competencia de aprobación definitiva corresponda ao Concello, debería entenderse ao igual que en calquera outro suposto de acordo, que o prazo comeza a computar desde a data da sesión porque "es evidente que conocen perfectamente desde tiempo atrás el exacto contenido del acto por haber formado la voluntad del órgano colegiado aunque fuere emitendo el voto en contra", agás que na notificación da acta se achegue información errónea (STS 3.7.2006).

No caso de requirimento entre Administracións o prazo comezará a computar desde o día seguinte á desestimación expresa ou desde seguinte a aquel en que se entenda presuntamente desestimado (46.6).

No que atinxe ao recurso indirecto, queda claro que cada vez que se produza un acto de aplicación da norma, será nos prazos ordinarios que procedan contra o acto do que se trate (dous meses dende a notificación).

3.8. A REMISIÓN DO EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

(ARTS. 47-50, 38, 55 DA LXCA)

3.8.1. Emprazamento e personamento da Administración autora da disposición.

A administración autora da disposición enténdese emprazada coa reclamación do expediente e considerárase personada cando o remita.

Cando a disposición recorrida é un Plan Xeral, a primeira cuestión que se formula é a quen corresponde remitir o expediente. Neste caso, o acto obxecto de recurso é a Orde da Consellería competente en materia de Urbanismo pola que se da aprobación definitiva ao Plan Xeral. Xa que logo, o documento de-

finitivamente aprobado pola Xunta de Galicia, así como o expediente do que trae causa, en aras da seguridade xurídica, só poderá ser achegada aos autos pola Consellería da que emana a aprobación definitiva obxecto do recurso, de conformidade co disposto no artigo 48.1 ao dispoñer que "el expediente se reclamará al órgano autor de la disposición o acto impugnado".

Se se lle pedise o expediente ao Concello, este deberá de recorrer este requirimento por entender que lle corresponde á Administración autonómica. No impensable suposto de que, aínda así, o órgano xudicial insistise e desestimase o recurso, deberá remitirse a copia do expediente e da documentación técnica do Plan Xeral que estea dilixenciada tamén pola Consellería competente.

Cando se trate dun instrumento de competencia integramente municipal, pode ser útil, lembrar a posibilidade prevista na propia LXCA de que o expediente sexa común nos recursos que se diriman perante o mesmo tribunal (non pode ser así, cando sobre un mesmo expediente coñezan distintos órganos xudiciais).

A falta de remisión do expediente no prazo requirido pode chegar a ser intimidado con multas coercitivas recorribles en súplica e logo da terceira porase en coñecemento do Ministerio Fiscal, todo o cal seguindo o procedemento, coa contía e prazos regulados no apartado 7 e ss. do art. 48 LXCA.

Desde outro punto de vista, debe terse en conta que a STSXG de 17.4.2008 vén de anular un planeamento xeral por falta de coincidencia da documentación exposta ao público coa inicialmente aprobada. E este caso pon de manifesto a importancia que cobran os actos de dilixenciamiento do expediente e documentación do plan. Non se pode ocultar que a documentación que integra o plan, así como o expediente da súa tramitación, conforman un expediente complexo e volumosísimo, en que se suceden diferentes redaccións, moitas veces con moi pequenas variacións e cunha aparencia moi similar. Para facilitar as tarefas materiais de dilixenciamiento e manexo, podería esixirse nos pregos de prescricións redactados para a contratación do equipo, unha maquetación substancialmente diferente para as distintas versións do planeamento, ou marcas nidias que diferencien con claridade a documentación do plan que resulta aprobada en cada unha das fases do procedemento de elaboración e tramitación do plan.

Tamén pode ser relevante para operar coa debida seguridade xurídica, manexar sempre as copias do plan dilixenciadas tamén pola administración autonómica. E débesele indicar ao defensor da administración que a documentación do plan que deba achegar á súa contestación á demanda para fundar e ilustrar os seus argumentos, debe ser sempre copiada do expediente que fose

remitido aos autos pola Administración autonómica.

Unha elemental medida precautoria consiste en esixir que o letrado contratado pola Corporación para a defensa do plan, dea traslado de copia da demanda aos servizos municipais para que xa desde o primeiro momento realicen as comprobacións máis elementais respecto dos reproches que o recorrente realice sobre o plan aprobado e a súa tramitación. Coñecer as disfuncións que poida pór de manifesto o contrario neste momento inicial, ofrece unha boa marxe de tempo para comprobar, solucionar ou explicar os erros que se poidan pór de manifesto.

Verbo do expediente, este deberá ir cosido, indexado e foliado. Aínda que se prevé a remisión do orixinal, o máis prudente é remitir unha copia debidamente dilixenciada. En calquera caso, calquera das partes poderá pedir que se complete con suspensión do prazo para redactar a demanda ou a contestación segundo sexa o caso, tal e como prevé o art. 55 LXCA. Todo isto sen prexuízo de que os expedientes destas características son remitidos, normalmente, en soporte informático.

3.8.2. Indicación de recursos conexos

O art. 38 da Lei da Xurisdición Contencioso-Administrativa, obriga a pór en coñecemento do órgano xudicial a existencia doutros procedementos entre os que poidan concorrer as circunstancias de acumulación cando se remita o expediente. A finalidade deste precepto é a de evitar contradicións procurando unha maior seguridade xurídica. Á propia Administración interésalle para este mesmo fin ter igual control sobre os recursos que penden en relación co mesmo expediente. Por esta razón, cada vez que un órgano xudicial reclame o expediente administrativo ou a remisión de documentación que fose admitida como proba nun procedemento, deberá unirse ao expediente ao que se refire o oficio ou requirimento xudicial, para que cando chegue o seguinte oficio xudicial ao examinar o expediente se poida comprobar e comunicar ao órgano xudicial a existencia dun previo recurso sobre ese mesmo procedemento ou relacionado con el.

As conexións que se descubran entre diferentes expedientes tamén poderán ser comunicadas na contestación á demanda se non fose posible identificalos antes ou resultasen circunstancias de relación entre eles como consecuencia do contido da demanda que se contesta.

3.8.3. Emprazamentos

O art. 49 da LXCA ordénalle á Administración autora do acto emprazar os

interesados. Asemade deberá remitir a xustificación destes emprazamentos cando se remita o expediente, xunto cos xustificantes dos que se enviaron. Con posterioridade remitiranse os xustificantes de recepción dos emprazamentos e comunicaranse a identificación daqueles aos que non lles foi posible notificar os emprazamentos para que se proceda á súa publicación polo órgano xudicial.

Deben ser emprazados os que teñan interese en defender a actividade impugnada; se comparece algún interesado en atacala, entón haberá que solicitar a súa separación do recurso, tal e como ante se indicou.

Nos recursos contra o Plan Xeral a Administración municipal é codemandada e será emprazada pola Administración autonómica. Porén, a defensa municipal cando conteste á demanda poderá indicar os interesados en defender a ordenación impugnada para seren chamados ao preito. Deste xeito, máis que evitar a nulidade de actuacións, porque normalmente ao se tratar dunha disposición xeral o anuncio de interposición do recurso será publicado²¹, ampliarase o abano de argumentos de defensa e tamén pode axudar a ilustrar o interese ou apoio social ao plan ou a motivación da ordenación. Así, a Administración municipal pode coñecer e chamar ao preito a aqueles que estean interesados no mantemento do plan atacado: por exemplo se se trata dun ámbito no que xa está en constitución ou constituída a xunta de compensación, se hai asociacións sen ánimo de lucro de defensa sectorial, asociacións veciñais etc... Isto debe indicarse na contestación á demanda, ou con anterioridade se o escrito de interposición subministra datos que permitan coñecer os posibles interesados con anterioridade.

3.8.4. Anuncio da interposición

A este mesmo fin de evitar a indefensión de posibles interesados en que se manteña a actividade impugnada, neste caso un planeamento, responde a previsión da publicación do anuncio da interposición. A LXCA prevé no seu art. 47 que o solicite o recorrente que neste caso asumirá o custe do anuncio, que o decida o Secretario xudicial por estimalo conveniente -normalmente o acordará cando se trate dun plan ou dunha disposición xeral. Este anuncio debe publicarse necesariamente cando se inicie o recurso por demanda. Por último, o art. 49.4 da LXCA, prevé a publicación do emprazamento por éditos cando non fose posible notificar algún emprazamento.

²¹ Tamén é obrigatorio publicar o anuncio nos recursos que se inician por demanda segundo resulta do art. 47.2 LXCA.

3.8.5. Prazo para presentarse.

Como xa se indicou, cando se trata dun plan xeral, os Concellos ocupan a posición na relación xurídico procesual de codemandados, polo que haberá que ter moi en conta que deberá presentarse nos dez días concedidos para o efecto, porque fóra dese prazo decae o seu dereito aos trámites precluídos (Art. 50.3LXCA).

3.9. FASES DE DEMANDA E CONTESTACIÓN

3.9.1. A demanda e a preparación da contestación

A demanda regúlase no art. 52 e no 53 LXCA para os supostos de formulación de demanda sen remisión do expediente xunto coas alegacións complementarias e a estes preceptos nos remitimos; da contestación á demanda ocúpase o art. 54da LXCA. Presentada a demanda, as partes demandadas terán tamén vinte días para contestala, primeiro a Administración demandada e a continuación os codemandados.

A demanda permitirá coñecer os feitos, fundamentos e concretas pretensións exercitadas pola parte recorrente. Antes de que comece a contar o prazo de vinte días para contestar a demanda, daráselles traslado ás partes do escrito da demanda polo servizo común e, ademais, contestará en primeiro lugar a principal demandada, que nos preitos contra o planeamento xeral será a Administración autonómica, polo que este tempo que transcorre entre que o Concello coñece a demanda ata que ten que a contestar, é moi valioso para comezar cos labores de defensa e pode empregarse, por exemplo, para:

- a) Comprobar os contidos do planeamento impugnado. Poden detectarse erros. Neste caso antes de emprender unha corrección de erros, hai que recordar que a xurisprudencia é moi rigorosa e da unha interpretación moi restritiva deste mecanismo excepcional, polo que a seguridade xurídica recomenda, se é o caso, agardar un tempo prudencial de comprobación do texto do plan e tramitar todos aqueles que se vaian detectando, mellor co procedemento máis esixente da modificación do planeamento, resulta de interese a STS de 29.5.2009²², entre outras. Revisar o plan

²² STS 29.5.2009, F.X. 9º: *“Tal y como reconoce el Ayuntamiento de Barcelona en su escrito de oposición al recurso, no era factible corregir directamente la calificación urbanística de la finca por la vía del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, sin tramitar el procedimiento administrativo establecido para la modificación de los planes, porque en este concreto caso dicha corrección requería de una previa valoración técnica y jurídica, altera significativamente el uso urbanístico asignado a la finca en cuestión y es susceptible de afectar a terceros interesados.*

Tampoco podía el recurrente solicitar la revisión de oficio del Plan General, pues aunque la referida calificación pudiera ser constitutiva de nulidad de pleno derecho, el artículo 102 de la misma Ley

- recentemente aprobado tamén permitirá, se for o caso, depurar as responsabilidades do equipo redactor de conformidade coa lexislación de contratos do sector público.
- b) O escrito de demanda xa contén os datos precisos para comezar a recompilar toda a motivación do plan para o ámbito recorrido. Esta motivación estará nas memorias do plan (memoria e -se fose o caso- a memoria da ordenación concreta), pero non só, ademais da propia ficha, subministran valiosos datos, as diagnoses do estudo ambiental, os planos das redes de servizos, o estudo económico etc. Tamén pode ser de gran utilidade recompilar todos os informes sectoriais emitidos ao longo do procedemento urbanístico, así como os informes técnicos e xurídicos dos servizos municipais. Iso si, unha vez localizada esta documentación, deberase imprimir (se estivese en soporte informático) ou fotocopiar do expediente que obra en autos. Ademais de pola seguridade que isto acarrexará, porque irán coa numeración de folio que lle permitirá ao Tribunal unha rápida comprobación no seu expediente.
- c) É importante comprobar as alegacións formuladas polos recorrentes ou veciños do ámbito e a resposta que recibiron. Para facilitar esta labor cómpre que as esixencias para levar a cabo os complicados períodos de información pública ao que obriga o procedemento de aprobación do planeamento, así como os requisitos da base de datos na que deben quedar rexistradas as alegacións e os informes a estas, consten ben reflectidas no prego de prescricións que rexa a contratación dun equipo

no reconoce una acción de nulidad que permita a los particulares exigir la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, como así concluimos, entre otras, en nuestras sentencias de 28 de diciembre y 12 de julio de 2006 (casación 4836/2003 y 2285/2003).

Consecuentemente la solución instada por la Comunidad de vecinos recurrente -modificación puntual del Plan General- semeja la más idónea para solucionar el problema planteado, ofreciendo más seguridad jurídica, así como mayores garantías para los posibles terceros afectados, al conllevar, entre otros trámites, un período de información pública. La corrección del error constituye así mismo una causa de interés público más que suficiente para justificar la incoación del procedimiento de la referida modificación puntual. El Ayuntamiento de Barcelona debió responder expresamente en su día a la citada solicitud de la Comunidad de vecinos recurrente, bien incoando y tramitando el correspondiente procedimiento de modificación puntual del Plan en la forma legalmente establecida. Lo que no pudo hacer es denegar de plano y sin mayores consideraciones la petición formulada, por la vía del silencio administrativo.

En definitiva, habiéndose demostrado en este litigio, la concurrencia del referido error en la calificación de la parcela sita en el nº NUM000 de la DIRECCION000 de Barcelona, y determinado el procedimiento adecuado para su corrección, procede estimar el recurso de casación, casando y anulando la sentencia impugnada, y estimar el recurso contencioso administrativo, condenándose al Ayuntamiento de Barcelona a incoar y tramitar el correspondiente procedimiento de modificación puntual del Plan General Metropolitano para subsanar el citado error.”

redactor do planeamento. Tamén neste caso, polas razóns apuntadas, deberanse achegar ao escrito de contestación as copias das alegacións e informes que sexan relevantes para a solución do preito do expediente que obre no recurso.

- d) Tamén é de utilidade comprobar a ordenación prevista no planeamento precedente e nos anteriores. E, se for o caso, se houbo ou non instrumentos de xestión e execución. Ademais do anterior, pode ser útil que se recaden e documenten antecedentes relevantes ou expedientes que poidan ter relación co asunto.
- e) Comprobar a existencia de posibles afectados que deban ser chamados ao recurso por teren interese no mantemento da ordenación do plan recorrido e, polo tanto na súa defensa, co fin de llo indicar á Sala e empazarlos evitando a súa indefensión.
- f) Recadar a existencia de estudos técnicos ou informes relacionados cos terreos ou partes do territorio afectadas que axuden a comprender e explicar as ordenacións impugnadas, así como calquera outra fonte de información ou documentación que poida ter interese.

3.9.2. Alegacións de inadmisibilidade

Pódense opoñer as causas de inadmisión do recurso na contestación á demanda ou, previamente, nos cinco primeiros días do prazo para a contestación. Neste caso suspéndese o prazo para contestar, daráselles traslado ás partes e resolverase mediante Auto. Se se resolve a inadmisión, este Auto é recorrible. Se se admite a demanda, o Auto é irrecorrible, pero poden reiterarse as alegacións de inadmisibilidade na contestación á demanda que se deberá presentar no prazo que reste.

As causas de inadmisibilidade régulanse nos arts. 28, 58 e 69²³ LXCA, ademais das que obedecen a unha construción xurisprudencial como a desviación procesual ou a desaparición sobrevida do obxecto do recurso (neste caso trátase máis ben doutra forma de terminación do recurso contencioso). Nos supostos do art. 69 LXCA o recurso resolverase por sentenza. A declaración de inadmisibilidade é unha forma de terminación que comprace as esixencias da

²³ Cando se trate de actos que sexan reprodución doutros anteriores definitivos e firmes e os confirmatorios de actos consentidos por non ser recorridos en tempo e forma, a falta xurisdición/competencia, a extemporaneidade, a falta de lexitimación, representación, persoa incapaz; dirixirse contra actividade non susceptible de recurso, a concorrencia de cousa xulgada/litispendencia, ou por terse desestimado asuntos substancialmente iguais. En caso de que a revisión reproduza unha ordenación dun plan anterior, cabe cuestionarse se se poderá opor que se trata dunha disposición firme e consentida.

tutela xudicial efectiva e desprega os efectos propios da cousa xulgada.

3.9.3. Parecer razoado do defensor da Administración

Establece o art. 54.2 que "si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación recurrida pudiera no ajustarse a Derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de 20 días para comunicar su parecer razonado a aquélla. El Secretario judicial, previa audiencia del demandante acordará lo procedente". Redacción de L.13/2009, de 3/11 de reforma da lexislación procesual para a implantación da nova oficina xudicial. Antes acababa en "podrá solicitar la suspensión", de maneira que se entendía que era unha facultade do letrado da administración que a producía automaticamente. Non se prevía a audiencia do demandante nin a ulterior resolución. Esta correspóndelle á secretaría xudicial a partir do reforzamento das competencias desta función que operou a Lei. No caso de planeamento o emprego deste mecanismo non parece imaxinable.

3.9.4. Especialidade do art. 54.4 LXCA, peculiaridade das entidades locais

Cando a Administración demandada fose unha entidade local e non se presentase no procedemento pese a ser emprazada, daráselle non obstante traslado da demanda para que no prazo de vinte días, poida designar representante en xuízo ou comunicar ao órgano xudicial por escrito os fundamentos polos que estimase improcedente a pretensión do actor. Este precepto é unha reminiscencia da Lei da Xurisdición Contenciosa de 1956. Se a Administración non comparece é que non remitiu o expediente e por tanto procede a posta en marcha dos mecanismos previstos no art. 48.7 LXCA.

Así e todo, non se pode desbotar a súa utilidade para empregar esta oportunidade en manifestar o parecer da administración municipal nos Procedementos Abreviados de escasa contía e relevancia. Neste tipo de procedementos regulados no art. 78 da LXCA, dáse traslado da demanda cando se require o expediente. O xogo do art. 54.4 podería ser aproveitado para que ao remitir o expediente a propia Administración municipal se opoña á demanda, efectuando unha verdadeira contestación á demanda.

3.9.5. Acheга de documentos

Con carácter xeral, a proba documental e pericial de parte deberá ser achegada coa demanda e contestación ou cando menos indicar onde se atopa a documental da que se vai facer uso coa conseguinte explicación de por que non poden ser achegados a estes escritos procesuais (art. 56.3 LXCA).

Debe recalcarse, unha vez máis, que as remisións xenéricas ao expediente administrativo son insuficientes para ilustrar ao órgano xudicial, sobre todo, cando se trata de expedientes tan volumosos, por isto se insistiu antes na oportunidade de achegar as copias xustificativas e en defensa da postura municipal do propio expediente que obre en autos e, copias nas que, secasí, debe constar o número de folio.

O antedito sen prexuízo de que, como sinala ORDOÑEZ SOLÍS²⁴, que "a pesar de la inveterada práctica forense, es preciso subrayar que el expediente administrativo no es necesario que sea recibido a prueba porque, en realidad, forma parte de las mismas actuaciones judiciales. El Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el no recibimiento a prueba en instancia y sobre la reproducción de los documentos que obraban en el expediente administrativo ha puntualizado en su sentencia de 20 de noviembre de 2005: "el expediente administrativo, una vez remitido por la Administración, no precisa solicitarse como documental, pues se incorpora necesariamente al proceso".

A insistencia de achegar copia de determinados documentos que figuran no expediente e que sexan relevantes para a resolución do preito e que as copias o sexan precisamente do que obra en autos, é para facilitar o labor xudicial ao permitir atopar xa unida á contestación a documentación de relevancia e comprobar de forma rápida a súa correspondencia coa numeración do expediente que obra en autos, se for preciso.

3.10. A PROBA

3.10.1. Relevancia e principios

Como antes se dixo, o escenario do contencioso-administrativo mudou nos últimos anos, de maneira que se produciu unha transición dun debate fundamentalmente xurídico a un procedemento que procura coñecer e descubrir os feitos e os criterios técnicos relevantes que subxacen á actuación impugnada. O argumentario xurídico, a presunción da legalidade e o expediente caracterizaban ao contencioso. Na actualidade a defensa da motivación, a explicación das razóns, a proba dos feitos e, sobre todo, as probas de natureza técnica son as que determinarán o sentido da decisión que finalmente se adopte.

Sen entrarmos en profundidades, a carga da proba é unha facultade que é mester exercer para obter un interese, de maneira que as consecuencias de non asumila o serán para aquela das partes que tivese a carga de probar²⁵.

²⁴ ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La prueba en el contencioso-administrativo*. Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 56-57.

²⁵ Coa recente modificación da LXCA introduce un artigo que establece a inversión da carga da proba en

No eido do contencioso-administrativo podería pensarse que a presunción de legalidade da actuación administrativa se traduce en que a carga de probar lle corresponde ao recorrente, pero isto non é así. Outramente, en orde a acadar ese principio de igualdade efectiva das partes no proceso, a xurisprudencia vén interpretando moitas das veces que lles corresponde a carga de probar á Administración por ter esta unha "maior facilidade probatoria", como unha manifestación do principio de boa fe procesual.

En definitiva, a xurisprudencia vai igualando a posición das partes e controla a actividade administrativa aprofundando e analizando ben a fondo as entrañas da decisión administrativa adoptada e desde unha perspectiva de garantía dos dereitos cidadáns. Neste contexto, cómpre que a Administración reflexione sobre a súa estratexia xurídica, que esgote as probas propias, comezando por unha boa formación do expediente administrativo en que efectivamente se atope de forma ordenada a expresión documental da motivación da decisión adoptada, e realice as oportunas comprobacións en canto se lle reclama o dito expediente. Faise así imprescindible explicar as razóns de fondo sobre a decisión ou norma recorrida e tamén explicar o xestionado en vía administrativa mediante os oportunos informes técnicos.

No eido do urbanismo en xeral, é necesario empregar todos os medios técnicos na defensa do traballo municipal desenvolvido, aínda que sexa para minimizar a cantidade e custo dos fracasos xudiciais e das responsabilidades do seu persoal. Estes medios normalmente serán medios técnicos e, na maior parte das veces, abondará con que os técnicos especialistas da Administración expliquen os criterios seguidos na súa actuación. Isto tamén lles será de utilidade e a partir do resolto na sentenza poderán traballar con moita maior seguridade xurídica, abandonado o criterio sostido se a sentenza é estimatoria, e manténdoo e continuando coa súa aplicación pero contando agora con respaldo nunha resolución xudicial²⁶.

supostos en que se alegue a discriminación da muller: isto podemos pólo en relación co art.10.1.c) do TRLSo8, aínda que se debe confesar que non se logra imaxinar este suposto, o certo é que este precepto sinala como criterio básico de utilización do solo un deber das Administracións públicas de *"atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente"*.

²⁶ É de xustiza sobrancear que, máis alá dos casos concretos, o labor dos xulgados do Contencioso na mellora da calidade da actuación das Administración municipal é un dos seus efectos máis beneficiosos, subministrando moitas veces fundados criterios que lles confiren maior seguridade aos funcionarios que serven nela e maiores garantías aos veciños.

Respecto do planeamento xeral, en concreto, hai que ter moi presente que a Xurisprudencia concédelle unha extraordinaria relevancia a todos e cada un dos documentos técnicos do plan e reforza tamén o seu carácter multidisciplinar ao se plasmar nas súas sentenzas un control que abrangue desde a racionalidade das previsións de crecemento ata o estudo económico, pasando pola documentación ambiental do plan e os impactos paisaxísticos ou a defensa do patrimonio histórico, e afirmando o carácter regrado de cada vez máis determinacións do plan. De aí que a necesidade de practicar proba a través de distintos medios periciais, gráficos e técnicos vai ser ineludible.

Dado que, en moitas ocasións, o Concello non vai dispor de sociólogos, arqueólogos, economistas, expertos paisaxistas etc., debe recollese no prego de contratación para a selección do equipo redactor un recordatorio claro dos principios profesionais e de lealdade contractual no sentido de que responden da autoría técnica e intelectual da documentación integrante do plan. Isto é: que terán que explicala, ratificala e responder da súa autoría e da calidade do seu labor en futuros contenciosos, debendo ser chamados ao proceso como testemuñal-pericial, simplemente para ratificaren e se responsabilizaren da corrección do seu traballo técnico, e isto sen prexuízo de que poida resultar conveniente achegar un informe técnico escrito sobre o que logo pedir aclaracións, como pericial. Neste caso, se se trata da elaboración dun novo informe, resultará máis complicado telo previsto no prego de cláusulas contractuais pero, en calquera caso, propónse unha reflexión sobre esta cuestión, hoxe en día fundamental dada a crecente litixiosidade e, sobre todo, en materia urbanística, e o alto custe dos informes periciais externos.

O persoal da Administración municipal coñece perfectamente o seu territorio, debe saber manexar o documento e ser o suxeito que teña o coñecemento máis profundo do plan; coñece a tramitación e os informes que hai no procedemento; coñece a realidade física que ademais é facilmente acreditable a través de fotografías aéreas que, hoxe en día, están accesibles na rede; coñece os motivos das ordenación, os antecedentes e o planeamento anterior; se as edificación son novas, dispoñen ou non de licenza, ou se son ventureiras, resultado dun desenvolvemento urbanístico desordenado ou ordenado; coñece a realidade preexistente ao planeamento e tamén a ordenación conxunta e contigua do solo ao recorrido etc. Xa que logo, a defensa do plan vai pasar ineludiblemente polo esforzo dos servizos municipais do Concello implicado.

Achegar documentación gráfica que permita coñecer a realidade física axuzada e expresar a xustificación da decisión de planeamento, axudará a facer xuridicamente aceptable a decisión urbanística adoptada.

3.10.2. A solicitude de apertura do período probatorio

As regras que rexen a proba respecto do procedemento contencioso-administrativo son claras ao estableceren que debe sinalar a parte recorrente os puntos de feito sobre os que debe versar a proba art. 60.2. LXCA. Cómpre so-brancear que non se trata de sinalar medios de proba, senón de feitos. Que a proba se practica sobre feitos tamén é unha obviedade que recolle o art. 281 da Lei de Axuizamento Civil²⁷ (en adiante LAC). Para practicar proba o actor ten que sinalar en tempo e forma os feitos ordenados sobre os que practicala na demanda e como prevé o artigo 60.1 da LXCA. Ou, en segundo lugar, sinalar aqueles feitos novos que resultasen controvertidos da contestación da demanda a través do escrito de petición de recibimento a proba do recurso previsto no artigo 60.2 da LXCA. Tamén se pode pedir no escrito de alegacións complementarias. A Administración solicitará a apertura do mesmo xeito, indicando puntos de feito, na contestación á demanda.

A Lei prevé a posibilidade de que se declare concluso o procedemento sen máis trámites e, polo tanto sen abrir o período de proba. A Lei faculta ao órgano xudicial a que acorde dilixencias de proba, se xa se practicou o trámite de vista o conclusións, coa posterior apertura dun trámite de audiencia ás partes. Este é un aspecto en que parte da doutrina destaca a existencia dunha das máis notables diferenzas entre o proceso contencioso e o ordinario civil en que se suprimiron as dilixencias para mellor proveer, a vixencia do art. 61.1 da LXCA explícase pola especial función do xuíz do contencioso que está sometido a principios de interese xeral e de legalidade e despegado en maior medida do principio dispositivo²⁸.

En calquera caso, se unha parte solicita a práctica de proba e a outra non, rexe o principio de que aberta a proba para unha parte, ábrese para todas as partes do proceso.

3.10.3. Proposición de medios de proba

Declarada a apertura do período probatorio, as partes indicarán os medios de proba dos que pretendan valerse a través dos escritos de proposición de proba. Haberá que ter en conta que o prazo de proposición é común: o demandado non pode propor proba agardando a ver a que propón o demandante e que non

²⁷ “la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener del proceso”

²⁸ Seguindo a CHAMORRO GONZÁLEZ, ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 77.

se pode achegar documentación máis alá da demanda e contestación (art.56).

Como xa sinalamos antes, é práctica habitual sinalar o expediente como proba documental, se non se achegou coa contestación á demanda copia dalgún dos documentos de interese para a defensa, pódese sinalar ou resaltar a súa importancia indicando os folios nos que obran, xunto coa dos documentos achegados coa contestación á demanda.

Son excepcións comúns para demandantes e demandados ao límite de achega de documentos nos escritos de demanda e contestación os seguintes:

- Documentos de data posterior á demanda ou á contestación, ou cando se xustifique coñecelos con posterioridade (270 LAC).
- Achega de sentenzas ou resolucións xudiciais ou administrativas que poidan resultar condicionantes ou decisivas (272 LAC).

En canto ás probas periciais de parte, de acordo coa LAC, a proba pericial parte que de conformidade co disposto no art. 336.1 da LAC débese achegar coa demanda e non coa proposición de proba. O anterior tamén resulta da aplicación do apartado 4 do artigo 265 da Lei de Axuizamento Civil, os ditames periciais en que as partes apoiem as súas pretensións haberá de achegarse á demanda ou contestación.

Achégase de forma extemporánea para fraudulentamente replicar ás contestacións e suplir as deficiencias da demanda, con vulneración do disposto nos arts. 265.1.4, 335.1, 336.1 e 339.2.2º da Lei de Axuizamento civil, cando isto requiriría unha xustificación do recorrente de por que non se achegou coa demanda. O recorrente tamén deberá anunciar a súa intención de facer uso da práctica dunha pericial-xudicial. Incumprir estas regras do proceso pode xerar indefensión, porque a defensa deseñou a súa estratexia e liña de argumentación no trámite de contestación e xa decidiu que documentos ou informes achegar ou sinalou ou deixou de sinalar documentación do expediente administrativo, sen que se lle abra unha nova oportunidade para o facer.

Á práctica de proba pericial extemporánea refírese a STS 30.9.2009²⁹ e Auto

²⁹ “Con cierto paralelismo a lo establecido en el artículo 56.3 de la LRJCA (que dispone que “Con la demanda y contestación las partes acompañarán los documentos en que directamente funden su derecho ...”) la LEC establece, como regla general (artículo 336), que “los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación ... sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley “, precepto que señala que, en el supuesto de imposibilidad de aportación en dicho momento procesal, “ ... junto con la demanda o contestación , expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretenda valerse, que habrán de aportar ... en cuanto dispongan de ellos ...”. Todo ello, a su vez, concuerda con lo establecido en el artículo 265.1.4⁹ de la misma LEC que dispone que “A toda demanda o

do TSXG de 1 de xullo de 2.007 limita a posibilidade de admisión de ditames periciais con posterioridade ao escrito de demanda, sempre que se trate de periciais xudiciais e sempre que fosen interesados e anunciados nos respectivos escritos de demanda e contestación. Con todo, hai que advertir que nesta materia a xurisprudencia do contencioso non dá establecido unhas regras claras, a xurisprudencia do TS amosa unha tendencia a realizar unha interpretación flexible sobre o momento de presentación de ditames e solicitude da periciais xudiciais.

3.10.4. A proba pericial

contestación habrán de acompañarse: ... 4º. Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley”. De hecho, así lo hizo la recurrente con los dos informes que aportó con el escrito de demanda.

Por otra parte, la LEC ---junto a tal momento de aportación inicial de los dictámenes periciales “de parte” con la demanda o contestación--- igualmente regula el supuesto, distinto del anterior, en el que demandante o demandado consideran conveniente la práctica en el período probatorio de una prueba pericial; a tal efecto el artículo 339.2 dispone que “El demandante o demandado ... también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial del perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial”. Designación que se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 341 de la misma Ley . Mas, lo que queda patente en el citado artículo 339.2 es que ---párrafo segundo --- “salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente”.

Hemos de examinar, no obstante lo anterior, dos supuestos, también contemplados en las leyes procesales de precedente cita, y a los que se hace referencia en el desarrollo del motivo que examinamos:

- a) De una parte el supuesto, previsto en el artículo en el artículo 56.4 de la LRJCA (que se refiere a la aportación posterior de “los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos”), y que coincide con el previsto en el artículo 338.2 de la LEC , según el cual “Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda se aportarán por las partes ...”, añadiéndose en el párrafo 2º que “el tribunal podrá también acordar en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista ...”.

Sin embargo, no es este el supuesto de autos por cuanto los hechos a los que, pretendidamente, iba dirigida la prueba de referencia es un hecho anterior y previamente constatado en la demanda y contestación; esto es, la negación de los mismos por la contestación a la demanda no resulta algo novedoso por cuanto resultaba suficientemente conocido con anterioridad al inicio del litigio, sin constituir, en consecuencia, un hecho nuevo.

- b) De otra parte, tampoco nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 340.2 de la LEC , que regula ---cual prueba pericial especial--- la emisión de “dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia”. No es, efectivamente, el supuesto de autos; basta con examinar el contenido de las periciales propuestas para comprobar que nos encontramos ante una prueba pericial normal, a desarrollar, en su caso, por peritos designados por el procedimiento previsto en el artículo 341 de la LEC . Por otra parte, la instituciones que se citan tampoco encajan en el ámbito subjetivo de las Academias o Instituciones culturales o científicas a las que el precepto se refiere. Y, por último, lo que resulta mas significativo, es que tal tipo especial de prueba pericial no queda excluida de la regla general de proposición con la demanda del artículo 339.2 de la LEC (...).”

Fronte á pericial de parte, privada, prevalecen os informes técnicos elaborados polos funcionarios. Verbo do valor destes, na xurisprudencia obsérvase certa constancia en dar preeminencia aos informes emitidos polos servizos administrativos³⁰ (STS 5.1.2010) por riba dos feitos informados por un técnico contratado pola recorrente e que emite o seu parecer previa petición de pagamento dun particular.

Os informes técnicos obrantes no expediente merecen a consideración de pericia da Administración e ao estaren incorporados a aquel non precisan de ser achegados xunto coa contestación á demanda, nin tampouco de ser sometidos a un trámite especial de ratificación a pesar de ser impugnados (STS de 7.3.2006).

Agora ben, sobre as anteriores normalmente prevalece a proba pericial xudicial porque a súa designación aleatoria da lista de peritos desta clase, presupónlle unha maior imparcialidade ao ser un terceiro completamente alleo ás dúas partes en conflito. O que acontece é que poucos recorrentes hai que decidan asumir as consecuencias dun perito imparcial sen coñecer previamente o seu parecer técnico. A achega de informes subscritos por funcionarios/técnicos municipais sitúa á recorrente na necesidade de presentar e custear peritaxes xudiciais³¹, co risco que iso acarrexará.

Nos preitos do planeamento engádese a dificultade de que os profesionais das listas das que resulta seleccionado o perito xudicial, en ocasións, poden non estar especialmente cualificados no eido do urbanismo e en concreto do planeamento, e a experiencia amosa ditames en que se confunden conceptos que son evidentes e manexan facilmente aqueles que desenvolven a súa actividade profesional en relación con instrumentos de planeamento ou os técnicos e xuristas municipais e autonómicos. De aí que cobren especial relevancia dous momentos procesuais previstos no procedemento: as alegacións sobre os puntos sobre os que se pide a pericial xudicial, e a formulación de aclaracións ao autor da pericia xudicial.

Tamén cabe a posibilidade de contratar a emisión de ditames e informes a terceiros non funcionarios, por exemplo a membros do equipo redactor para que amplíen os traballos realizados. Neste caso, ao igual que se se tratase de informe pericial de parte, deberán ser ratificados polos seus autores na Sala.

³⁰ Analiza esta cuestión, sobre o valor das pericias procedentes de órganos e persoal ao servizo das Administracións BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*. Ed. Aranzadi, 2006, pp.296-311.

³¹ PARICIO RALLO, E.: "La defensa de las Administraciones locales en pleito". Cuadernos de Derecho local, nº 5, xuño 2004, p. 70-81.

Se é coherente co tramitado e, en ausencia de pericial xudicial, simplemente equilibra as posicións.

Hai que advertir que pode ser útil empregar na aclaración das probas periciais a posibilidade prevista especificamente no art. 60.5 da LXCA, de delegar nun funcionario público a facultade de intervir na práctica de dita proba tendo en conta o seu carácter técnico.

Non é admisible a proba sobre pronunciamentos ou argumentos xurídicos que están excluídos da proba ao non se tratar dunha das excepcións prevista no art. 281 da Lei de Axuizamento Civil (nin costume nin Dereito estranxeiro). En ocasións, preténdese que o perito se pronuncie sobre "o axuste á legalidade"; o que se pretende polo recorrente nestes casos é enmascarar a substitución do pronunciamento xudicial sobre uns feitos -indeterminados- por outra vontade contratada que decida que feitos vai comparar para concluír que son legais. A esta clase de supostos dá resposta o Tribunal Supremo na súa sentenza de 14.6.2002, que sinala:

"al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1956, 1890; NDL 18435) (LJCA), opone en primer lugar la parte recurrente que la Sala de instancia ha infringido el artículo 74 LJCA, al rechazar una diligencia de prueba propuesta oportunamente y que, a su juicio, era de indudable trascendencia para la resolución de pleito. Alega que la prueba propuesta debía haber sido admitida porque existía disconformidad entre las partes acerca de los hechos sobre los que aquélla había de versar. Sin embargo, en contra de lo afirmado por la parte recurrente, la prueba propuesta no se refería a hechos sino a apreciaciones jurídicas, pues se trataba de una prueba pericial en la que los peritos designados habrían de emitir dictamen respecto a la adecuación a la normativa urbanística aplicable de la construcción que estaba ejecutando INDITEX, por lo que es claro el acierto de la Sala de instancia rechazándola."

Se se pretende que a pericial consista en realizar comparacións, neste caso hai que insistir en que a comparación con outras situacións pode ser irrelevante ou improcedente. Por exemplo, a Xurisprudencia –e a do Tribunal Constitucional ata a sociedade–, ten fixado o alcance do principio de igualdade no sentido de que só opera no marco da legalidade, repetindo que non caben invocacións apodícticas de tal principio co que sempre podería conectarse calquera alegación de vulneración da Lei. O que se pode e é lexítimo é esixir o cumprimento da Lei. Os feitos que concorren nos demais predios terían relevancia se o recorrente interpuxese recurso contra estoutras ordenacións, pero

non en caso contrario. Se os feitos se refiren a outros predios fóra do ámbito da ordenación discutida, esta proba sería intranscendente.

3.10.5. Supostos que requiren dun especial esforzo probatorio

Convén ter en conta que hai supostos en que se produce unha verdadeira carga de proba para a Administración planificadora; así acontece, por exemplo, no suposto dos convenios urbanísticos en que, aínda que xa ten que quedar suficientemente acreditado o interese público no plan, requirirá un especial reforzo probatorio no procedemento contencioso; e o mesmo reforzo probatorio requirirán os cambios de clasificación do solo.

Especial referencia merecen os supostos daquelas ordenacións do plan que interfiran na execución dunha sentenza. Estes supostos queren unha específica motivación nas memorias, especialmente en relación coa adaptación á contorna, coa súa incidencia medioambiental, coas súas determinacións que nunca poden conter parámetros edificatorios de excepción e deben ser coherentes coa ordenación do solo no resto dos ámbitos do plan xeral etc. Probar a xeneralidade e o interese público da ordenación que debe perseguir a actividade de planificación será ineludible no contencioso que contra este tipo de ordenacións se interpoñan. Debe procurarse sempre poñer esta ordenación en relación coas demais que contemple o plan, e destacar que a ordenación é resultado dun proceso de revisión e non de modificación.

Cando se aprobe un Plan que incida na execución dunha sentenza é transcendental a xustificación que sustente a ordenación do ámbito afectado, porque do contrario a aplicación do art. 103.4 conducirá a apreciar que se trata dun de desviación de poder por tentar con esta ordenación eludir a execución da sentenza.

A carga da proba correspóndelle á Administración municipal. Neste sentido a STS 31/1/2006 explica que a Administración segue dispoñendo das súas facultades de Ordenación e de *ius variandi* pero "si ello incide sobre actuaciónes ya declaradas ilegales en sentencia firme, debe desmostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico".

No mesmo sentido a STS de 28/9/2009:

"Ello significa que, para introducir una nueva ordenación urbanística cuya aprobación comporta la inefectividad de esos pronunciamientos jurisdiccionales o hará inviable su cumplimiento, la Administración debe necesariamente realizar un especial esfuerzo para justificar el cambio de ordenación llamado a tener tan grave consecuencia, y, en fin, para disipar

cualquier sospecha de que el planeamiento se altera con la intención de impedir el cumplimiento de la sentencia. Cuando no existe tal justificación, o cuando las razones que se aducen para respaldar la modificación no hacen sino revelar que la finalidad perseguida es precisamente la de eludir la ejecución del fallo, la conclusión no puede ser otra, según lo dispuesto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, sino la declaración de nulidad de ese cambio de planeamiento, siendo muestra de ello, entre otros, los pronunciamientos contenidos en sentencias de esta Sala de 5 de abril de 2001 (casación 3655/96) y 10 de julio de 2007 (casación 8758/03).

3.11. Vista e conclusión

Regúlense nos arts. 62 e ss. LXCA, semella conveniente solicitar que se formulen conclusións en lugar de vista, habida conta da complexidade deste tipo de contenciosos sobre o planeamento urbanístico. Debe terse en conta que, a diferenza da fase de contestación á demanda en que primeiro contesta a demandada principal e a continuación os demais codemandados, neste caso tanto a parte demandada como as partes codemandadas deberán formular o seu escrito de conclusións simultaneamente.

Deben reforzarse os argumentos empregados, pero, sobre todo, valorar ordenadamente a proba practicada. Se a recorrente achegou documentos de data posterior, haberá de responder ás cuestións que desa nova achega documental resulten e debe amosar a súa frontal oposición a cuestións que non fosen suscitadas no escrito de demandas ou contestación, tal e como sinala o art. 65.1.

3.12. Terminación

A terminación do procedemento (arts. 67-77 LXCA) producirase por Sentenza que deberá cumprir coas esixencias de congruencia ás que se refire a Lei de Xurisdición en distintos preceptos, prevendo mecanismos aos que xa se fixo referencia. Os pronunciamientos da sentenza serán estimatorios, desestimatorios ou de declaración de inadmisibilidade.

Asemade, poderá rematar o procedemento nos casos de desistimento, achanzamento (art. 75 LXCA), recoñecemento en vía administrativa do pretendido, coa garantía de que se logo a Administración se botase atrás, o recorrente poderá pedir que continúe o preito (art. 76 LXCA), transacción (art. 77 LXCA), ou pola desaparición sobrevida de obxecto. Tratándose dun recurso contra o planeamento e máis no caso do planeamento xeral que é resultado dun procedemento bifásico, a satisfacción extraprocesual, o achanzamento e a

transacción non son modos de terminación que se produzan na práctica³².

En canto ao desistimento do recorrente, os seus requisitos regúlanse no art. 74 LXCA, non se produce a terminación de forma automática, senón que se dará audiencia ás partes e tamén ao Ministerio Fiscal, porque se se apreciase dano para o interese público non se aceptará o desistimento e continuará o procedemento ata a súa resolución. A audiencia ao Ministerio Fiscal é unha previsión interesante tamén para os supostos en que se trate de verdadeiros recorrentes dos que habitualmente exercitan a acción pública, xa que deba permitir indagar -se for o caso-, as verdadeiras razóns que levan a ese desistimento.

En relación á desaparición sobrevida do obxecto, como explica, entre outras moitas, a STS 4.2.2002 trátase dun modo de terminación do procedemento:

“En sus recientes sentencias de 19 (RJ 1999, 4156) y 21 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4160) , 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7690) y 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4019) ha recordado este Tribunal que la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (así en sentencias de 24-3-1997 [RJ 1997, 2499] , 28-5-1997 [RJ 1997, 4449] o 29-4-1998 (RJ 1998, 3334)); como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía

³² Nin tan sequera o Concello pode desistir do planeamento logo da aprobación provisoria e a súa remisión á Administración competente para á súa aprobación definitiva, así o apreciou a STS, Sec. 5ª, 15.12.2009, no Recurso de Casación número 4606/2005, porque “el Ayuntamiento carece (...) de competencia al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello ---desde tal momento--- de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad” (F) 5ª).

su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia (así en sentencias de 31-5-1986 (RJ 1986, 2783), 25-5-1990 [RJ 1990, 4564], 5-6-1995 [RJ 1995, 4867] y 8-5-1997 [RJ 1997, 3921]).”

Este suposto si que se aplica con certa frecuencia na práctica, e así pode terminarse o procedemento cando o plan que está sendo obxecto do recurso é substituído por un novo plan xeral, tal é o caso da STSXG 479/2010, de 29.4.2010, ditada no procedemento ordinario 4816/1993:

“sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso afirma la constante jurisprudencia que cuando se impugna una disposición de carácter general, su derogación supone la desaparición sobrevenida del objeto del recurso y, en consecuencia, a terminación del proceso contencioso-administrativo, y no porque en su momento no estuviese vigente y fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (...). En el mismo sentido, el artículo 72.2 de la vigente LRJCA (no la anterior, que nada disponía) corrobora la no necesidad de que exista un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento la disposición normativa, con eficacia general “ex nunc”, pues, a tenor de aquel precepto, “las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”. / Y este es el caso, por lo que debe acogerse el motivo de inadmisibilidad planteado de oficio, al perder este recurso su objeto (artículo 69.c) de la LJCA), lo que impide que se deba entrar en el análisis de fondo.”

Outro exemplo ofrécenolo a STS de 5.3.2010 que declara a desaparición do obxecto do recurso, pois neste impugnábase a revisión dun plan xeral que foi totalmente anulado en sentenza firme anterior e explica que:

“Así las cosas, sólo cabe concluir que este recurso de casación carece de objeto, pues es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (expresada en sentencia de 25 de noviembre de 2008 -casación 7405/2004-, 21 de julio de 2003 -casación 11865/1998 - y las que en ellas se citan) la que afirma que la anulación total de una disposición de carácter general por sentencia firme hace desaparecer el objeto de los procesos ulteriores promovidos contra la misma disposición, porque priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real. Por añadidura, esta tesis excluye la posibilidad de sentencias contradictorias, con respeto a los principios de seguridad jurídi-

ca e igualdade consagrados, respectivamente, en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, evitando la contradicción con el fallo de una sentencia firme anterior dictada sobre el mismo objeto y con la misma causa de pedir."

3.13. Recurso de casación

A técnica casacional e a súa complexidade excede da perspectiva que se adopta neste estudo que pretende aproximar o contencioso á vía administrativa a fin de que xa nesta vía se pense no enfoque da posterior defensa do actuado, sobre todo nos supostos como os de planeamento, en que se coñece que vai ser sempre obxecto de posteriores recursos. De aí que, apuntada esta complexidade, só se sinala que, de conformidade co disposto nos arts. 86.3 e 86.4 da LXCA, contra as sentenzas que declaren a nulidade ou a conformidade a dereito das disposicións xerais e, por tanto dos plans urbanísticos, sempre caberá recurso de casación, pero nunca se se fundamenta no Dereito autonómico. Tense que invocar Dereito estatal ou comunitario europeo relevante e determinante do fallo, sempre e cando fose oportunamente invocado no proceso. Isto haberá que o ter en conta nos diferentes escritos de defensa, pero tamén será útil e conveniente que no procedemento tramitado en vía administrativa se coñeza a relevancia de empregar unhas e outras fontes do Dereito no momento de fundamentar as resolucións de aprobación do planeamento e nos informes ás alegacións presentadas.

4. A SENTENZA ANULATORIA DO PLAN

4.1. O FALLO

Resultarán aplicables todas as previsións relativas ás sentenzas dos recursos contra disposicións xerais, de maneira que tal e como dispón o art. 70 LXCA, a sentenza será desestimatoria cando se axuste a Dereito a disposición impugnada; e será estimatoria cando a disposición incorra en calquera infracción do ordenamento xurídico, mesmo a desviación de poder.

A este respecto hai que ter presente que tal e como sinalan as SSTS de 18.5.2009 e 28.10.2009, entre outras, toda infracción incluída a formal ou procedimental dun plan urbanístico, comporta a súa nulidade radical con arranxo ao art. 62.2 LPAC, a diferenza dos actos administrativos que poden incurrir en vicios de nulidade ou anulabilidade e que, por tanto, non son susceptibles de validación (STS 8.4.2010).

En segundo lugar, que se entende por desviación de poder o exercicio de

potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico, e, especificamente, que a xurisprudencia entende comprendido dentro deste suposto o suposto de nulidade previsto no art. 103.4 LXCA e, máis concretamente, aqueles casos en que se modifique o planeamento co fin de eludir o cumprimento dos fallos xudiciais, así se apreciará se co exclusivo fin de eludir unha sentenza de derruba se modifica o planeamento (STS 25.5.2009):

"Es por otra parte reiterada la jurisprudencia que considera incursas en desviación de poder (artículo 70.2 LRJCA) las modificaciones puntuales del planeamiento efectuadas con el propósito principal de legalizar o regularizar edificaciones ilícitamente construidas (Sentencias de 18 de febrero de 2004 -casación 2565/2001-, 10 de julio de 2007 -casación 8758/2003- y 7 de octubre de 2008 -casación 5877/2004-)."

De conformidade co disposto no art. 71 LXCA se a sentenza é estimatoria, anulará total ou parcialmente a disposición xeral, neste caso o planeamento ou ordenación do planeamento que fose obxecto do recurso, pero cunha limitación clara: en ningún caso poderá determinar a forma da redacción das súas determinacións agás nos supostos regrados derivados da lexislación urbanística (por exemplo, no suposto da clasificación do solo urbano).

Así o vén de declarar a STS do 29.4.2011:

"Es evidente que, conforme al resultado del proceso, la atribución de nuevos parámetros no era -aunque se hubiese pedido en la demanda y se hayan planteado incluso ofertas de modificación de los parámetros por la propia Administración- la única opción posible de donde resulta el vicio que se invoca en el motivo de casación (...)

La Sala *a quo* no se ha limitado a controlar la legalidad de la actuación urbanística y su sometimiento a las normas que la justifican (artículos 106.1 CE y 8LOPJ) sino que ha sustituido en su sentencia la voluntad de la Administración urbanaística, determinando en forma imperativa la forma en que tiene que quedar redactada la Unidad de actuación litigiosa, cuando ésta admite otras soluciones posibles en sustitución de la prevista en el Plan. El Tribunal *a quo* ha suprimido así la discrecionalidad que debía restar a la Administración, tras respetar el resultado del proceso, para adoptar otras soluciones diferentes. Se ha vulnerado el artículo 71.2 LRJCA determinando el contenido del acto anulado, incurriendo en un abuso de jurisdicción."

4.2. EFECTOS DA SENTENZA ANULATORIA

Tal e como establece o art. 72.2 da LXCA, a anulación dunha disposición xeral terá efectos xerais desde o día en que sexa publicado o seu fallo e preceptos anulados no mesmo xornal oficial en que fose publicada a disposición anulada, neste caso o plan anulado. Aínda que no caso das Administracións implicadas e parte no procedemento, é obvio que estes efectos as obrigan desque son coñecedoras da sentenza anulatoria (STS 26.6.2009).

Agora ben, o artigo 73 da LXCA limita os efectos da sentenza anulatoria no tempo, ao dispoñer que a anulación das disposicións xerais –e os instrumentos de planeamento gozan desta natureza–, permite a subsistencia dos actos firmes ditados na súa aplicación. A STS de 26.6.2007 considerou que deste modo estase “equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son ex nunc y no ex tunc, si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general”.

Ora ben, nestes supostos pode exercitarse a acción de nulidade contra os actos ditados en execución dunha disposición xeral nula, dando lugar á súa revisión de oficio (STS de 3.2.2005 e STS de 24.10.2000), ou máis concretamente contra as licenzas cando se anule o planeamento no que estaba abeirada.

As importantes indemnizacións ás que podería dar lugar o xurdimento de construcións logo da concesión de licenzas que se sabe van quedar desprovisitas de abeiro legal por ser inminente a derogación dun plan, poden aconsellar a adopción dunha medida cautelar de suspensión no ámbito de planeamento de que se trate, con fundamento no art. 77 da LOUG, co fin de estudar a elaboración do planeamento que substituirá o anulado.

4.3. ALCANCE DA DECLARACIÓN DE NULIDADE DO PLAN

Logo da declaración de nulidade dun plan, as regras que se han aplicar sobre a situación creada pola sentenza anulatoria é confusa. Os plans son normas substitutorias e non derogatorias: se a anulación é parcial, o solo da ordenación anulada quedaría baleiro, sen ordenación. Se a anulación é total, non só se anula o texto substitutorio senón que desaparece do mundo xurídico e se produce o efecto inevitable de deixar sen efecto a eficacia substitutoria do plan anulado respecto do anterior. E, por conseguinte, produciríase a reviviscencia do plan inmediatamente anterior ao anulado.

En ocasións, na maioría delas, o plan que revive será completamente obsoleto non só respecto da realidade do territorio do termo municipal, senón tamén respecto das normas urbanísticas e sectoriais vixentes, o que orixina

unha grave situación de confusión, inseguridade xurídicas e complexidade aplicativa³³.

4.4. INCIDENCIA DA SENTENZA ANULATORIA DO PLAN SOBRE OS SEUS DESENVOLVEMENTOS NORMATIVOS E ACTOS DITADOS NA SÚA EXECUCIÓN

Se a sentenza anula un plan xeral pon en xaque o planeamento secundario, os instrumentos de xestión e as licenzas outorgadas (se se trata dun plan parcial, os instrumentos de xestión e licenzas outorgadas).

- a) Canto ao planeamento, a sentenza anulatoria provocará que tanto nos restantes recursos contenciosos que pendan contra ese mesmo plan anulado coma nos plans secundarios de desenvolvemento do plan anulado, se declare a terminación do procedemento por perda sobrevida do obxecto do recurso. No caso destes últimos, ao quedaren sen soporte xurídico, supón a súa anulación; agora ben, a STS 15.10.2010 esixe que o órgano xulgador ten que sometelo ás partes como unha cuestión nova. Os plans de desenvolvemento que non fosen recorridos quedarían incurso nunha causa de nulidade de pleno dereito (art. 62.2 LPAC), de maneira que serían de aplicación varias das vías de impugnación: recurso indirecto, revisión de oficio, inaplicación.
- b) Cando se anula un planeamento xeral ou un planeamento secundario, en calquera destes dous casos, os instrumentos de xestión, execución e licenzas que fosen firmes mantéñense³⁴.

Isto explícanos as SSTS de 4.1.2008 e de 12.2.2008 en que é máis importante expulsar o plan anulado do ordenamento xurídico que os efectos que producise no pasado. É por razóns de seguridade xurídica que se atempera o

³³ Non é estraño que neste contexto se opte por solucións como a adoptada pola Consejería de Fomento de Castilla y León, na súa Orde de 14.10.2009 en que ante a reviviscencia do Plan General de Zamora de 1986 a consecuencia da anulación do Plan de 2001 por STS de 11.5.2009 e 29.6.2009, e a petición da propia Corporación local, suspende a vixencia deste instrumento de planeamento de 1986, con motivo na defensa de intereses de natureza supralocal (medioambientais e de patrimonio cultural) outorgando un prazo de sete meses para que o Concello afectado remita a revisión do plan provisoriamente aprobada.

Debe terse en conta que o art. 179 do Decreto 22/2004, de 29 de xaneiro, polo que se aprobou o Regulamento de Urbanismo de Castilla y León, en desenvolvemento do art. 56.2 da Lei 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, faculta o Consejero de Fomento para suspender a vixencia dos instrumentos de planeamento urbanístico, para garantir a súa adecuación aos instrumentos de ordenación del territorio ou para defender outros intereses de ámbito supramunicipal.

³⁴ GONZÁLEZ SANFIER (“Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo” en SANTANA RODRÍGUEZ, J.J.: *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2011, PP. 285-307) sinala que non obstante a regra da subsistencia dos actos firmes dictados ao abeiro dun plan anulado non significa que en determinadas circunstancias non sexa posible a revisión de oficio.

principio de eficacia xeral ou *erga omnes* das sentenzas anulatorias das disposicións xerais respecto dos actos administrativos que adquirisen firmeza con anterioridade a que a sentenza anulatoria do planeamento. E, xa que logo, a anulación dos instrumentos de planeamento deixa a salvo as licenzas firmes. O mesmo sinala a STS de 17.6.2009 verbo dos instrumentos e xestión e execución aprobados en aplicación do plan anulado.

4.5. A EXECUCIÓN DAS SENTENZAS ANULATORIAS DO PLANEAMENTO

Da execución de sentenzas ocúpense os arts. 103 a 113 da LXCA.

A respecto de se é cómpre executar estas sentenzas aprobando un novo plan ou ordenación substitutoria, sinala a STS de 30.4.2009:

"el ámbito jurisdiccional concluye, con una declaración anulatoria, consecuencia de un control de legalidad materializado en contrastar el planeamiento o actuación urbanística discutidos con la legalidad vigente. Pero, obvio y conocido es que dicho el contenido de la actuación jurisdiccional, concretado en la anulatoria, ni la misma impone la sustitución del planeamiento anulado por otro, ni, mucho menos, puede ser determinante, en su caso, del sentido del mismo, ya que, el control de legalidad de referencia queda circunscrito exclusivamente al ámbito anulatorio expresado".

Polo que atinxe á execución forzosa debe terse en conta, con carácter xeral, que en materia de urbanismo, malia á dición literal do art. 104 LXCA, o Tribunal Supremo vén considerando que a acción pública tamén se estende á fase de execución. Así, na STS de 23.4.2010 estúdase a posibilidade de que aqueles que non fosen parte no recurso poidan presentarse na fase de execución para exercitaren as accións previstas para o cumprimento das sentenzas.

Isto hai que o pór en relación co disposto no art. 103.4 LXCA, por exemplo, nos supostos de incorporación dun planeamento anulado. Como xa se expresou antes, debe recordarse que os plans, en canto disposicións xerais, só poden ser nulos de pleno dereito e, secasí, non cabe validación ningunha. Esta ampla lexitimación en fase de execución tamén é unha medida para evitar determinadas transaccións ou acordos que se puidesen dar para evitar a execución das sentenzas. Debe terse en conta ademais a lexitimación recoñecida ao Ministerio Fiscal.

4.6. IMPOSIBILIDADE LEGAL DE EXECUTAR A SENTENZA ANULATORIA DUN PLAN

O art. 105.2 da LXCA regula os incidentes dos que pode resultar a imposibilidade de executar a sentenza, no eido do planeamento, pode producirse a

imposibilidade legal de executar as sentenzas anulatorias do plan³⁵.

Así, podería concorrer esta causa cando se producise unha validación lexislativa posterior. O funcionamento desta causa de imposibilidade legal sobrevida cando se produce unha posterior reforma lexislativa, foi amplamente estudada no caso do encoro de Itoiz. É imaxinable que se produza esta causa, por exemplo, no caso de que o plan incumpra un estándar legal que logo se modifica por unha Lei posterior, de maneira que o plan anulado se axustase á nova norma.

Tamén pode acontecer que ante a anulación dun Plan secundario se produza unha revisión do planeamento xeral que faga súas as previsións do plan anulado. Este é o caso analizado na STS de 1.2.2008.

En relación con terceiros adquirentes de boa fe que non foron parte no proceso, a xurisprudencia nin aprecia a concorrencia dun suposto de nulidade de actuacións nin de imposibilidade executoria. Resulta de interese ao respecto, a SAP de Cantabria de 22/3/2007 que condena por delito de estafa os vendedores dun terreo afectado por sentenza que obrigaba a derruba e que ocultaron tal situación aos adquirentes.

No que atinxe á tramitación do incidente de inexecución, reviste especial interese a cuestión probatoria. CHAVES GARCÍA³⁶ sinala que nos supostos previstos no art. 105.2 corresponderá a acreditación da imposibilidade de execución á Administración e tamén o momento en que se produce, pois o art. 104 limita o prazo da súa invocación a dous meses desde que se produce a causa. "En cambio, si se acreditase la imposibilidad legal de la ejecución, por utilización del *ius variandi* (...) tendrá el perjudicado la carga de probar que la modificación de la norma urbanística tenía como finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia firme".

5. MEDIDAS CAUTELARES (ARTS. 129 A 136)

5.1. SOLICITUDE

A solicitude das medidas cautelares pode producirse no escrito de interposición ou na demanda.

³⁵ Sobre a crise da execución das sentenzas urbanísticas e a inexecución e demais supostos, FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: "La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda)" *.Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010/1, pp.15-47. A parte primeira no número anterior 20, 2009/2.

³⁶ CHAVES GARCÍA, J.R.: *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Ed. Universitas, s.a.. Madrid 2007.

5.2. SUSPENSIÓN

A regra xeral é a preeminencia do interese público urbanístico e a denegación da medida cautelar de suspensión. Alén disto, hai moitos supostos en que os prexuízos se derivarían de desenvolvementos ou operacións de xestión do plan recorrido. Agora ben, como sinala, COMINGES³⁷:

"No obstante, la experiencia demuestra la conveniencia de adoptar dicha medida cautelar cuando se constate al inicio del proceso la "aparición de buen derecho" (fumus boni iuris) de la pretensión del recurrente. De lo contrario la sentencia firme que en definitiva se dicte (tras un litigio muy dilatado en el tiempo) resultará en la práctica inejecutable. Por este motivo, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se está mostrando proclive a admitir esa suspensión cautelar, pudiendo citarse como ejemplo sus Sentencias de 17 de julio de 2008 (casación 1510/2006), 28 de mayo de 2004 (casación 3449/2002), 9 de febrero de 2006 (casación 7724/2003) y 18 de julio de 2002 (casación 7593/2000), referida esta última a un instrumento de planeamiento del concello de Vilagarcía de Arousa.

"(...) Cuando el artículo 130-1 de la L.J. permite acordar la medida cautelar (aquí, suspensión) en los casos en que "la ejecución del acto (...) pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso", no se está refiriendo sólo a los casos en que la ejecución impida la finalidad del recurso de forma definitiva y fatal, sino también a aquellos en que la ejecución del acto puede obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria."

Nesta nova liña xurisprudencial insírense as SSTS do 21.10.2009, 29.1.2010, 1.2.2010 e 8.10.2010, que acordaron a suspensión cautelar do planeamento urbanístico ante a prevalencia do interese ambiental³⁸.

Así o explica a STS 8.10.2010: tratábase dun plan sobre o cal emitira informe negativo o organismo de cunca, ante a insuficiencia de recursos hídricos:

«Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos. (...) Ante todo, ya

³⁷ COMINGES CÁCERES, F.: "Los Planes urbanísticos generales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia". *Revista Xurídica Galega*, nº 56, 2007, p. 13-41.

³⁸ Ao respecto pode consultarse o Comentario de xurisprudencia de RUIZ LÓPEZ, M.A.: "La suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés medioambiental", *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, pp.233-241.

hemos visto que ese alegato sobre la pretendida preeminencia del interés público urbanístico queda en buena medida desvirtuado por la alegación de la propia recurrente relativa a que no es necesario suspender el acuerdo de aprobación del instrumento de planeamiento porque éste carece de efectividad. (...) Tampoco se puede olvidar que, como afirmamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2008 (RC 2161/2007): " No cabe duda que existe una línea jurisprudencial reticente a la suspensión de los instrumentos de ordenación general, que requieren, a su vez, (...) para su efectiva y última ejecución, actos concretos de aprobación de proyectos o la concesión de licencias de obras, pero también existe una corriente jurisprudencial paralela que, en evitación de múltiples recursos o impugnaciones en vía administrativa y sede jurisdiccional, viene accediendo a suspender la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hay riesgo, como en este caso, de que, de no suspenderse la aplicación o ejecución del ordenamiento urbanístico aprobado, pierda su legítima finalidad el recurso contencioso-administrativa ... [En este concreto caso], de no suspenderse su ejecutividad, cuando se dictase una sentencia estimatoria, se habría llevado a cabo la ejecución de un planeamiento urbanístico radicalmente nulo, lo que contradice el más elemental principio de que cualquier actuación urbanística debe ajustarse a la legalidad, que es por lo que, en cualquier caso, debe velar la jurisdicción al decidir acerca de la suspensión o no de decisiones en esta materia, en la que los sucesivos instrumentos de ordenación concatenados, seguidos de actos de ejecución, suelen hacer irreversibles las situaciones, que, como el propio Ayuntamiento admite al articular su recurso de casación, sólo tienen solución a través de revisiones del planeamiento urbanístico o de las consiguientes demoliciones, de compleja y muy costosa realización ésta, y conducentes, de ordinario, aquéllas a declaraciones de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias, que realmente encubren auténticos incumplimientos de sentencias firmes "» (Sentencia 6 de julio de 2009 (recurso de casación nº 658/2008). En definitiva, «la suspensión decretada por la Sala de Valencia resulta conforme a Derecho, en cuanto suspende la aprobación definitiva de un Plan General Municipal que se ha llevado a cabo sin tener asegurada la existencia de agua para los desarrollos urbanísticos previstos en él, cosa que exige la suspensión pues en otro caso se perdería la finalidad legítima del recurso. (Artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98)» (Sentencia de 25 de febrero de 2009 dictada en el recurso de casación nº 872/2008).

Téngase en cuenta que en el caso examinado consta el informe de la

Confederación Hidrográfica del Júcar, al que se refiere la resolución judicial impugnada, que es de carácter negativo y que alerta de los peligros derivados de la inexistencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas necesidades de consumo de agua que comportará la ejecución del plan."

Tamén é de interese a STS de 29.1.2010, en que se suspendía cautelarmente o planeamento secundario resultado dun procedemento no que se omitira a Avaliación ambiental estratéxica:

"En contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente, pues se concreta en la protección del medio ambiente, cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible" (FJ 5º).

Esixir caución ou garantía polos prexuízos que se derivarían da adopción da medida cautelar pode ser un elemento disuasorio para o recorrente ou un bo termómetro da seriedade do recurso (art. 133 LXCA).

En caso de que se acorde a suspensión do plan impugnado será de aplicación o disposto no art. 134.2, que ordena publicar a suspensión da vixencia das disposicións xerais.

5.3. ANOTACIÓN PREVENTIVA

Os arts. 67 a 72 do Real Decreto 1093/1997, de 4 de xullo, Regulamento para a execución da Lei Hipotecaria sobre inscrición no Rexistro da Propiedade de actos de natureza urbanística regulan os requisitos da solicitude desta medida cautelar así como a documentación que a debe acompañar.

Pesa sobre o solicitante da anotación a obriga de identificar as "fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado", por iso obriga a norma a que a solicitude de anotación vaia "acompañada de certifica-

ción registral de dominio y cargas". O RD 1093/1997, obriga a que sexa o recorrente o que ofrezca "indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación". E novamente reitera esta norma que "Será requisito para la práctica del asiento el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, así como la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior".

6. CUSTAS

A súa regulación fainas pouco disuasorias, xa que no caso da xurisdición contenciosa o criterio de imposición das custas non é o do vencemento, polo momento, aínda que é duns aspectos sobre o que incidirá a reforma en tramitación; así, o art. 139 LXCA establece que na primeira instancia só se imporán en caso de interposición con mala fe e temeridade de forma motivada. En segunda instancia, se se desestima o recurso, imporánselle á parte á que se lle desestime, agás que concorran circunstancias que xustifiquen a súa non imposición, tamén de forma motivada.

7 BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006): *La prueba en el procedimiento administrativo*. Ed. Aranzadi.
- CHAVES GARCÍA, J. R. (2007): *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Universitas.
- COMINGES CÁCERES, F. (2007): Los Planes urbanísticos generales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. *Revista Xurídica Galega*, 56, pp. 13-41.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1997): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona: Civitas.
- DOMINGO ZABALLOS, M. A., Dir. (2010): *Impugnación y revisión de la actividad de los Entes locales (Teoría y Práctica)*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2010): La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 21, 2010/1, pp. 15-47.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2001): *Alcance actual del control judicial de la actividad de la Administración. Ámbito, objeto y eficacia del recurso contencioso-administrativo*. Granada: Comares.
- GEIS I CARRERAS, G. (2009): *La ejecución de sentencias urbanísticas*. Barcelona: Atelier.
- GONZÁLEZ SANFIER (2011): Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo. En SANTANA RODRÍGUEZ, J. J.: *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*. (pp. 285-307). Valencia: Tirant lo blanch.
- HERNÁEZ SALGUERO, E. (2005): La Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante el Urbanismo. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 21, 01 mayo 2005. Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno. D.G. Servicios Jurídicos Madrid.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2010): La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 21, 2010/1, pp.15-47.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2007): Memoria elevada al Gobierno de S. M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2011): *La prueba en el contencioso-administrativo*. Ed. Reus, Madrid.
- PARICIO RALLO, E. (2004): La defensa de las Administraciones locales en pleito. *Cuadernos de Derecho local*, 5, junio, pp. 70-81.
- PECES MORATE, J. E. (Dir.) (2010): Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. *Estudios de Derecho Judicial*, 154. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2010): La impugnación directa de los planes de urbanismo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, octubre, pp. 26-36.

REBOLLO PUIG, M. (2000): *Impugnación de normas locales: ordenanzas y planes*. Intervención en el Seminario de Derecho local. Barcelona, 14 de abril.

<http://seminari.fmc.cat/ARXIUS/autors99-00/03.doc>

RUÍZ LÓPEZ, M. A. (2010): La suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés medioambiental. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, pp.233-241.

TRIBUNAL SUPREMO: Base de datos de Jurisprudencia. En: <http://www.poderjudicial.es>
En especial: Tribunal Supremo: "Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2009-2010". <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm>.

AVANCE NO CONTROL DA DISCRECIONALIDADE E A MOTIVACIÓN DOS ACTOS E ACORDOS ADMINISTRATIVOS: SOBRE OS NOMEAMENTOS DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Manuel J. Sarmiento Acosta

Profesor Titular de Dereito Administrativo da Universidade das Palmas de Gran Canaria
Maxistrado suplente do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias

Resumo: *A necesidade de controlar a discrecionalidade administrativa impón unha motivación precisa, suficiente e coherente, pois iso garante mellor os dereitos e intereses dos cidadáns. Neste contexto é eloxiable a xurisprudencia do Tribunal Supremo que esixe que os acordos do Consello Xeral do Poder Xudicial se motiven adecuadamente.*

Palabras clave: *Discrecionalidade administrativa, motivación de actos e acordos administrativos, acordos do Consello Xeral do Poder Xudicial.*

Abstract: *The need to control the administrative discretion requires a precise motivation and enough of the acts and agreements of Public Administration, because it is the better safeguards the rights of citizens. In this context, is commendable jurisprudence of The Supreme Court that requires the motivation of the agreements of the Xeral Council of The Judiciary.*

Keywords: *Administrative discretion, motivation of acts and agreements of Public Administration, agreements of the Xeral Council of the Judiciary.*

Índice: *1. O constante problema do control da discrecionalidade dos actos e acordos administrativos. 2. Discrecionalidade administrativa e motivación: unha relación conflitiva pero obrigada. 3. A non esixencia de motivación por existir motivos de confianza e por ser colexiado o órgano que adopta o acordo: STS do 30 de novembro de 1999. 4. Un cambio radical sobre a motivación dos acordos discrecionais: a STS do 29 de maio de 2006. 5. Cara a unha motivación material dos acordos do CXPX: as sentenzas do Tribunal Supremo do 27 de novembro de 2007 e do 23 de novembro de 2009. 6. Os efectos desta xurisprudencia no Regulamento 1/2010 do CXPX, sobre provisión de prazas de nomeamento discrecional. En particular, na motivación. 7. Un progreso considerable na motivación dos actos e acordos administrativos discrecionais: a súa necesaria repercusión noutros ámbitos administrativos.*

1. O CONSTANTE PROBLEMA DO CONTROL DA DISCRECIONALIDADE DOS ACTOS E ACORDOS ADMINISTRATIVOS

É coñecido que a discrecionalidade administrativa é un dos temas recorrentes do Dereito Administrativo. A súa presenza é constante, pois manifesta a permanente tensión entre o exercicio do poder e o preciso control deste en orde ao sometemento da Administración pública á lei e ao dereito (cfr. art. 103.1, CE.). Todo poder, teña o adusto aspecto do dominio autocrático ou o vistoso e atractivo vestido da confección democrática, séntese sempre, pola súa mesma natureza, como capacidade de estenderse, de impoñerse, e, mesmo, de convencer, a través dunha doutrina oficial politicamente correcta, de que actúa en interese e en beneficio do sometido. Como referiu recentemente o filósofo José Antonio MARINA, no *"poder se experimenta la realidad como libertad, como apertura de posibilidades, como acontecer real, dinámico y expansivo"*.¹ Esta circunstancia suscita de inmediato o problema das consecuencias, pois nun Estado democrático é evidente que esa pretensión de actuar con mans "libres" para producir os efectos desexados debe ter unha habilitación clara e precisa no Dereito, e, así mesmo, debe permitir que este arbitre un adecuado control para que o exercicio do poder non se converta en patente de curso para a arbitrariedade e a irracionalidade (art. 9.1 e 3, e 106.1, CE), nin para a depreciación ou conculcación dos dereitos e intereses lexítimos dos particulares (art. 10, CE)², isto é, dos que se relacionan e someten ao poder, xa que o Estado de Dereito é tal na medida en que o poder se somete ao dereito, e permite a adecuada tutela e protección do dereito e interese do particular. No caso de non ser así, é obvio que non se pode falar propiamente de Estado de Dereito, salvo que se queira xogar coa linguaxe para engaiolar e enganar o cidadán. Neste contexto, pódese dicir que *"toda la historia del derecho administrativo puede resumirse en esto: un avance, lento pero imparabile, en el camino del sometimiento a un control heterónomo de la totalidad de la actuación administrativa y un paralelo afinamiento de las técnicas correspondientes"*³.

Por iso, *prima facie*, o exercicio da discrecionalidade preséntase como moi

¹ *La pasión del poder. Teoría y práctica de la dominación*, Anagrama, Barcelona, 1.^a ed. 2008, p. 18. En cita de B. RUSSEL, *"poder es producir los efectos deseados"* (p. 17).

² Pois, como referiu E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*), Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1983, p. 43), *"la Administración no es señor del Derecho, como puede pretenderlo serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano (...)"*

³ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativo*, Tomo III, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 433

problemático, porque é claro que por motivos de eficacia, ata pola propia natureza das cousas, o Ordenamento xurídico non o pode prever todo cun nivel de intensidade ou densidade que permita que a interpretación e aplicación da norma sexa unha operación clara, precisa e limpa de adherencias contaminantes e de prexuízos ideolóxicos ou doutra clase. Ocorre xusto o contrario, pois o Ordenamento de ordinario habilita unha discrecionalidade administrativa que permite unha marxe de acción relativamente ampla, posto que a cantidade de factores e necesidades que definen a actividade administrativa aconsella, e, mesmo, esixe ter discrecionalidade⁴. E é aquí, xustamente, onde comeza a dificultade, pois a liberdade de elección, en boa teoría xurídico-constitucional, debe estar presidida sempre polo interese público, algo que non sempre está claro na actuación administrativa.

Non é este, como é obvio, o lugar para intentar unha definición sobre a discrecionalidade administrativa. Primeiro, porque é unha cuestión que ten unha complexidade que desborda o estrito obxecto deste estudo, e, en segundo lugar, porque a bibliografía sobre este tema, tanto española como foránea —da cal, por certo, bebeu, e moito, a española— é xa inabarcable, como non podía ser doutra forma ao tocar un nervio tan sensible, e, ao propio tempo, tan esencial para os dereitos do cidadán, como é a discrecionalidade administrativa⁵. Agora ben, é pacífico considerar que a discrecionalidade —aínda que

⁴ Véxase, por exemplo, o libro de M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25, e bibliografía alí indicada.

O propio John LOCKE, en *Two Treatises of Government*, 1690 (*Dos ensayos sobre el Gobierno Civil* (tradución de F. Jiménez García; ed preparada por Joaquín Abellán, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 322), afirmaba que “*existen muchas cosas que las leyes no pueden contemplar de ninguna manera y que han de confiarse, necesariamente, a la discreción de aquel que tiene el poder ejecutivo para que lo ordene de acuerdo con las exigencias del bien público. Es más, conviene que las leyes mismas dejen campo libre en ciertos casos a la actuación del ejecutivo o, por mejor decir, a la ley fundamental de la naturaleza y del gobierno según la cual todos los miembros de la sociedad han de verse protegidos, en la medida de lo posible*”.

⁵ É, como se dixo, practicamente inabarcable a bibliografía sobre a discrecionalidade administrativa. Carece de sentido, e tamén de utilidade, intentar aquí facer unha relación de libros, artigos e comentarios máis ou menos exhaustiva. Abonda con sinalar, separadamente do estudo senlleiro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit., a controversia que nos anos noventa do pasado século se produciu entre varios coñecidos profesores: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.^a ed ampliada 1997, L. PARELLO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; ou, en fin, do propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, nun libro máis recente, e tamén moi vivo e enérxico, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1997.

Outros autores escribiron, así mesmo, con moita solvencia técnica (particular interese teñen os libros de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ou de E. DESDENTADO DAROCA,

é, como xa se advertiu, un concepto controvertido—, permite ao ente administrativo unha pluralidade de solucións, todas elas igualmente xustas, que, por conseguinte, a Administración pode adoptar. O Tribunal Supremo, probablemente influído pola doutrina, e, en concreto, polas teses do profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, afirmou que a *“potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o de conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo”* (STS do 1 de xuño de 1987)⁷. O que significa que, desde este concepto que asume o Alto Tribunal, a Administración pública pode optar lexitimamente por esas opcións que resultan igualmente xustas. Hai, pois, discrecionalidade; o que significa que existe *“liberdade de actuación”*⁸. A elección entre varias solucións que son xuridicamente indiferentes prodúcese por criterios extraxurídicos —sociolóxicos, económicos, arquitectónicos, ecolóxicos, etc, etc—⁹, e, dentro desta elección, é

Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico, Aranzadi, Pamplona, 1997), sobre este tema, pero non é posible detese, pois desbordaría o sentido desta cita, por forza resumida. Permítome, no entanto, indicarlle ao lector interesado que unha referencia bibliográfica bastante completa está no libro de C. D. CIRIANO VEA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 593-633. Hai, como é obvio, artigos máis recentes que se relacionan co obxecto deste traballo, como os asinados por M. BACIGALUPO (“En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos judiciales: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000, pp. 407 e ss.) ou por R. BOCANEGRA SIERRA e A. HUERGO LORA (“Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 405 e ss.)

⁶ O seu traballo *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit é de inexcusable recordatorio nesta cuestión.

⁷ Así mesmo, a STS do 1 de decembro de 1993 declarou: *“El ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento determina agotadoramente el contenido de la decisión a dictar, en tanto que en las discrecionales remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las primeras la ley “tipifica” el contenido del acto, en las segundas resultan posibles varias soluciones igualmente lícitas —y por tanto indiferentes para el derecho— entre las cuales ha de elegir con criterios extrajurídicos”*

⁸ Así o afirma, por exemplo, A. GALEGO ANABITARTE, “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, Prólogo ao libro de A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 21.

⁹ Véxase J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, p. 19. Pola súa banda, E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, ob cit., p. 70, destaca que a discrecionalidade é un “supraconcepto”, que se refire a un determinado modo de operar administrativo, que consiste en adoptar decisións dentro dunha marxe que deixa o Ordenamento

plenamente válida a actividade da Administración.

A partir de aquí é preciso fiar máis fino, porque xorden varias cuestións que ensombrecen ou nubran a claridade dunha definición de corte académico, que aínda que é explicativa e cómoda na academia, non resulta de todo eficaz para resolver problemas prácticos de certa entidade que se resisten a ser reducidos a dogmas ou categorías convencionais, pois cómpre saber: a) cando é posible falar tecnicamente de discrecionalidade e cal é o seu concreto alcance; b) como se articula o control e ata onde pode chegar este¹⁰; c) é posible, desde a perspectiva constitucional, substituír por medio doutra decisión a incorrecta resolución administrativa?; d) ten encaixe a discrecionalidade na Carta Magna de 1978?, etc, etc.

Indubidablemente, a discrecionalidade, como a xustiza administrativa, a descentralización, o Poder Xudicial, etc, deben encadrarse no marco ou contexto político e xurídico existente, dentro do cal, nun Estado social e democrático de Dereito, como é o español (art. 1.1, CE), o recoñecemento e a garantía dos dereitos e intereses dos cidadáns resulta inescusable, pois estes constitúen un dos alicerces sobre os que se asenta toda a arquitectura constitucional. Nun sistema autocrático, como o que existía antes da Constitución de 1978, o control que se arbitraba sobre a discrecionalidade da Administración pública, aínda que moi meritorio desde o punto de vista técnico, estaba danado ou pervertido desde a súa raíz polo “pecado orixinal” que levaba implícito todo o sistema. E do mesmo xeito que un paralítico, por moi fortes que teña os brazos, non pode competir cun atleta boxeador plenamente en forma, por moi ben que puidesen funcionar esas proezas técnicas que se enfatizaban para controlar a discrecionalidade, de ningún xeito podían fornecer os mesmos efectos que nun Estado de Dereito plenamente constituído. E iso por un dato esencial: a propia posición e actuación do Poder Xudicial non podía ser equiparable coa dun Estado de Dereito¹¹. Isto significa que aínda que os meca-

xurídico, para o que se permite unha elección entre distintas alternativas sobre a base de conceptos extraxurídicos. O que permite un ámbito de apreciación valorativa da Administración, que, en rigor, só a ela lle compete. Con todo, isto non significa que non haxa límites internos e externos para a adopción destas decisións sobre a base de distintas alternativas. Hai extremos e aspectos que delimitan esa capacidade de actuación

¹⁰ M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, cit., pp. 219 e ss, que analiza o dereito á tutela xudicial efectiva como límite constitucional á atribución de potestades discrecionais.

¹¹ Neste extremo, por exemplo, A. NETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, p. 127. E GARCÍA DE ENTERRÍA no seu libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp. 39, e 47 e 48, di: “(...) el propio régimen tenía entonces especial interés en presentar una faz de “Estado de Derecho” en el sentido (que era, por cierto, el de los clásicos alemanes más relevantes del XIX y

nismos técnicos de control, tan traballosamente confeccionados, tiñan moitas virtualidades para a fiscalización da actividade administrativa, o control, polo contexto no que se aplicaba, tiña un impacto bastante máis frouxo ca o que pode orixinar nun *Estado propiamente de Dereito*¹². Por iso é só unha verdade a medias o argumento que se esgrimiu nun momento determinado por algunha doutrina sobre a maior lexitimidade democrática da Administración pública no Estado constitucional (deixando entrever que eses mecanismos técnicos tiñan que modularse ou afrouxarse, pois non se estaba loitando contra unha Administración autocrática), pois, en realidade, esa loita nunca era tan aberta e clara como a que se mantén nun auténtico Estado de Dereito¹³. Por esta razón os instrumentos técnicos de control cando realmente producen efectos é co establecemento do Estado social e democrático de Dereito, que os transfigurou de tal xeito que permitiu avanzar moito máis que con anterioridade.

Con independencia disto, que é bastante obvio e elemental por outra banda, é patente que a formulación dunha cuestión tan relevante e, ao propio tempo, tan necesaria e inasible como a discrecionalidade dos actos e acor-

XX), de un Estado con Derecho Administrativo pero sin derechos fundamentales (...)". En la página 39 afirma: "El error está en suponer que el Derecho Administrativo, como llega a afirmarse en relación con el específico caso de España, y en concreto el afinamiento de sus técnicas de control, tenga un lugar más apropiado en los regímenes dictatoriales que en los democráticos. Esto, de nuevo en el terreno de los hechos, es inexacto, rotundamente. Ningún régimen autoritario facilita el control judicial de sus actos, ninguno tampoco reconoce siquiera la legalidad como un límite y los derechos de los ciudadanos, base de ese control, como obstáculo a su omnipotencia". Tamén, M. BELTRÁN DE FELIPE (*Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., pp. 221 e ss) fai unha crítica sobre a pretendida maior lexitimidade democrática da Administración actual.

É obvio que o sentido común e a lóxica, así como a experiencia, certifican a absoluta certeza destas afirmacións. O sorprendente é que se chegou a dudar de algo tan elemental: un réxime autocrático, polo seu propio carácter, non quere controis nin fiscalizacións vindas do Dereito

¹² Eses mecanismos técnicos de control teñen o seu encaixe natural no Estado democrático de Dereito, isto é, nun Estado no cal estea garantida a separación efectiva de poderes, que recoñeza e garanta tanto o sometemento do poder ao dereito, como os dereitos e intereses dos cidadáns, nun Estado, en fin, que corresponda cunha democracia avanzada. É evidente que cando non existen esas condicións previas, calquera mecanismo técnico perde a súa forza e a súa capacidade para lograr o que en teoría pretende alcanzar. Descoñecer isto é ignoralo todo e divagar sobre teorías baleiras que para nada serven.

¹³ Como é lóxico, cando se di "auténtico Estado de Dereito", non se afirma para facer unha concesión á retórica: non todo Estado que se cualifica formalmente como "de Dereito" o é realmente. Só se se dan concretas condicións pódese falar de Estado "de Dereito" en sentido técnico. Polo demais, o Estado de Dereito non se ten definitivamente porque o digan a Constitución ou unhas leis, senón que é preciso construílo día a día, e sen desmaio nin excesiva confianza no conseguido, pois as trampas sempre axexan, as tentacións do poder nunca morren, senón que, como a enerxía, e no mellor dos casos, se transforman, e, nun contexto así, a fragilidade de todo o logrado é indiscutible. Dito noutras palabras: *o Estado de Dereito é de cristal, non é de aceiro*. Xa que logo, pode romperse se non se trata co debido coidado, e esa ruptura pode ocorrer en calquera momento.

dos da Administración¹⁴, hai que radicalo na Constitución española, do 27 de decembro de 1978, máis que nunha suposta evolución histórica dun Estado autocrático a un democrático e de Dereito, ou a unha maior ou menor lexitimidade da Administración pública española, xa que esta, en último termo, se lexitima na prestación eficaz e satisfactoria dos servizos públicos, e no rigoroso respecto á lei e ao dereito. Como destacou, hai xa algúns anos, MARTÍN REBOLLO *"la legitimidad de la Administración (...) no reside en que sea representativa sino en su carácter servicial, en su dependencia y su instrumentalidad al servicio de la eficacia y la objetividad de su funcionamiento. De ahí que no pueda ni deba confundirse una Administración democrática con una Administración representativa. La Administración no representa a nadie: sirve a los intereses generales. La Administración es democrática si asume los valores constitucionales, es eficaz, objetiva y transparente, si está suficientemente controlada desde fuera"*¹⁵. Pois como, así mesmo, argumenta GARCÍA DE ENTERRÍA é *"esta situación de ejecutores de la Ley, como decisión previamente establecida, la que da a los titulares que ejercen las funciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de simples "agentes" de la Ley. No pueden ordenar lo que la Ley no manda, no pueden prohibir lo que la Ley no ha prohibido, son ejecutores de lo ya ordenado anticipadamente por ésta"*¹⁶; polo que, en ningún caso, *"la teoría de la democracia puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y más bien la posibilidad de su impugnación se adecúa exactamente al carácter abierto de la sociedad democrática, a su búsqueda de una integración no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías, sino por el libre desarrollo y las iniciativas de los ciudadanos"*¹⁷.

¹⁴ E, así mesmo, tan trascendente para a operatividade do Dereito Administrativo. Non é de estrañar que, por exemplo, Bernard SCHWARTZ, no seu *Administrative Law* (Boston, 3.^a ed. 1991, p. 652), sinala que, verdadeiramente, *"de que trata o Dereito Administrativo se non é do control da discrecionalidade"*, e, na doutrina española, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*"Discrecionalidad y jurisdicción revisora"*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1974, p. 285), afirme que *"la discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo"*. O mesmo que subliña, máis recentemente, M. BACIGALUPO, cit., p. 21.

¹⁵ *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, Asemblea de Cantabria, Santander, 1990, pp. 45 e 46. Prosegue: *"La Administración es democrática, aunque parezca una redundancia, si es la Administración de un Estado democrático, es decir, de un Estado de democracia parlamentaria. Ese es el punto de partida de juristas tan notables como Hans KELSEN y, sobre todo, de su discípulo administrativista, Adolf MERKL (...)"* (p. 46).

¹⁶ *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed., cit, p. 53.

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed, cit., p. 75. Di: *"Naturalmente que sobre ese fondo general se sobreponen los valores propios del sistema jurídico, apoyado en la técnica del reino de la Ley, norma común para gobernantes y gobernados, que aquéllos*

Xa que logo, é evidente que o establecemento dun Estado democrático, lonxe de acurtar, modular ou redimensionar á baixa os mecanismos técnicos que permiten o control efectivo da Administración pública, intensificounos. E, de feito, produciuse nos últimos trinta anos un aumento da perfección técnica dos mecanismos de control a raíz da aprobación da Carta Magna de 1978, como non podía ser doutra forma. Así, ás técnicas tradicionais que o propio GARCÍA DE ENTERRÍA propuxo no seu coñecido traballo "*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*"¹⁸, en 1962 (existencia da potestade discrecional e concreta extensión desta, a verificación dos feitos que lexitiman a súa aplicación, a competencia do órgano, e a observancia do procedemento e o fin, así como os principios xerais do Dereito e os conceptos legais indeterminados), engadíronse outras fórmulas técnicas en orde ao control da Administración que reclaman refacer desde os mesmos alicerces constitucionais a discrecionalidade da Administración; esas novas fórmulas técnicas son, por exemplo, a interdición da arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3, CE), a razoabilidade e a racionalidade, ou principios xerais, como o de proporcionalidade ou a congruencia interna da decisión¹⁹, que abriron novas vías ou camiños no Estado de Dereito, sen que poida cualificarse para nada *estas novas fronteiras* como unha mostra dun suposto "activismo xudicial"²⁰, senón como unha consecuencia necesaria dun sistema xurídico baseado na democracia e na liberdade (art. 1.1 e 10. CE), e que, xa que logo, recoñece e ga-

no pueden pretender en ningún caso poder interpretar de forma prevalente a la interpretación en que éstos intenten apoyar sus propios derechos e intereses"

¹⁸ Como se anticipou, este traballo é básico para o coñecemento do control da discrecionalidade da Administración. Publicouse na *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962 (pp. 159-209). A. NETO GARCÍA nos comentarios que fixo ao volume *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, p. 486, cualificouno de "*verdadero manifiesto constitucional. Desde el Derecho empieza así España su largo camino hacia la Democracia*". Non é eloxio menor, precisamente.

¹⁹ Así, por exemplo, esíxese a coherencia interna dos plans urbanísticos, con base na forza normativa do fáctico (STS de 21 de marzo de 2006). Véxase sobre este punto M.³ R. ALONSO IBÁÑEZ, "Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 234, 2007, pp. 110 e ss.

²⁰ É máis, a jurisprudencia española non foi precisamente vangardista, senón máis ben todo o contrario. Nada que ver coa doutrina do Consello de Estado francés, ou coas decisións de órganos xurisdiccionais ingleses ou norteamericanos, nos que o avance, a perspicacia técnica e a "creación" de verdadeiro e bo Dereito é coñecida, e non necesita maior argumentación. Para o Consello de Estado francés é aínda interesante remitirse ao libríño de Prosper WEIL, *Derecho Administrativo* (tradución española de L. RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, adaptada á décima edición orixinal de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA L VELÁZQUEZ, Madrid, 1.³ ed. 1986, onde se atopa unha frase elocuente que escusa máis argumentos. Di WEIL: "*El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segregada su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido*" (p. 43)

rante os dereitos e intereses dos cidadáns²¹. Nada máis lóxico e normal. Crer que o Poder Xudicial, porque fai o seu traballo, se excede é, como mínimo, un curioso xeito de concibir o Estado democrático, onde a división de poderes é garantía imprescindible para poder ser cualificado como tal, e onde o control da Administración debe ser efectivo e intenso. Por iso, o cambio que trouxo a Constitución Española é substancial, pois dun "*Estado con Dereito Administrativo pero sen dereitos fundamentais*" (GARCÍA DE ENTERRÍA)²², pasouse a un Estado que recoñece e garante os dereitos e intereses dos cidadáns (cfr. art. 53. 1 e 2 CE.)²³. É este contexto o que debe servir de base, fundamento e inspiración para articular a discrecionalidade administrativa, e non unha pretendida eficacia administrativa desorbitada, que tendo unha indubidable relevancia, non está ao mesmo nivel constitucional que a protección dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas dos cidadáns.

Se isto é así, e é evidente que existiron avances na doutrina e na xurisprudencia contencioso-administrativa, non por iso se debe crer inxenuamente que o ciclo se pechou. Como di Prefecto Andrés IBÁÑEZ nun significativo artigo titulado "*Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*"²⁴; a loita debe continuar, e a garda non se debe baixar de ningún xeito, e iso, en síntese, por dúas razóns: i) porque o poder, co seu carácter expansivo e dominante, crea ou abre sempre novos espazos nos cales o seu exercicio se mostra con máis intensidade e enerxía, e, por iso, propende a eludir controis e fiscalizacións cos máis variados argumentos e escusas (razón de Estado, eficacia administrativa, interese xeral, imposibilidade material, etc, etc); e ii) porque sería iluso entender que as garantías dos dereitos e liberdades, por mencionalas nas normas, ipso facto se converten en garantías materiais. Ninguén con algunha experiencia na realidade administrativa e na actuación forense pode admitir que o recoñecemento dun dereito implica automaticamente a súa correcta tutela. Do que di formalmente a lei ao que se aplica na práctica hai un longo treito, que, sen dúbida, debe ocupar a adecuada técnica xurídica, para que poida de verdade ese dereito converterse nun-

²¹ Véxase, M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, ob cit., pp. 237 e ss, quen afirma que a garantía dunha tutela xudicial efectiva, non só formal, senón tamén material, fronte á actuación administrativa presupón "*la exigencia constitucional de una determinada densidad en su programación normativa*"

²² *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.ªed., cit., pp. 47-48.

²³ Véxase M. J. SARMIENTO ACOSTA, "Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales", *Poder Judicial*, núm. 31,1993, pp. 205-234

²⁴ Publicado na *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, pp. 5 e ss.

ha realidade práctica ao alcance dos cidadáns. Con esta formulación de loita "continua", é obvio que moitos lugares comúns e convencións académicas se deben renovar á luz das virtualidades que a Constitución ofrece, e que, nalgúns casos, non foron suficientemente exploradas, e moito menos explotadas. Hai un caso dunha evidente importancia e significación: o da discrecionalidade técnica e o dos nomeamentos discrecionais efectuados polo Consello Xeral do Poder Xudicial²⁵, órgano de goberno de devandito Poder (art. 122.2, CE.), posto que dunha postura reticente ao control efectivo de devanditos nomeamentos, na cal a xurisprudencia utilizaba subterfuxios como a colexialidade do órgano, os motivos de confianza ou a gran discrecionalidade para non entrar na fiscalización real e efectiva do nomeamento, pasouse a outra moito máis progresiva que entra seriamente no control do nomeamento, co uso de técnicas e criterios que obrigan a desenvolver unha motivación detallada de aspectos que antes se cubrían co manto da discrecionalidade. É este asunto dos nomeamentos discrecionais do CXPX un exemplo elocuente do avance das técnicas xurídicas en orde ao control da Administración pública²⁶, e que teñen na motivación dos actos e acordos discrecionais unha canle que debe ser seguida noutros ámbitos administrativos.

²⁵ En diante, CXPX.

²⁶ O CXPX é, como di o artigo 122.2 da Constitución, "o órgano de goberno do mesmo", e estará "integrado polo presidente do Tribunal Supremo, que o presidirá, e por vinte membros nomeados polo rei por un período de cinco anos. Destes, doce entre xuíces e maxistrados de todas as categorías xudiciais, nos termos que estableza a lei orgánica; catro a proposta do Congreso dos Deputados e catro a proposta do Senado, elixidos en ambos casos por maioría de tres quintos dos seus membros, entre avogados e outros xuristas, todos eles de recoñecida competencia e con máis de quince anos de exercicio da súa profesión" (art. 122. 3, CE). Xa que logo, é evidente que non é un órgano inserido dentro do organigrama do poder executivo, nin, polo tanto, da Administración pública (arts. 97, e ss e 103 e ss CE), como reflicte, por outra banda, a súa propia localización sistemática dentro da Constitución española –que é no Título VI, relativo ao "Poder Xudicial", e non no Título IV, que é o que alude "Do Goberno e da Administración" (arts. 97-107)–. Con todo, é evidente que para o ordenamento xurídico é un órgano no cal se desenvolve actividade administrativa estritamente considerada. Dedúcese así do disposto no artigo 143.2 da Lei orgánica do poder xudicial (en diante, LOPX), e, por suposto, do establecido no artigo 1.3. b) da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, que di que coñecerán –os xulgados e tribunais da orde contencioso-administrativa–, as pretensións que se deduzan en relación cos "actos e disposicións do Consello Xeral do Poder Xudicial e a actividade administrativa dos órganos de goberno dos xulgados e tribunais, nos termos da Lei orgánica do poder xudicial"

2. DISCRECIONALIDADE ADMINISTRATIVA E MOTIVACIÓN: UNHA RELACIÓN CONFLITIVA PERO OBRIGADA

Pero antes de analizar estes pronunciamentos do Tribunal Supremo, coa extensión que esta evolución xurisprudencial merece, é preciso destacar a necesaria relación que ten que existir entre discrecionalidade administrativa e motivación no seo dun Estado de Dereito. A motivación dos actos e acordos administrativos discrecionais non estaba especificamente prevista no artigo 43 da Lei de procedemento administrativo do 17 de xullo de 1958²⁷, o cal foi criticado pola doutrina máis autorizada²⁸. Foi a Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, a que veu a incorporar esta elemental esixencia dos actos e acordos discrecionais (art. 54 1, f)²⁹, como consecuencia dunha cabal interpretación e aplicación da Constitución, e da necesidade de que non só a Administración actúe de acordo coa lei e co dereito (art. 103.1 CE), senón de que poida ser efectivamente controlada polos xuíces e tribunais (art. 106.1), para evitar, así mesmo, a arbitrariedade (art. 9.3, CE).

Desde unha perspectiva máis ampla, hai que ter en conta que hoxe o deber de motivar as decisións administrativas ten alcance europeo. A mesma *Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea* prevé no seu artigo 41, dentro do "dereito a unha boa Administración", a "*obligación que incumbe á Administración de motivar as súas decisións*". E o Tribunal de Xustiza da Comunidade declarou que non é suficiente con referir ou reproducir o texto dos artigos que se aplican, senón que debe sinalarse *a xustificación da medida adoptada pola*

²⁷ Este precepto limitábase a dicir:

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:
 - a) Los actos que limiten derechos subjetivos
 - b) Los que resuelvan recursos
 - c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos
 - d) Aquellos que deban serlo en virtud de disposiciones legales; y
 - e) Los acuerdos de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso.
2. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los actos enunciados en el artículo 40, apartado b), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²⁸ Así, por exemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 4.^a ed. 1983, pp.524 e 525.

²⁹ Véxase L. MARTÍN REBOLLO, "Capítulo VII Disposiciones administrativas y actos administrativos", no vol colectivo, dir por J. LEGUINA VILA e M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1.^a ed. 1993, p.164, quen afirma que a esixencia de motivar os actos discrecionais era "*una generalizada aspiración doctrinal, como medio de poder controlar el ejercicio de la potestad discrecional (...)*"

Comisión (STXCE do 24 de xaneiro de 1992, caso *La Cinq. S.A.*) para que o interesado poida defender os seus dereitos e comprobar se a medida é ou non fundada. Isto comporta que a necesidade de motivar non é unha mera formalidade, senón que conecta cunha cultura xurídica, asumida e asentada xa de forma clara, na que a Administración, ou, máis amplamente, os poderes públicos, deben dar conta e razón das súas medidas, comportamentos ou omisións. Neste contexto, a motivación é unha consecuencia lóxica da plasmación dun verdadeiro Estado de Dereito e dunha sociedade democrática avanzada, que require unha Administración que se suxeite ao dereito, e que así o probe na práctica, explicando debidamente o que dita.³⁰ E de feito, como refire COSCULLUELA, os supostos de motivación que ampara e esixe o ordenamento xurídico son tan amplos que "*prácticamente sólo los actos reglados favorables al interesado y no perjudiciales para tercero quedan exentos de motivación*"³¹.

A motivación é precisa, como destacou o Tribunal Supremo (STS do 15 de outubro de 1981, Ar. 3673), porque é a "*exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular que por omitirse las razones se verá privado, o al menos restringido, en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriera contra el acto*"; e se, en consecuencia, é necesaria nunha serie de actos e acordos para exteriorizar a razón ou causa do acto, e, paralelamente, para poder controlar os mesmos³², cobra unha

³⁰ A STS do 25 de xullo de 2006 declarou, entre outras cousas: "*La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante en nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (...), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE y que, también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad de la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones"; por iso, no caso que trata, esta STS di que se requiría xustificar a decisión que, no momento da aprobación provisional e definitiva, se aparta do criterio da aprobación inicial do plan.*

³¹ *Manual de Derecho Administrativo Parte General*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 21.^a ed. 2010, p. 330

³² Pode consultarse o estudo de M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, quen (pp. 223 e 224) argumenta que "*la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, junto con una decidida jurisprudencia del Tribunal Supremo en favor de la aplicación directa del principio de objetividad y del de interdicción de la arbitrariedad, llevan a nuestra*

especial relevancia cando eses actos son produto do exercicio da potestade discrecional. Neste extremo, fronte á crítica que noutros apartados a Lei 30/1992 merece, esta previsión esixe recoñecer o seu avance³³, pois reconduce a unha conclusión clara: se o acto ditado en exercicio dunha potestade discrecional non é motivado preséntase como caprichoso ou arbitrario, e, xa que logo, como potencialmente ilegal³⁴. A doutrina que se ocupou desta cuestión é moi clara sobre este punto. Así, T. R. FERNÁNDEZ sostén que a *“motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal”*³⁵. E a xurisprudencia nun ámbito no cal a discrecionalidade ten o seu campo abonado, como é o da planificación urbanística³⁶, destacou os medios e as formas de control desta discrecionalidade, e resaltou a transcendencia que ten, por exemplo, a memoria do Plan urbanístico para verificar o axuste a Dereito das decisións que, desde un punto de vista estritamente extraxurídico, adopta o planificador e que se explicitan no plan finalmente aprobado. A STS do 21 de xaneiro de 1997, por exemplo, declarou que esta memoria expresa a motivación do plan, é dicir, manifesta a *“ exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia, las determinaciones*

jurisprudencia a manejar la motivación, no como un puro requisito de forma, susceptible siempre de convalidación e irrelevante si no impide interponer los recursos oportunos, sino como un verdadero requisito de la actividad administrativa, cuando no pueda apreciar el criterio de la decisión”.

Hai que indicar, con todo, que a xurisprudencia matiza en función de que o acto administrativo sexa resolutorio ou de simple trámite; así a STS do 9 de marzo de 2006, nun suposto de requirimento de información da Comisión do Mercado das Telecomunicacións, declarou que tiña motivación suficiente. *“Es necesario –aseverou o Supremo –, tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo (...), con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse”*

³³ Véxase F. GARRIDO FALLA e J. M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, p.157. Destácase que é a máis importante novidade da lei en relación coa motivación.

³⁴ A. DORREGO DE CARLOS e C. GUTIÉRREZ VICÉN, “Capítulo 9. Disposiciones y actos administrativos (artículos 41, 45 y 46 y 51 a 61)”, no vol colectivo *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, coord por B. PENDÁS GARCÍA, Praxis, Barcelona, 1993, p. 442.

³⁵ *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 82.

³⁶ Debe advertirse que o artigo 3.1, do Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei do solo, establece que o exercicio *“da potestade de ordenación territorial e urbanística deberá ser motivado, con expresión dos intereses xerais a que serve”*. Unha novidade sen dúbida moi relevante (neste sentido, J. M. DÍAZ LEMA, *Nuevo Derecho del suelo. Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Bos Aires, 2008, pp. 18 e 19)

*del planeamiento*³⁷. A memoria, pois, serve para "evitar a arbitrariedade" (STS do 9 de xullo de 1991), e por conseguinte desenvólvese nun contexto no cal hai unha unión esencial entre motivación e discrecionalidade.

É evidente, xa que logo, que os actos discrecionais deben estar motivados, xa que iso permite comprobar cales son as razóns ou causas que impulsaron a Administración para adoptalos e asegura así un mellor control da discrecionalidade administrativa por parte dos particulares (STC 37/1982, do 16 de xuño). Ata aquí todo parece claro; o problema xorde ao tratar de determinar que se entende por motivación suficiente, pois unha vez establecido: a) *que hai unha relación inescindible entre exercicio da discrecionalidade e motivación dos actos e acordos administrativos*, e b) *que é preciso motivar, xa que logo, todos os actos e acordos aprobados en exercicio das potestades discrecionais, en aplicación do artigo 54.1, f) da Lei 30/1992*, o problemático é saber cal é o carácter, contido e alcance desta motivación; é dicir, se pode reputarse motivación calquera argumento ou fórmula de estilo que a Administración teña por conveniente consignar no acto ou acordo que dita, xa que o artigo 54.1 da Lei 30/1992 se limita a dispoñer que serán motivados "*con sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito*". O cal pode ser interpretado –e así se interpreta ás veces– como a expresión duns datos concisos ou xuízos de valor, sen soporte ningún no expediente, e que, en realidade, non indican nada, ou, pola contra, este requisito implica expresar unha xustificación minimamente consistente da decisión. Ao noso xuízo, a motivación que esixe o artigo 54.1 (que, polo demais, debe ser interpretado e aplicado de acordo cos art. 9.1 e 3, 24.1, 103.1 e 3, e 106, CE, entre outros) é unha motivación real ou material³⁸, e non simplemente formal. Unha motivación que non ten que ser por forza extensa ou minuciosa³⁹, *pero sí*

³⁷ Véxase, sobre este particular, o libro de J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp. 44 e ss.

³⁸ Nesta dirección, véxanse M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp. 31 e ss, e M. ATIENZA, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pp. 18 e ss, quen subliña que "*motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla*", pois un acto arbitrario "*no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación*". Pero é que a Administración en moitísimas ocasións nin sequera chega á explicación máis elemental, xa non digamos á xustificación, que parece xa unha sutileza versallesca para moitos administradores afeitos a decidir sen explicar, e que, mesmo, ven "xustificar" a resolución como unha especie de renuncia inaceptable ante o particular. Con estes costumes administrativos é cos que hai que acabar, impondo unha motivación seria e consistente, é dicir, unha motivación material.

³⁹ Permittiuse, mesmo, a remisión a informes que puideron realizar outros órganos, que son asumidos polo órgano que dita o acto final, pero iso sempre que o informe teña unha motivación suficiente (SSTS do 30 de xuño de 1986 e 4 de novembro de 1988). E o artigo 89. 5 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, di textualmente que "*A aceptación de informes ou ditames servirá de motivación á*

precisa, suficiente (STS do 9 de xuño de 1986) e *coherente co actuado no expediente*⁴⁰. Xa que logo, non abonda con que se “cubran” de calquera xeito os fundamentos que preceden á decisión, senón que “entre ésta y la apoyatura fáctica y normativa que le precede deba existir congruencia. Porque una resolución administrativa, al igual que una sentencia, es un conjunto coherente y solidario”⁴¹. A eficacia ou a rapidez –ou a economía procesual, escusa que esgri-

resolución cando se incorporen ao texto da mesma”. Con todo, isto non sempre foi así na propia xurisprudencia do Tribunal Supremo. Por exemplo, unha significativa STS do 5 de xullo de 1996, ditada nun recurso de casación en interese de lei, relativo ao recoñecemento dos tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade (coñecidos coloquialmente como sexenios), declarou algo tan curioso como que as “*decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la actividad investigadora están suficientemente motivadas aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación*”. O cal significa que se acepta un informe que contén só un número (5, 6, 7, etc), e isto, segundo o Tribunal Supremo, é “motivación”, cando é patente que nese informe non hai unha motivación “suficiente”, como destacou SALAVERRÍA, que entende que o Alto Tribunal opta por considerar motivación suficiente o que non é “*nin sequera motivación*” (“Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teórico-generales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, p. 141)

⁴⁰ *Precisa* pois non se poden considerar motivación afirmacións abstractas ou xenéricas que serven para todo (Cfr., por exemplo, M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp 190 e 191, onde refire a xurisprudencia que esixe precisión nas normas e os feitos); *suficiente*, (STS do 22 de xuño de 1995), xa que deben consignarse os feitos e os fundamentos de dereito, pero iso non quere dicir que coa simple transcripción dun precepto, ou coa sucinta consignación dun dato ou feito, sen integralo nunha explicación convincente, queda satisfeita esta esixencia. A motivación suficiente esixe que haxa un discurso -aínda que sexa esquemático, pero o suficientemente elocuente -, que permita coñecer a secuencia lóxica entre os feitos que se teñen en conta e o Dereito que se aplica, articulando unha conexión plausible de acordo coas regras e técnicas do Dereito e do sentido común; e *coherente*, porque debe haber unha conexión lóxica entre o que se solicita e se ten en conta no expediente e o que se decide; non invocando cuestións que non se suscitan, nin tendo en conta feitos que non proceden para estimar ou denegar o que solicita o interesado. Ou, pola contra, non tendo en conta o substancial, e sobrevalorando os aspectos periféricos ou irrelevantes do que se suscita (véxase, por exemplo, A. HUERGO LORA, “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, p.92, que alude ao carácter incorrecto da motivación que non consigna os verdadeiros motivos do acto, senón outros erróneos). A coherencia ten moito que ver coa lóxica, pero tamén coa seriedade e a seguridade no actuar administrativo (Cfr., por exemplo, J. M.³ BOQUERA OLIVER, voz “Motivación del acto administrativo”, na *Enciclopedia Jurídica Básica III*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1995, pp. 4343 e 4344, quen cita unha STS do 21 de marzo de 1968, Sala 4.^a, que recalca a “*necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada*”) Estes tres requisitos, que consideramos esenciais para poder falar en serio dunha motivación material, sencillamente ás veces non se aplican pola Administración, e, o que é aínda máis grave, polos propios tribunais. O exemplo da STS, xa citada, do 5 de xullo de 1996, ou, mesmo, da STC 17/2009, do 26 de xaneiro, son ilustrativos desta materia. En concreto, é grave que a STC 17/2009 se apoie na STS do 5 de xullo de 1996, cando xa se sabe que é unha STS moi pouco eloxiable.

⁴¹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, no volume colectivo, elaborado xunto con J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1997, p.1502. Este autor, ademais, subliña que dada a unidade de esencia que existe entre “*proceso judicial y el llamado procedimiento*

me, por exemplo, o voto particular que formulan algúns maxistrados do Tribunal Supremo á, por outra banda, correcta STS do 29 de maio de 2006⁴²– non poden invocarse en detrimento dos dereitos e intereses dos cidadáns, e, por conseguinte, o carácter “sucinto” non pode servir de apoio a escusas para non exteriorizar verdadeiramente os fundamentos que se han ter en conta para adoptar o acto ou acordo pola Administración. A doutrina do Tribunal Supremo dos últimos anos móstrase partidaria desta esixencia, isto é, dunha motivación verdadeira, e non dun simulacro de motivación con referencias sucintas ou abstractas que serven para todo, e que non xustifican –e nin sequera explican–, nada. A STS do 22 de xuño de 1995(Sala 3.^a, Sección 3.^a), declarou que *“La motivación de los actos administrativos, es decir, los motivos de hecho y de derecho del acto, han de ser sucintos, pero suficientes, de suerte que explicitan la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa”*; e a máis recente STS do 19 de xullo de 2010 declara expresamente, nun asunto relativo ao control da motivación do xuízo técnico dos tribunais de oposicións, que *“al recurrente no se le ha ofrecido una motivación sobre la no valoración de los mé-*

administrativo, es perfectamente aplicable a éste la doctrina que sobre motivación de las sentencias judiciales ha recogido el Tribunal Constitucional en alguna sentencia”, como, por exemplo, a STC do 13 de maio de 1987 (M. M. FERNANDO PABLO *La motivación del acto administrativo*, cit., pp. 31 e ss analizou a proximidade da motivación do acto administrativo e da sentenza, así como as diferenzas entre Poder Executivo e Poder Xudicial para estes efectos. É obvio que hai que remitirse a este estudo, pois nun traballo desta natureza non se pode entrar).

Respecto da coherencia que debe ter a resolución xudicial, debe recordarse que as SSTC 214/1999, do 29 de novembro, e 64/2010, do 18 de outubro, declaran que o dereito *“derecho a obtener una resolución judicial motivada(...)* Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia” (STC 64/2010, do 18 de outubro, FJ. 3, con cita doutras SSTC). A STC 214/1999, do 29 de novembro (FJ.4), ademais, subliñou que *“es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”* (Véxase, así mesmo, SSTC 96/2006, do 27 de marzo FJ. 6, e 105/2009, do 4 de maio, FJ.2)

⁴² Sentenza que resolveu a impugnación do Real decreto 1826/2004, do 30 de xullo, polo que se nomeou presidente da Sala do Penal da Audiencia Nacional, e que supón un cambio moi relevante e positivo da doutrina do Alto Tribunal sobre a motivación dos nomeamentos xudiciais, como se analizará máis adiante.

ritos; y no puede calificarse de tal lo que se hace constar en la Hoja de baremación y en el Informe obrantes en las actuaciones, pues lo único que incluyen son expresiones abstractas y estereotipadas"⁴³; e con respecto á memoria dos Plans urbanísticos –asunto que non nos interesa neste artigo– xa hai uns pronunciamientos xurisprudenciais máis ou menos desenvolvidos que delimitan o contido e alcance da memoria. Non é así noutros ámbitos nos cales a discrecionalidade impera con forza, e sempre existe o perigo de que a motivación se tente cumprir con expresións vagas, con fórmulas estereotipadas que serven para liquidar moitos casos, pero que, en realidade, nada din do substancial no caso concreto. Un bo exemplo do que se afirma é a criticable STS do 9 de decembro de 2002, nun recurso interposto contra un acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, en virtude do cal se facía un nomeamento de Secretario do Servizo de Inspección do Consello, no que se esgrimía pola recorrente ter maiores méritos que o finalmente seleccionado e a falta de motivación. Pois ben, o Tribunal Supremo, sen o menor rubor, declarou: "*La no exigencia del requisito de motivación, entendido en el sentido de comparar los méritos de los distintos concursantes, justificando la superioridad de los apreciados en el nombrado, en supuestos equivalentes al enjuiciado, ha sido ya establecida por la jurisprudencia de la Sala (...). Sin necesidad de reiterar íntegramente los argumentos expuestos en dichas resoluciones (...), sí diremos, con referencia a la sentencia de 30 de noviembre de 1999, en lo que resulta aplicable, que ni en los preceptos que regulan la materia, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración de de calificación de los méritos invocados por los solicitantes, al modo de lo que en general se contiene en otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre apreciación de los méritos correspondientes sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el CGPJ puede valorar libremente, sin estar sometido al requisito formal de la motivación, y, por otra parte, que como aquella competencia abarca y comprende también tal*

⁴³ Tamén a STS do 14 de abril de 2009, nun procedemento para o acceso á carreira xudicial pola categoría de magistrado, entre xuristas de recoñecida competencia con máis de dez anos de exercicio profesional, declarou que a motivación "*requiere explicar suficientemente cuales son las concretas razones de mérito y capacidad que determinan la elección de los aspirantes o participantes que resulten finalmente nombrados en dichos procedimientos*". Esta STS asume a doutrina das SSTS do 29 de maio e do 27 de novembro de 2006 e do 27 de novembro de 2007, que despois se analizarán, e resalta que "*dicha exigencia está directamente conectada con el mandato de interdicción de la arbitrariedad y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 9.3 y 24 CE), pues va dirigida a hacer posible el control jurisdiccional sobre la certeza y validez de las razones que hayan llevado al Tribunal Calificador a su declaración contraria a la inaptitud del aspirante y, fundamentalmente, sobre si esa decisión se ajustó a esos parámetros de mérito y capacidad y no fue un mero ejercicio de voluntarismo*"

apreciación de confianza, ésta no podrá ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de motivación. Desde otro punto de vista, la citada sentencia de 30 de noviembre de 1999 pone de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad (en este supuesto de la libre apreciación de los méritos) corresponde a un órgano colegiado (el Pleno del CGPJ) y que es dicho órgano el que verifica el nombramiento, como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votación, que refleja su criterio, sin que sea necesaria una motivación expresa y pormenorizada de su opinión por parte de cada uno de los Vocales del Consejo. En suma, nos encontramos en un supuesto en que la calificación de los méritos de los que concurren al concurso se encomienda a la libre y discrecional apreciación del órgano colegiado que debe resolver dicho concurso, configurando el cargo en cuestión como un cargo de confianza, que se basa en la exigencia de un motivo de esta naturaleza (...)". Xa que logo, desta curiosa tese dedúcese que o que prima é a "confianza", pois os méritos –se son maiores ou menores, dunha clase ou de outra– son apreciados libremente por ese órgano colexiado que integra a súa vontade a través dun sistema de votos, que non deben motivarse. O que empeza como "un concurso de méritos", interprétao o Tribunal Supremo nesta sentenza como unha operación aberta para trocar, e, polo tanto, transformar nunha elección por motivos de confianza. A pregunta que xorde de inmediato é a seguinte: para que falar, daquela, dun concurso de méritos, se ao final estes, que, en boa lóxica, deben ser obxectivos, non son estimados con neutralidade e rigor, e o que se impón é algo tan indeterminado e volátil como a confianza que pode inspirar o candidato? É máis, é serio invocar o carácter colexiado dun órgano para, pura e simplemente, exonerar do deber de motivar os seus acordos? Ou é que o artigo 54 da Lei 30/1992 non se aplica aos órganos colexiados?⁴⁴. As crebas técnicas desta STS⁴⁵ son de vulto, e impropias dun Alto Tribunal. En simi-

⁴⁴ É sabido que a esixencia de motivación, prevista no artigo 54.1, f) da Lei 30/1992, se aplica tanto aos actos administrativos ditados polos órganos unipersoais como aos acordos adoptados polos órganos colexiados, pois o referido precepto non fai distinción de órganos (neste sentido, véxase E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados :organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp.228 e ss.)

⁴⁵ Esta STS do 9 de decembro de 2002 é criticable por varias razóns. Primeiro, porque parte do dogma de someterse ás bases da convocatoria, e, dalgún xeito, recrimina ao recorrente non impugnar as mesmas en tempo e forma; a segunda porque argumenta un motivo de confianza nun concurso de méritos, cando o relevante neste é a apreciación obxectiva dos méritos; e, terceiro, porque é improcedente invocar a confianza, que, ademais, se pode interpretar de múltiples formas. Por se todo iso fose pouco, tenta aplicar de forma voluntarista e incorrecta a, polo demais criticable –como veremos– STS do 30 de novembro de 1999 a un concurso de méritos, cando esta STS se refería ao nomeamento discrecional dun presidente de Audiencia Provincial. O resultado que se persegue é non cumprir co deber de motivar, utilizando unhas bases conceptuais inadecuadas para iso.

lares terreos desenvólvense as SSTS do 12 de febreiro e do 19 de febreiro de 2008, que declaran que as normas da convocatoria " *no exigen una motivación de la decisión del Tribunal diferente a la de una determinada puntuación dentro de la escala contemplada por tal regulación*", ou a xa citada STS do 5 de xullo de 1996, ditada nun recurso de casación en interese de lei, relativo ao recoñecemento dos tramos de investigación pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora (coñecidos coloquialmente por "sexenios"⁴⁶).

⁴⁶ Regulados polo Real decreto 1086/1989, do 28 de agosto, sobre retribucións ao profesorado universitario, modificado en varias ocasións, e pola Orde ministerial, do 2 de decembro de 1994 (despois ditáronse distintas resolucións, como a Resolución do 18 de novembro de 2009 da Presidencia da Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora, pola que se actualizan os criterios específicos en cada un dos campos de avaliación), e que ten unha importancia moito maior que a simplemente económica, pois a evolución normativa posterior definiu unha situación na cal se teñen en conta como indicador cualificado da calidade, para ser nomeado, por exemplo, profesor emérito, para pertencer a comités e tribunais académicos, ou formar parte dos criterios aplicados no reparto dos orzamentos destinados á investigación, e ata para reducir as obrigas docentes (cfr. Regulamento de Planificación académica da Universidade das Palmas de Gran Canaria, do 2 de xullo de 2010). Obsérvese como o Real decreto 1312/2007, do 5 de outubro, polo que se establece a acreditación nacional para o acceso aos corpos docentes universitarios ("BOE" núm 240, do 6 de outubro de 2007), establece no seu artigo 6, entre os criterios para a designación dos membros das comisións que valoran as solicitudes de acreditación como catedráticos de universidade e profesores titulares de universidade, a de xustificar "la posesión de tres períodos de actividad investigadora reconocidos de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1086/1989 (...) y de dos de dichos períodos", para pertencer a estas comisións e acreditar a catedráticos (tres tramos) ou titulares de universidade (neste caso esíxense dous tramos). Pero é que ese mesmo Real decreto 1312/2007, no seu anexo, dá unha importancia capital á posesión dos sexenios, pois di que "la aportación de un período de actividad investigadora reconocido de acuerdo con las previsiones el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, de retribuciones del profesorado universitario, tendrá una valoración de 15 puntos", dentro dun baremo que concreta en 55 como máximo para a actividade investigadora. Isto proba a transcendencia que se lles dá aos famosos sexenios. E a literatura que se ocupa da universidade xa empeza a enfatizar o seu relevo A. OLLERO (*Qué hemos hecho con la Universidad. Cinco lustros de política educativa*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 1.^a ed. 2007, pp. 386-389) destaca que os chamados "gallifantes" parece que se converteron na principal preocupación de boa parte do profesorado universitario, e que, en xeral, foron positivos para incentivar o colectivo. Por iso, é claro que a resolución destes expedientes debe asegurar a adecuada tutela dos dereitos e intereses dos solicitantes, algo que non sempre se consegue. O mesmo OLLERO, que ten unha concepción moi positiva dos sexenios, fala de erradicar "la clandestinidad imperante (...) bajo la que no es difícil detectar frutos de arbitrariedad en algunos déspotas ilustrados". E outro analista habitual das cuestións universitarias, Andrés DE LA OLIVA ("Corporativismo, Derecho y Universidad", *ABC*, do 29 de novembro de 1998, p. 56), refire en defensa dos universitarios, o seguinte: "(...) si fueran la mitad de la mitad de corporativistas de lo que se dice, no cobrarían los catedráticos lo que cobran, no tendrían las incompatibilidades que tienen (...) y no serían los únicos servidores públicos cuyo trabajo investigador es sometido a evaluación, a efectos retributivos, por un tribunal inquisitorial de ignotos personajes –como si fueran encapuchados–, que ni siquiera dicta resoluciones motivadas. La Universidad no anda bien (...)". De xeito que o que inicialmente nace coa intención de establecer un réxime retributivo especial aplicable ao profesorado universitario derivou cara a outros fins.

Nunha situación como esta, a doutrina da STS do 5 de xullo de 1996, é criticable, pois sinxelamente outórgalle unha capacidade de decisión á Comisión Nacional Avaliadora, sen que teña que motivar nada en absoluto cando, como quedou demostrado, estes sexenios son algo máis que, polo demais, unha escasa cantidade de diñeiro mensual. Son un criterio cualificado de calidade, que o lexislador

Neste contexto é onde é necesario analizar o cambio que experimentou a doutrina do Tribunal Supremo sobre os nomeamentos discrecionais do Consello Xeral do Poder Xudicial. Dun lado, unha arraigada tendencia a esgrimir argumentos pouco consistentes para non motivar. Doutro, a esixencia de enfocar esta importante cuestión de acordo coas esixencias constitucionais dun verdadeiro Estado de Dereito. Vexamos, pois, como se produciu esta evolución.

3. A NON ESIXENCIA DE MOTIVACIÓN POR EXISTIR RAZÓNS DE CONFIANZA E POR SER COLEXIADO O ÓRGANO QUE ADOPTA O ACORDO: STS DO 30 DE NOVEMBRO DE 1999

O Tribunal Supremo en varias sentenzas ditadas despois da Constitución, e da mesma Lei 30/1992, do 26 de novembro, mantivo unha tese en virtude da cal non era precisa a motivación de nomeamentos discrecionais. Exemplo moi significativo desta tese é a STS do 30 de novembro de 1999 –recurso núm. 449/1997, no que se impugnaba o acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial do 9 de abril de 1997, Real decreto 605/97, de 18 de abril, polo que se nomeaba presidente da Audiencia Provincial de Pontevedra–. Esta sentenza partía da premisa de que a designación deste órgano ofrecía “peculiaridades e singularidades en orde á motivación”, que merecen un tratamento particularizado; e así dicía no Fundamento de Dereito quinto:

“En definitiva, de los arts. 127. 3 y 337 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, con claridad se desprende que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ostenta competencia para formular propuestas de nombramiento de los Presidentes de las Audiencias Provinciales cumpliendo las exigencias legales requeridas que aquí concurrían en todos los Magistrados a que se refiere la Asociación recurrente, pero ni en los mencionados preceptos, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración o de calificación de los méritos que, en su caso, invoquen o acrediten los solicitantes al modo de lo que, en general, se establece en relación a otros procedimientos selectivos, por lo que,

e a práctica académica realizaron. Como se pode permitir esta anomalía nun Estado de Dereito? Ante unha actitude deste carácter, hai autores que chegan a descualificar o sistema de sexenios, como L. PENA (“A vueltas con los sexenios y la evaluación del personal investigador”, *Boletín de la Asociación del Personal Investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, 1996), que chega a acentualo de inxusto e inservible (Pode, así mesmo, consultarse o artigo de I. M.³ DE LOS MOZOS TOUYA, “A propósito del régimen retributivo de catedráticos y profesores titulares de universidad y de escuela universitaria: algunas evidencias y algunas dudas en el marco de la reforma legislativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 2002)

obviamente, resulta, por un lado, que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el Órgano de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona, y, por otra parte, que, como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de la motivación (sentencias de esta Sala de 10 de enero y 11 de enero de 1997), innecesaria, por tanto, en tal supuesto, y, por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad, presupuesta la indiscutible constitucionalidad de los preceptos de referencia por corresponder al Consejo General del Poder Judicial las atribuciones que, en materia de nombramientos, entre otras, señala el art. 122.2 de la Constitución, como Órgano de Gobierno de aquél".

E no Fundamento de Dereito sexto destaca o outro argumento para eludir a motivación, e argúe:

"Desde otro punto de vista ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad, con las peculiaridades expuestas, corresponde aquí a un Órgano Colegiado, no a una persona singular, y que es dicho Órgano el que emite una propuesta de nombramiento como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votaciones que reflejan un criterio mayoritario, en los términos exigidos, salvo supuestos tal vez no frecuentes de unanimidad, sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes, y que, en definitiva, tampoco serviría a efectos de una revisión jurisdiccional, razón de ser, como se indicó, de la motivación, so pena de poder convertir a esta Sala en órgano con competencias para formular propuestas con apoyo en cuál fuera la motivación más "razonable" y con las posibilidades inherentes de realizar nuevas votaciones por parte de los componentes de la Sala, en contra de las funciones esencialmente revisoras que le incumben con límites claramente trazados, lo que impide que la denunciada ausencia de motivación determine las consecuencias anulatorias pretendidas, como se explicó con similares argumentos en la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1997, aunque también cabe invocar que en los acuerdos discrecionales de las características del impugnado, la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél".

Xa que logo, sinálase polo Alto Tribunal, en primeiro lugar, que o nomeamento faise por motivos de confianza; en segundo termo, que ao provir dun

órgano colexiado que forma a súa vontade a través dun sistema de votacións, non é posible a motivación. Ademais, argúe que non é necesaria esa motivación nin serviría para controlar xurisdiccionalmente a decisión, pois a xurisdición é "revisora", e, para rematar, afirma de forma sorprendente que nun nomeamento como o que se impugna "a simple expresión do exercicio da facultade discrecional é o verdadeiro fundamento ou motivación daquel". A construción que fai esta STS do asunto é, de entrada, superficial, parte dunhas premisas equivocadas ou, canto menos, discutibles –o caso de invocar que a xurisdición contencioso-administrativa é revisora é un exemplo– e aboca a unha conclusión incompatible cun Estado de Dereito: que os nomeamentos nada menos de presidentes das Audiencias Provinciais son derivados da "confianza" que deposita neles o Consello Xeral do Poder Xudicial, coma se fosen cargos políticos de confianza. Pero isto sinxelamente non é así

Primeiro, é superficial porque só utiliza conceptos que non teñen unha directa conexión co caso que se discute (SOSA WAGNER fala de razoamento "*tan de brocha gorda*"⁴⁷), sen profundar verdadeiramente no núcleo do asunto que se debate; a que vén invocar a confianza cando estes relevantes postos son desempeñados por profesionais aos cales se lles esixe acreditar méritos?⁴⁸; como é posible asimilar "discrecionalidade técnica" con libre "designación", cando é patente que tecnicamente son cousas ben distintas?⁴⁹; para que se lles esixe aos solicitantes desas prazas que acheguen os seus méritos se ao final estes carecen de relevancia, pois só a "confianza" que poden inspirar ao Consello é determinante?. Todo isto é sen dúbida moi contraditorio e demasiado lineal, pois non se abordou coa profundidade de perspectiva que o caso merecía desde a óptica constitucional (art. 9.1 e 3, 14, 23, 24, 103 106 e 122, CE.) invocando de aquí e de alá categorías que non tiñan unha directa aplicación ao caso, como a suposta confianza ou a discrecionalidade técnica. O certo é que os candidatos deben aportar méritos, e estes deben servir para algo. Como destacou BACIGALUPO, que criticou con crueza esta STS, "*parece obvio que para determinar si en la selección de los candidatos se han marginado o no los méritos de éstos habrá que conocer qué méritos tomó en consideración el*

⁴⁷ Véxase a nota seguinte

⁴⁸ Véxase, sobre este extremo, M. BACIGALUPO SAGGESE, "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?, cit., p.413. Pola súa banda, F. SOSA WAGNER nun artigo publicado no xornal *El Mundo*, o 17 de decembro de 2007, titulado "*Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial*", afirmaba que esta forma de razoar era "*de brocha gorda*"

⁴⁹ M. BACIGALUPO SAGGESE, cit., p. 413

órgano selectivo y cómo los valoró en relación con cada uno de los aspirantes. Es éste, precisamente –prosegue este autor–, el contenido necesario de la motivación exigible en los nombramientos –administrativos o judiciales (distinto es el caso de los nombramientos políticos– de carácter discrecional (en los que la discrecionalidad, insisto, no radica en poder elegir entre fundar el nombramiento en una valoración de los méritos de los aspirantes o fundarlo sólo en motivos de confianza que ni siquiera resulta necesario exteriorizar, sino tan sólo en el carácter no reglado de aquella valoración, de la que, no obstante ello, en modo alguno cabe prescindir)⁵⁰.

Polo demais, é claro que os cargos xudiciais, pola relevancia constitucional que teñen, e pola transcendencia da súa actuación para o Estado de Dereito, non poden nomearse sobre a base de algo tan volátil e inseguro como a confianza⁵¹, pois hai unha garantía constitucional de independencia e sometemento exclusivo á lei e ao dereito dos xuíces e maxistrados (art. 117.1, CE), polo que se parte dunha premisa equivocada cando se entende que estes nomeamentos se basean na confianza.

Pero é que, ademais, non é correcto entender que, polo feito de que sexa un órgano colexiado o que adopta o acordo de nomeamento, iso implica a non existencia de motivación, ou de que esta sexa imposible, xa que ese acordo é produto dun sistema de votacións. Sinxelamente non se pode compartir esta tese se se ten en conta o que dispón o artigo 54. 1, f) da Lei 30/1992, que esixe a motivación dos actos e acordos administrativos cando se diten no exercicio das potestades discrecionais, sen que distinga entre actos de órganos unipersoais e acordos de órganos colexiados. Imponse a motivación a todos⁵², e, por conseguinte, non se pode aceptar como válido tecnicamente o sinalado polo Tribunal Supremo para exonerar do deber de motivar, mesmo cando ese órgano colexiado sexa o Consello Xeral do Poder Xudicial, e os nomeamentos sexan, como é o caso que se discutía, discrecionais.

A discrecionalidade dun nomeamento como o que se ventilaba non é, pois, igual a libre designación, nin permite apoialo en motivos de confianza. Polo demais, a colexialidade non permite que se poida prescindir da motivación. Os

⁵⁰ Cit., p. 415.

⁵¹ Ademais, que tipo de confianza?, persoal ou política?; e segundo que criterios se pode ter ou non ter confianza nun determinado suxeito? É obvio que na vida diaria por intuición ou por experiencia podemos saber quen nos inspira confianza ou non. Pero tamén é claro que isto é moi subxectivo, e, en todo caso, moi inseguro. Non é, xa que logo, de recibo apoiar nada menos que un nomeamento deste tipo nunha premisa así.

⁵² Véxase, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados...*, ob cit., pp. 228 e ss.

fallos de orde técnica que tiña esta STS eran, pois, moi claros, e por iso o mesmo Tribunal Supremo rectificou esta doutrina en sentenzas posteriores.

4. UN CAMBIO RADICAL SOBRE A MOTIVACIÓN DOS ACORDOS DISCRECIONAIS: A STS DO 29 DE MAIO DE 2006

As insuficiencias desta tese foron recoñecidas polo Alto Tribunal nunha sentenza moi significativa, así mesmo, porque versaba sobre a impugnación do Real decreto 1826/2004, do 30 de xullo, polo que se nomeou presidente da Sala do Penal da Audiencia Nacional a D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. Esta STS do 29 de maio de 2006 (recurso núm. 309/2004), ten unha perspectiva máis adecuada ao esixido pola Constitución, e profunda cun notable grao de calidade no asunto que resolve. Así, fronte á alegación do recorrente segundo a cal a praza de presidente de Sala da Audiencia Nacional non está excluída do sistema de concurso, o Alto Tribunal, partindo do disposto nos artigos 326 e 333 da Lei orgánica do poder xudicial, na súa redacción dada pola Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, declara: "*Una interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir que la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional presenta un perfil mixto, en cuanto que su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad*".

"Ciertamente –prosegue o Tribunal Supremo–, el aspirante debe reunir los años de servicios requeridos por el artículo 333, tanto en la categoría de Magistrado como en el ejercicio de la función jurisdiccional en el Orden correspondiente. Ambos elementos son reglados y su concurrencia puede constatarse de forma objetiva. Ahora bien, la designación del adjudicatario de la plaza, entre los candidatos que reúnan esos requisitos objetivos, es fruto de una valoración integral o global del candidato (de sus aptitudes personales, su formación jurídica y su experiencia profesional) no reconducible a criterios previamente baremados, en cuya apreciación no puede negarse al órgano de selección un amplio margen de libertad de apreciación". Polo tanto, di que resulta lóxica esta caracterización mixta do sistema de cobertura, xa que o posto "*conllea no sólo la intensa labor técnico-jurídica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en ese puesto, sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes personales que trascienden de los puros*

conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo, como pudieran ser la empatía personal o la afinidad política". Por iso conclúe que o destino non se pode configurar como un posto de libre designación no sentido con que habitualmente se utiliza esta expresión no ámbito da función pública nin é un posto que se cubra por concurso⁵³, xa que unha vez logrado o cargo non pode ser libremente cesado ou removido, como acontece na libre designación. Só cesa do seu cargo por casos estritamente taxados, pero tampouco é un sistema de concurso porque –di o Supremo–, “la valoración última de la idoneidad de los aspirantes es irreductible a un baremo preestablecido” (Fundamento de Derecho 3.º).

Con isto xa se dá un paso importante: non se pode afirmar, como o facía a STS do 30 de novembro de 1999, que é un cargo cuberto polo sistema de libre designación por motivos de confianza, senón que é preciso ponderar uns méritos, que, nuns casos, son reconducibles a un baremo, polo seu carácter obxectivo, e noutros, non, xa que do que se trata é de ter presente aptitudes persoais, relativas á función directiva, coordinación de medios humanos e materiais, etc, que non poden ser reconducidas a estritos termos de baremo. Este matiz é sen dúbida interesante e certo, pois é sabido que se pode ser un pozo de sabedoría, isto é, acreditar uns sólidos coñecementos técnicos, ideais

⁵³ O concurso e a libre designación son dúas das formas de provisión dos postos de traballo no ámbito da función pública, e diferéncianse claramente, pois o concurso é o procedemento “normal de provisión de postos de traballo”, e consistirá na “valoración dos méritos e capacidades e, no seu caso, aptitudes dos candidatos por órganos colexiados de carácter técnico” (art. 79.1 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público); mentres que a libre designación “consiste na apreciación discrecional polo órgano competente da idoneidade dos candidatos en relación cos requisitos esixidos para o desempeño do posto de traballo” (art. 80.1 da citada Lei 7/2007). E unha vez que se obtén o posto de traballo por estes métodos, se no caso do concurso o candidato só poderá ser desprazado do posto nos casos de supresión do posto de traballo mediante modificación da correspondente Relación de Postos de Traballo e de imposición da sanción disciplinaria de suspensión por prazo superior a seis meses, e, xa que logo, cando a sanción é a separación de servizos (arts. 79.3 e 90.1, da Lei 7/2007), en cambio, na libre designación “poderán ser cesados discrecionalmente” (art. 80.4 da Lei 7/2007). Por conseguinte, as diferenzas son claras. No concurso rexe a valoración imparcial e obxectiva dos méritos e aptitudes (art. 79.1, Lei 7/2007). Na libre designación o que prima é a confianza; mesmo a “empatía” co responsable político. Así o sinala, por exemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed. 2009, p. 672). “Existen numerosos puestos que por la responsabilidad de sus tareas o por su proximidad a los responsables políticos, exigen una forma de cobertura que asegure la plena confianza entre éstos y el designado, así como la empatía entre ambos”. Nestes casos a decisión para cubrir o posto é “absolutamente libre”, xustamente, “porque la existencia de una corriente de confianza no puede objetivarse de modo alguno” (cit., p. 672). É obvio que isto non se pode aplicar aos postos e cargos xudiciais que estamos analizando.

para a estrita función xurisdiccional, e, en cambio, carecer de facultades para coordinar medios persoais e materiais⁵⁴. Non ter, pois, aptitudes relativas á xestión práctica dun órgano xurisdiccional, que require outro tipo de facultades que transcenden os estritos coñecementos técnicos. O problema que se suscita é o de saber como verificar de forma seria e obxectiva estoutras aptitudes, pois o que tampouco pode servir este matiz é para apoiar decisións baseadas en criterios políticos ou en preferencias subxectivas e arbitrarias, en fin, no que se coñece coloquialmente como "cambio de cromos". Xa que como esta STS indica, así mesmo, cando o artigo 122.1 CE establece que a "*ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único*", *está recogiendo todas las notas rectoras de un sistema de carrera, entendido como un "cursus honorum" en el que se desarrolla una progresión profesional vertebrada en torno a tres conceptos: el estatuto, el*

⁵⁴ Fóra do ámbito da Administración de Xustiza, pódese observar que a determinación legal de conferir a xestión de medios económicos, materiais e persoais é en moitos casos claramente perfectible, porque unha cousa son os coñecementos científicos e técnicos e outra ben distinta é a capacidade directiva e de xestión. Na Universidade, por exemplo, con independencia dos erros que cometeu a Lei orgánica 11/1983, do 25 de agosto, de reforma universitaria, ao establecer unha xestión asemblearia deficiente (diso ocupeime, por exemplo, en M. J. SARMIENTO ACOSTA, "La reforma de la organización universitaria", en AA. VV, *Panorama Jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 1385-1402; e en *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 6, 2001, e, no máis recente, "Reflexiones preliminares sobre la organización universitaria establecida por la Ley Orgánica de Universidades", *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2003, pp. 239 e ss, que foron só en parte corrixidos pola Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de universidades), é observable unha certa falta de profesionalidade en determinados cargos ou postos nos que tería que tomarse máis en serio a capacidade de xestión. Moitos deses cargos son cubertos por unha elección, ou, no seu caso, unha designación, todo o democrática que se queira, pero que non aseguran a capacidade da persoa que gaña a elección — ou que obtén o beneficio da designación —, sobre todo cando esta está condicionada por pactos e acordos máis ou menos explícitos entre os membros dos diferentes estamentos. É máis, hai, mesmo, quen dubida da capacidade de xestión do profesor universitario (así, por exemplo, A. M. GARCÍA CUADRADO, "Sobre la función docente y el gobierno de las Universidades", *Actualidad Administrativa*, núm. 48, 1994, p. 605, que chega a afirmar que "*o intelectual é normalmente un mal gobernante*"). Ao noso xuízo, esta afirmación, con carácter xeral, é esaxerada, pois hai exemplos de profesores universitarios que son excelentes xestores; agora ben, destaca un problema que non foi tratado coa seriedade e profundidade que merece, pois a universidade é un servizo público que debe ser xestionado con criterios profesionais, e non por afeccionados con boa vontade que, en moitos casos, ademais, están presos de pactos ou acordos que non axudan a tomar as decisións adecuadas para a correcta xestión de tal servizo. Poderíase dicir que, se unha gran corporación industrial ou unha empresa de certo renome funcionase así, é dicir, sen criterios de xestión profesional, tería asegurado probablemente un fracaso rotundo, coas consecuencias implacables que as leis do mercado impoñen. Pero cando se tira con "*pólvora do Rei*", parece que os criterios son diferentes. E con isto, por suposto, non se quere confundir o que é un servizo público de ensino superior cunha empresa privada. Só se destaca un problema de notoria gravidade.

*Cuerpo y la carrera*⁵⁵. *Progresión o promoción profesional que está igualmente vinculada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales.* Recalca esta STS que esa carreira xudicial ten caracteres propios, que derivan do sometemento aos principios de independencia, inamovibilidade e sometemento único ao imperio da lei (art. 117.1 CE). *"Principios que suponen e implican consecuencias relevantes en la definición del estatuto de los jueces y magistrados, toda vez que al marcar un salto cualitativo respecto del genérico deber de imparcialidad de los funcionarios públicos a que se refiere el art. 103 CE, imponen una regulación estatutaria esencialmente diferenciada (...)".*

Xa que logo, dise: a) que o sistema de nomeamento é mixto, pois nin é un concurso nin unha libre designación, b) que hai un réxime baseado no estatuto, o corpo e a carreira, e que iso obriga a establecer as fórmulas necesarias para garantir os principios de igualdade, mérito e capacidade, c) que, no entanto, este estatuto de xuíces e maxistrados é *particular*, debido ao especial sometemento aos principios de independencia, inamovibilidade e sometemento único ao imperio da Lei, o que implica unha regulación estatutaria diferenciada do réxime xeral dos funcionarios públicos (art. 103 CE). Chegados a este punto, o Alto Tribunal destaca a diferenza entre o que é a carreira profesional, cos ascensos e progresións correspondentes, sendo de *"especialísima relevancia el alcanzar la de Magistrado del Tribunal Supremo"*, *"cuyos méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional"*, do que é o nomeamento ou destino que *"sin suponer cambio de categoría, impliquen*

⁵⁵ O estatuto, o corpo e a carreira son as tres características do sistema de función pública que establece o noso ordenamento xurídico (Cfr. art. 103.3 da Constitución, que di textualmente, *"A lei regulará o estatuto dos funcionarios públicos"*, así como o art. 149.1.18.³ CE, que alude á competencia estatal para regular *"o réxime estatutario"* dos funcionarios), e que significa, en síntese, que a persoa, cando ingresa na función pública, mantén unha relación estatutaria rexida por leis e regulamentos, e non mantén, xa que logo, unha relación contractual (como erroneamente ás veces se di nos medios de comunicación social. O funcionario de carreira, por definición, non é un contratado); ingresa, ademais, nun corpo -e non nun posto de traballo concreto; de aí, como vimos, o sistema de provisión de postos de traballo- e, dentro dese corpo pode facer "carreira", isto é, pode ascender, prosperar ou subir no escalafón. O estatuto, o corpo e a carreira son perfectamente predicables a esa clase específica de funcionarios públicos que son os xuíces e maxistrados, como o recoñece esta mesma STS .A Constitución fornece os datos esenciais destes funcionarios; así, por exemplo, o artigo 117.2 di que os *"Xuíces e Maxistrados non poderán ser separados, suspendidos, trasladados nin xubilados, senón por algunha das causas e coas garantías previstas na lei"* (por lei, non pola vontade dun xefe ou pola resolución dun contrato). Pero é sen dúbida o artigo 122.1, o que refire estes tres elementos con meridiana claridade cando sinala: *"A lei orgánica do poder xudicial determinará a constitución, funcionamento e goberno dos xulgados e tribunais, así como o estatuto xurídico dos xuíces e maxistrados de carreira, que formarán un corpo único, e do persoal ao servizo da Administración de Xustiza"*

también el ejercicio de actividades de dirección en las que están comprometidas otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene (...) un amplio margen de libertad (sic) para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad, idea que el propio legislador se ha ocupado de hacer explícita en la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre (...)". Isto último traza unha liña divisoria para este tribunal: parece entender que unha cousa é a carreira xurisdiccional na que a progresión e ascensión de categoría debe basearse en méritos que reflectan a solvencia e a excelencia, e outra distinta é alcanzar destino ou nomeamentos que, sen supoñer cambio de categoría, impliquen ter en conta outras aptitudes, que, segundo di, será o Consello cos seus criterios e a súa experiencia o que as valore sen reconducir a un baremo, aínda que, iso si, deba conectarse cos principios de mérito e capacidade. Na miña opinión, isto supón que na práctica se mantén o "máis do mesmo", pois os criterios non reconducibles a un baremo (enteiramente discrecionais do Consello, xa que logo) derivan nun cambio de cromos bastante evidente. A cuestión pendente é obxectivar e reconducir a parámetros verdadeiramente serios "esoutras aptitudes" que o Supremo deixa no limbo. Separadamente que o criterio exclusivo da categoría (son tres: xuíz, maxistrado e maxistrado do Tribunal Supremo, art. 298 a 300 LOPX) non ten que ser absolutamente determinante para marcar unha liña divisoria da que deriven tantas diferenzas en orde a obxectivar o nomeamento⁵⁶, pois o desempeño doutros cargos —como presidente de Sala, presidente do Tribunal Superior de Xustiza, etc—, ten unha relevancia manifesta para a progresión e as expectativas, incluídas as económicas, dos xuíces e maxistrados. Pénsese que, por exemplo, o presidente dun Tribunal Superior de Xustiza ten a "consideración de maxistrado do Tribunal Supremo mentres

⁵⁶ De *lege ferenda* sería, pois, recomendable unha modificación do artigo 326, LOPX, como propón F. SOSA WAGNER no citado artigo "*Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial*". Di este profesor: "*Si tenemos que motivar las decisiones, si tenemos que observar un procedimiento riguroso, si hemos de valorar unos méritos, ¿no estamos en puridad inventando el concurso, aunque la sentencia trata de evitar esta palabra?. Porque lo cierto es que lo llamemos como queramos, los argumentos del Tribunal Supremo usados en las sentencias citadas nos llevan a descubrir el mediterráneo del concurso o, si se prefiere, un sucedáneo bastante logrado*".

No entanto, a STS non inventa un concurso de novo cuño; en realidade, o que está facendo é deixar un campo para a discrecionalidade, invocando as facultades do CGPX para o nomeamento de cargos que non sexan estritamente xurisdicionais. A STS sabe perfectamente o que fai. Por iso o que se impón é un cambio do artigo 326 LOPX en orde a establecer unha limitación máis efectiva desta discrecionalidade, que non ten razón de ser —polo menos coa amplitude que ten—, se do que se trata é de valorar méritos, aínda que estes se refiran a aptitudes ou habilidades que exceden os puros coñecementos técnico-xurídicos.

desempeño o cargo" (art. 72.2, LOPX).

Pero á marxe do dito —e seguindo co noso propósito argumental, que é resaltar a esixencia de motivación—, esta STS declara que se supera *"las consideraciones expuestas en la STS de 30 de noviembre de 1999, donde se apuntaba a la validez y suficiencia de criterios de confianza para la provisión de la plaza de Presidente de una Audiencia Provincial"*⁵⁷. Entende con toda corrección o Tribunal Supremo que esa marxe de liberdade de que dispón o Consello Xeral do Poder Xudicial, *"no reconducible a parámetros objetivados y predeterminados, no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control"*. Velaquí a gran novidade, o verdadeiro avance. Fronte ao que sostíña o avogado do Estado e o que dicía a STS de 30 de novembro de 1999, agora declárase que é necesario motivar, e ademais, que é posible un control, derivado desa mesma motivación, xa que aínda que é preciso ter en conta esoutras aptitudes que transcenden os coñecementos e a experiencia técnico-xurídica, esas aptitudes *"deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad"*⁵⁸.

Di o Fundamento Xurídico 6.º:

"Hemos de tener presente, en este sentido, que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 137, establece que "los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados", principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita, y que hace innecesario acudir al mandato tantas veces invocado del artículo 54.f) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, que ordena la motivación de las decisiones discrecionales. Se hace, por eso, preciso, también en casos como el que ahora nos ocupa, que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado. Llegados a este punto, hemos de dar por superados anteriores pronunciamientos jurisprudenciales como los contenidos, vgr., en las SSTS de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999, donde sobre la base de la afirmación de una potestad de libre designación para nom-

⁵⁷ Por certo, tamén rexeita a pintoresca argumentación do avogado do Estado, que sinalaba que a provisión destes postos se caracterizaba por un elemento de confianza (Fundamento Xurídico 5.º)

⁵⁸ No entanto, a utilización da expresión "explicable" quédase, ao meu xuízo, curta. Debe ser xustificable, e non só explicable. Todo pode ser explicable, mesmo a decisión máis arbitraria. A xustificación ten un carácter máis serio e sólido, que é do que se trata.

Por outra banda, se esas aptitudes *deben ser explicables e asequibles*, tamén poden ser normalmente *comparables*, o que significa que haberá que establecer algún criterio ou parámetro para elixir o candidato ou candidata máis adecuado para o posto. Porque o que tamén é claro é que non hai unha libre designación.

bramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesiedad e inexigibilidad de motivación; pues ya advertimos en la reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005, que es este un tema "complejo y problemático", "sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada".

Concretando máis sobre o asunto que se debatía, di o Tribunal Supremo que, en efecto, o Pleno do Consello é un órgano colexiado, *"pero no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión de Calificación⁵⁹ al Pleno tal y como antes lo hemos perfilado⁶⁰, pues es ese informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los Vocales orientar su voto".* De maneira que como nin na proposta elevada ao Pleno pola Comisión de Cualificación nin na acta da sesión plenaria posterior nin en ningún outro documento incorporado ao expediente *"existe dato alguno que refleje el cumplimiento de esa trascendental función que corresponde a la Comisión de Calificación de razonar de forma circunstanciada su propuesta, siendo esta una irregularidad procedimental que no puede entenderse salvada por el propio contenido del acta de la sesión, pues tampoco de ella cabe extraer una motivación*

⁵⁹ Segundo o artigo 122.1 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial (LOPX), o Consello Xeral do Poder Xudicial artíclase nos seguintes órganos: presidente, vicepresidente, Pleno, Comisión Permanente, Comisión Disciplinaria, Comisión de Cualificación e Comisión de Igualdade (esta última incorporouna a disposición adicional 3.^a.3 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes).

Conforme ao artigo 134 LOPX esta Comisión de Cualificación estará integrada por cinco membros, elixidos da mesma forma establecida para a Comisión Disciplinaria. E o artigo 135 LOPX di textualmente: *"Corresponderá a la Comisión de calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127.4) de esta Ley".* Pola súa banda, o artigo 136 da referida lei orgánica sinala: *"Para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces y Magistrados, la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos estuviesen adscritos que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados"* (Véxase L. TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.76 e 77)

⁶⁰ Di a STS que estamos analizando (Fundamento de Dereito 6.^o): *"Debemos retener el dato de que la Comisión de Calificación no limita su actuación a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados, sino que, más aún, ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su inicial relación o posteriormente añadidos. Lógicamente, ese informe debe hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios"*

consistente que, primero, permita concluir que aun así el Pleno del CGPJ manejó y valoró los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento, y segundo, que haga jurídicamente asequibles las razones por las que se tomó la decisión de adjudicar la plaza al Ilmo Sr. Gómez Bermúdez frente al resto de los aspirantes",

En consecuencia, sendo o informe da Comisión un trámite nuclear no conxunto do sistema e non existindo tampouco elementos suficientes de motivación da acta, *"ambos datos repercuten en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por privar a esa decisión de un elementos indispensable para alcanzar el fin que le es propio (art. 63.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común)",* e, xa que logo, estimouse o recurso e anulouse o nomeamento nos termos e condicións descritos no Fundamento oitavo da STS citada, isto é, ordenouse a retroacción das actuacións administrativas a fin de que se cumprise o trámite omitido de informe da Comisión de Cualificación para que despois se resolva polo órgano competente sobre a adxudicación da praza "mediante resolución motivada".

O paso que dá esta STS é, xa que logo, trascendental e o mesmo voto particular que formulan algúns maxistrados resáltao (*"debe ponerse de manifiesto –arguyen –que en esta sentencia se produce un cambio radical respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales"*). É un paso que vai na dirección adecuada desde o punto de vista constitucional, e, en concreto, de acordo coas esixencias que impoñen os artigos 9.1 e 3, 23, 24, 103, 106 e 122 da Carta Magna española. Sen dúbida é un avance, pero como a mesma STS se encarga de subliñar invocando a STS do 3 de marzo de 2005, aínda non se chegou a unha "conclusión firme e consolidada". E debe advertirse que non ten demasiado sentido outorgar unha discrecionalidade tan excesiva para o nomeamento de determinados cargos ou postos (presidentes de Sala, presidentes de Tribunais Superiores de Xustiza, etc) sobre a premisa técnica que manexa esta STS, e outras sentenzas posteriores⁶¹, de distinguir os supostos que comportan cambio de categoría dos

⁶¹ A STS de 5 de febreiro de 2010, ditada nun recurso interposto contra un acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial polo que se nomeaba presidente da Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, argúe que é preciso diferenciar os nomeamentos para cargos directivos dentro do sistema xudicial e os que impliquen o acceso ao Tribunal Supremo, de maneira que nos nomeamentos para presidentes das Audiencias Provinciais (que non supoñen cambio de categoría dentro da carreira) haberá que ter en conta, ademais, da solvencia e excelencia no exercicio da función xurisdiccional *"otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene (...) un amplio margen de libertad para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes*

que só impliquen a adxudicación de prazas ou cargos que non levan tal cambio. Infravalóranse os efectos que para a carreira de xuíces e maxistrados poden ter estes nomeamentos, da súa relevancia social, da súa proxección na carreira e dos seus efectos económicos. Ademais, aínda que é verdade que non é o mesmo

sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad". Como se dixo, valóranse aquí aspectos como a capacidade para a dirección, coordinación e xestión de medios materiais e humanos, para o que se requiren aptitudes ou habilidades persoais que transcenden dos puros coñecementos técnicos e cuxa valoración —di o Supremo— “non pode reflectirse nun baremo”, por máis que se trate en todo caso de aptitudes sempre referidas á idoneidade para o mellor desempeño do posto e non a aspectos estraños e alleos ao mesmo como puidese ser a empatía persoal ou a afinidade política. Por iso afirma esta STS: “En definitiva, la motivación, que cuando se trata de cubrir plazas en el Tribunal Supremo debe referirse sustancial y preponderantemente a méritos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional o a aquellas otras que sean materialmente asimilables a ella (Sentencia de 27 de noviembre de 2007), de modo que a través de ellas quede acreditada la solvencia y la excelencia en el ejercicio de aquella función, sin embargo, en el supuesto de cargos de dirección, los datos objetivos a tener en cuenta como determinantes de la elección forman parte de una gama mucho más amplia de criterios que los que razonable y fundadamente puede optar el Consejo, al no implicar normalmente estos supuestos un incremento cualitativo de la potestad jurisdiccional, en cuanto que el voto del Presidente es en este ámbito igual al de los restantes miembros del órgano jurisdiccional que va a presidir, por lo que siendo evidente que es absolutamente necesaria una base de experiencia y de calidad jurisdiccional que lo habiliten para dirigir con “auctoritas” el Tribunal que preside, pueden aparecer también con trascendencia en la motivación del acuerdo aptitudes personales que —como hemos indicado con anterioridad—, rebasan los puros conocimientos técnico-jurídicos, para atender a la finalidad de dirección, coordinación y gestión de los medios materiales y humanos puestos a su disposición”. Y por ello “no estamos ante un concurso estrictamente baremado, sino ante una actuación discrecional del Consejo, cuya decisión no depende legalmente de una jerarquización estricta de cada una de las notas que concurren en cada candidato (...), sino en una apreciación de los factores concurrentes en cada uno de ellos, valorados en términos de coherencia con las nociones de mérito y capacidad en relación con el puesto judicial a ser cubierto, de modo que si la motivación que aflora en el texto del Acta cumple esos requisitos nada debemos objetar a lo decidido por el Consejo”.

Este matiz, en principio, parece moi razoable, pois a experiencia demostra que se poden ter moitos coñecementos técnico-xurídicos e escasa capacidade para a xestión. E, pola contra, moita capacidade para a xestión e escasos coñecementos técnicos. Agora ben, con iso ábrese unha fenda para que de novo a discrecionalidade aflore con forza, e haberá que verificar obxectivamente cales son os criterios que demostran efectivamente esa capacidade que, máis alá dos coñecementos técnico-xurídicos, asegure que o candidato ou a candidata ten esoutras aptitudes das que fala o Tribunal Supremo. Poida que exista unha maior marxe, pero terán que facerse explícitos con seriedade eses criterios. Pola contra é unha volta ao mesmo: a discrecionalidade máis aberta que deixa en mans do que se adoita chamar nos medios de comunicación social como “cambio de cromos” a decisión de algo tan relevante para o funcionamento xurisdiccional. Insístese, a diferenza parece razoable e necesaria; agora ben, non basta con dicir que se debe “valorar en termos de coherencia coas nocións de mérito e capacidade”, senón dar un paso máis e especificar (aínda que esta xa non é tarefa, como é obvio, do Alto Tribunal) que criterios e datos permiten determinar esoutra capacidade —a de xestión—, de xeito obxectivo e serio, e, unha vez que se concreten, que o Consello proceda á elección de quen teña esas aptitudes. O asunto, pois, na nosa opinión, non está totalmente resolto, mesmo despois do Regulamento 1/2010, aprobado por acordo do 25 de febreiro de 2010, do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial (“BOE”, núm. 56, do 5 de marzo de 2010), que regula a provisión de prazas de nomeamento discrecional nos órganos xudiciais, pois os méritos que especifican (participación en órganos de goberno, programa de actuación para o desempeño da praza solicitada, etc, etc, art. 7 e ss.) son aínda imprecisos. O máis lóxico e concreto é o do tempo en servizo activo.

acreditar méritos relativos á experiencia e a formación técnico-xurídica que esgrimir aptitudes, habilidades ou competencias que non se poden encadrar nun baremo que determine criterios e valoración de méritos estritamente técnicos, non é menos certo que estas habilidades ou aptitudes deben reconducirse —e así o afirma con toda razón o Supremo— a parámetros de mérito e capacidade. Cómpre dar un paso máis e aquilatar, esmiuzar e facer posible a determinación de cales son esas concretas habilidades, como se demostran ou proban, e en que medida son determinantes para a adxudicación das prazas ou destinos. O que non se pode facer é deixar unha porta aberta para o impresentable “cambio de cromos”, que é o máis afastado da acreditación de méritos e capacidades, sexan esta da clase que sexan. Se se está de acordo en que o nomeamento non se pode apoiar na confianza, e que debe reconducirse ao mérito e á capacidade, é obvio que debe desenvolverse moito máis en que consisten esas habilidades ou aptitudes. Pola contra, como xa se anticipou, estamos ante “máis do mesmo”, e o avance é máis aparente que real.

5. CARA A UNHA MOTIVACIÓN MATERIAL DOS ACORDOS DO CGPX: AS SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPREMO DO 27 NOVEMBRO DE 2007 E DO 23 DE NOVEMBRO DE 2009

Se a STS do 29 de maio de 2006 merece o eloxio nos termos xa vistos, pois supón superar unha concepción xurisprudencial que non se axustaba aos valores, principios e preceptos constitucionais (en concreto, ao art. 24.1 CE), pois de feito cerceaba toda posibilidade real de impugnación xurisdiccional, ao considerar a motivación innecesaria por existir motivos de confianza, a STS do 27 de novembro de 2007⁶², e, seguindo o seu ronsel, a do 23 de novembro de 2009, constitúen fitos que deben destacarse como merecen. A STS de 27 de novembro de 2007 é un verdadeiro *leading case*⁶³, que repercutirá nas esixencias de motivación dos xuízos técnicos, e, en particular, na motivación que debe realizar o

⁶² Tamén é necesario citar a STS do 12 de xuño de 2008, que segue a mesma liña.

⁶³ Así o considera, por exemplo, J. R. CHAVES GARCÍA *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, Colección Claves de la Jurisprudencia, Ed. Reus, S. a., Madrid, 2009, pp.254, e 255: “Estamos ante una sentencia que constituye un hito en el control de la discrecionalidad técnica que será el *leading case* a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (por los Tribunales Superiores de Justicia y por los Juzgados) en materia de motivación de los juicios discrecionales”. “(...) constituye un paso de gigante en el camino de lucha frente a las denominadas “inmunidades del poder”. Miles de sentencias hasta entonces se limitaban a controlar los aledaños de los juicios técnicos de los Tribunales calificadoros, y ahora se constata un visible esfuerzo por robustecer las garantías de los aspirantes de los procedimientos selectivos (...)” (p. 255)

Consello Xeral do Poder Xudicial ao ditar os seus acordos. É unha sentenza ditada polo Pleno da Sala —e que ten nada menos que cinco votos particulares de notable extensión e altura discursiva⁶⁴—, e supón a superación total da doutrina plasmada na xa citada STS do 30 de novembro de 1999. Ditouse nun asunto relativo a nomeamentos como maxistrados do Tribunal Supremo (Sala do Social), e estima o recurso contencioso-administrativo interposto contra os reais decretos do 27 de outubro de 2006, polos que foron promovidos á categoría de maxistrados do Tribunal Supremo, anulando, xa que logo, ambas resolucións. Acóllese á anterior STS do 29 de maio de 2006, que, como advertimos, xa esixía unha motivación suficiente para os acordos de adxudicación de prazas que supoñan un cambio de categoría, e recalcaba que nos nomeamentos de maxistrados do Tribunal Supremo debían de ter prioridade a solvencia e excelencia técnica⁶⁵. Así, destaca que as ideas básicas no tema da motivación son tres: "1) *la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un espacio de actuación reconocido*; 2) *la existencia de unos límites que necesariamente condicionan esa libertad, especialmente el límite que representan esos principios de mérito y capacidad*; y 3) *la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación*". Resalta a liberdade coa que conta o CGPX, pero tamén que "*hay un dato que ya marca un elemento de limitación de los poderes del Consejo, que es el sistema de carrera que para jueces y magistrados recoge el artículo 122.1 CE*", e isto supón que este sistema de carreira⁶⁶ se vincula ao artigo 23.2 CE. Tras sinalar que debe considerarse superada a tese invocada polo mesmo Tribunal Supremo nas referidas SSTs do 3 de febreiro de 1997 e do 30 de novembro de 1999, subliña que o requisito da motivación hai que aplicalo de acordo coa STS do 29 de maio de 2006, e por iso, no caso específico que se dilucida, argúe que do estudo do expediente administrativo se deduce que os datos que se esgrimen non permiten

⁶⁴ Pero que, de ningún xeito, logran desvirtuar a notable calidade técnica, e o evidente esforzo de aqulitamento xurídico que fai esta STS (neste sentido, véxase F. SOSA WAGNER, "Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial", *El Mundo*, do 17 de decembro de 2007: "*La sentencia contiene algunos votos particulares de especial relevancia por el prestigio profesional de quienes los firman. Pero sus razonamientos, a mi juicio, no logran desvirtuar el núcleo esencial del bien trabado fallo de la mayoría*")

⁶⁵ Hai que advertir, no entanto, que a STS do 29 de maio de 2006 se refería a un cargo con funcións de goberno xudicial, o de presidente de Sala da Audiencia Nacional, mentres que a STS do 27 de novembro de 2007 se refire a nomeamentos de maxistrados do Tribunal Supremo, e de prazas das quendas correspondentes á carreira xudicial, e non á denominada "quinta quenda", como se encarga de subliñar o Fundamento 7.^º da sentenza do 27 de novembro de 2007, o que define "*acusadas diferencias*".

⁶⁶ Recórdese que de estatuto, corpo e carreira falaba a anterior STS do 29 de maio de 2006.

comprobar que esas dúas designacións sexan debidamente xustificadas. Di:

“Lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial a través de las distintas vías legalmente establecidas para ello (así ocurre con la descripción de destinos, estudios o titulaciones).

De otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de “elevado carácter técnico de las resoluciones”, “amplia cultura jurídica”, “acreditada trayectoria profesional” o “calidad científica”, a los que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos”.

Obsérvese o fino que fía o Tribunal Supremo, con toda razón, ademais, pois en moitas ocasións sobre a base de xuízos de valor xenéricos, imprecisos ou altisonantes, que máis tratan de encandear ou impresionar que de xustificar e probar, trátase de despachar a motivación, sen dicir, en realidade, nada concreto; por iso conclúe: *“Esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuento a la configuración que pueda presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (...)”.* Isto supón, de xeito sinxelo, que o Tribunal Supremo non acepta unha simple motivación formal, unha motivación que, en realidade, non xustifica nada, e que só se fai para cubrir o expediente, sen achegar datos verdadeiramente relevantes que exterioricen de verdade a razón do nomeamento. Esa motivación formal, ademais, desactiva de forma evidente o futuro recurso que se poida interpoñer, pois é moi difícil, por non dicir imposible, desbaratar uns xuízos xenéricos e abstractos, que, neste caso, son facilmente cribles pola posición que xa teñen os aspirantes. Sen unha conexión concreta e específica cos datos e elementos existentes no expediente, esa motivación é máis aparente que real, e así o considera con toda corrección lóxica e xurídica o Alto Tribunal nesta sentenza.

Despois pasa o Tribunal Supremo a apuntar os límites que ten a liberdade do CGPX: a) que o acto de nomeamento non sexa un simple voluntarismo e que cumpra co imperativo constitucional de interdicción da arbitrariedade (art. 9.3 CE); b) que se respecte, con relación a outros aspirantes, o dereito fundamental de todos eles a acceder en condicións de igualdade a funcións e

cargos públicos (art. 23.2, CE); e c) que o criterio material que finalmente decide o nomeamento se axuste ás pautas que encarnan os principios de mérito e capacidade para o ascenso e promoción profesional dos xuíces e maxistrados dentro da carreira xudicial. E dito isto, pasa á seguinte secuencia: a de sinalar en que se traducen eses límites: o CGPX debe identificar *"claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento"*; e, en especial, para as prazas de maxistrado do Tribunal Supremo reservadas ás quendas da carreira xudicial, *"tienen la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables"*. Argúe que, desde o punto de vista formal, a *"exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento"*. E isto — di o Alto Tribunal— é o que debe facer o informe da Comisión de Cualificación (Fundamento de Dereito 9.º). En definitiva, *"lo que ha de intentar conseguirse es, primero, que la valoración profesional a realizar tenga un soporte básico o material que la sustente y, segundo, que los datos y hechos que encarnen ese soporte material se establezcan con criterios objetivos de búsqueda y selección que sean aplicados por igual a todos los aspirantes"*.

Dito isto, a STS que analizamos impoñe a si mesma unha cautela, pois subliña que o Consello Xeral do Poder Xudicial ten a función de gobernar o poder xudicial (art. 122.2 CE), *"que tiene una amplitud que va más allá de gestionar el estatuto profesional de Jueces y Magistrados"*. *"Esto significa que su potestad de nombramiento no puede quedar limitada a una simple operación de recuento y valoración de méritos (...)":* *Podrá también ponderar otras circunstancias, dirigidas a dar satisfacción al perfil, la configuración o las necesidades de los órganos jurisdiccionales (...).*

Y significa igualmente que tiene libertad para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento, en función de las necesidades que aprecie en los órganos jurisdiccionales, así como la proporción que en cuanto a su dimensión o entidad haya de darse a los que así hayan sido acotados".

"Lo segundo que debe destacarse (...), es la idea de que, a través del control

jurisdiccional de esos límites de que aquí se está tratando, no se pueden establecer rígidas directrices que reduzcan esa libertad que ha de respetarse al Consejo sobre las concretas clases de méritos y capacidades que podrá elegir como criterio para decidir los nombramientos; ni desde otra perspectiva, tampoco se le puede privar del margen de apreciación que es inherente al juicio de discrecionalidad que significa la definitiva selección y estimación cualitativa (...).

E iso, porque como afirma o Tribunal Supremo, repetindo o sinalado na STS do 29 de maio de 2006, non se trata de nomeamentos de confianza, pero *"tampoco se trata de un concurso de méritos en el que estén taxativamente predeterminados los que podrán ser considerados o el valor que haya de atribuírseles"*. A tradución práctica diso significa que *"nunca podrá ser que este Tribunal Supremo indique al Consejo los méritos que podrán o no ser valorados (conviene insistir en ello), sino tan sólo imponerle la carga, cumpliendo con la doble exigencia sustantiva y formal que antes se señaló, de dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias de mérito y capacidad con las que justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia sobre los demás aspirantes a la misma plaza"*.

Por estas razóns a STS estima o recurso contencioso-administrativo, anula as dúas resolucións impugnadas, aínda que é verdade que esa anulación é de natureza formal ou procedemental, o que comporta que *"no ha de producir la anulación total del procedimiento sino tan solo la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del informe de la Comisión de Calificación, para que, primero, sea emitido uno nuevo que cumpla con todas las exigencias que respecto del mismo han sido señaladas(...), y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente sobre los nombramientos (...)"*.

Con independencia doutras consideracións que se poden facer, como a de saber por que non se opta xa resoltamente por un concurso de méritos, ou a observancia de certo temor ao activismo xudicial (o Fundamento de Dereito 10.º, e a insistencia en que non é un concurso de méritos son elocuentes), *o relevante é o avance na esixencia de motivar con seriedade os nomeamentos, carga que recae sobre todo no informe da Comisión de Cualificación.*

Uns anos máis tarde, a STS do 23 de novembro de 2009, reitera a mesma doutrina, pero dá un paso máis, e é o de que no relativo ao labor xurisdiccional, argumentar que as sentenzas *"cuya calidad técnica se proclaman están "motivadas" o que son "fundadas", es absolutamente insuficiente para cumplir las exigencias de motivación que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 consideró imprescindibles, ya que la motivación es un requisito esencial de las sentencias, según prescribe el artículo 120 de la Constitución, de manera que no*

puede ser soporte de un mérito profesional el cumplimiento del esencial deber de motivar las resoluciones que lo exijan aunque sí sea un demérito (...). Por otra parte, el informe no indica qué sentencias son las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna le han parecido más significativas ni, en definitiva, lleva a cabo un estudio mínimo del trabajo jurisdiccional de los candidatos (...)"; e, como o nomeamento da maxistrada do Tribunal Supremo non tiña a motivación necesaria, o Alto Tribunal (iso si, do mesmo xeito que a STS do 27 de novembro de 2007, con varios votos particulares, con parecidos argumentos que os que nesa STS do 2007 xa se formularan), declarou a nulidade de tal nomeamento, e ordenouse repoiñar o procedemento no momento anterior á emisión pola Comisión de Cualificación do Consello Xeral do Poder Xudicial do informe previsto no artigo 74 do Regulamento de organización e funcionamento a fin de que se emita outro novo de conformidade co que se sinalou, e, despois, resolva o Pleno do Consello. Xa que logo, esta STS obriga tamén a unha motivación material, e non simplemente formal, unha motivación que, certamente, esixe un maior esforzo por parte da Administración, pero que, pola contra, facilita moito máis o control, e, polo tanto, garante máis adecuadamente os dereitos e intereses dos interesados no procedemento. Sería desexable que este nivel de concreción, e de rigor, o aplicase tamén o Tribunal Supremo a outros ámbitos ou sectores; sen ir máis lonxe no relativo á discrecionalidade técnica de concursos de méritos e oposicións⁶⁷, ou no recoñecemento de sexenios pola Comisión Nacional Avaliadora da Actividade Investigadora, como xa argumentamos, outro campo aínda pouco traballado polos criterios constitucionais de mérito, capacidade, igualdade e publicidade

⁶⁷ A citada STS do 14 de abril de 2009, nun caso relativo ao proceso selectivo para o ingreso na carreira xudicial pola categoría de maxistrado, entre xuristas de recoñecido prestixio con máis de 10 anos de exercicio profesional, abordou o tratamento da "entrevista", pois, a xuízo da recorrente, o tribunal cualificador non apuntou nas súas actas as contestacións da aspirante ás cuestións que lle foron suscitadas no acto da entrevista, como tampouco incluíu os concretos criterios ou razóns que foron seguidos para chegar a esa cualificación negativa da súa aptitude. A STS que glosamos non comparte esta forma de actuar, e di: "(...) es claro que la calificación de una entrevista como la que aquí es objeto de polémica no podrá limitarse a emitir abstractos juicios de valor o meras calificaciones genéricas".

"Para considerarla suficientemente motivada deberá incluir, como mínimo, estos elementos: (1) las concretas cuestiones que le fueron formuladas al aspirante; (2) las contestaciones o respuestas que este ofreció a dichas cuestiones; y (3) las específicas razones que, desde los criterios cualitativos de ponderación previstos en la convocatoria (...), hayan conducido a la definitiva declaración de falta de aptitud profesional de ese mismo aspirante"

6. OS EFECTOS DESTA XURISPRUDENCIA NO REGULAMENTO 1/2010 DO CGPX, SOBRE PROVISIÓN DE PRAZAS DE NOMEAMENTO DISCRECIONAL. EN PARTICULAR, NA MOTIVACIÓN

É evidente que unhas SSTs de tanta relevancia han ter que afectar ás propias normas reguladoras do sector no que incidiron, é dicir, no ámbito xudicial. Por iso é destacable a aprobación, por acordo do 25 de febreiro de 2010 do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, do Regulamento 1/2010, que regula a provisión de prazas de nomeamento discrecional nos órganos xudiciais, que xa desde o seu comezo asume a influencia destas SSTs. Este regulamento apróbase en exercicio da potestade regulamentaria do Consello, de acordo co artigo 107.9 da LOPX, e sen dúbida reflicte a doutrina, ideas e criterios que se expresan nas aludidas resolucións do Tribunal Supremo. Así, xunto ao recoñecemento de aspectos novos esixidos pola aprobación da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, no sentido de consagrar o principio de presenza equilibrada de mulleres e homes nos nomeamentos e designacións de cargos de responsabilidade (art. 3.1 do regulamento), establécese a distinción entre *prazas xurisdiccionais* —que son as de maxistrados do Tribunal Supremo e das salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza propostos polas asembleas lexislativas das comunidades autónomas—, *prazas gobernativas* —que é a presidencia da Audiencia Nacional—, e *prazas xurisdiccionais e gobernativas* —que son as presidencias de Sala do Tribunal Supremo, de Sala da Audiencia Nacional, do Tribunal Superior de Xustiza e as súas salas, e de Audiencia Provincial— (art. 2.2)⁶⁸, e resáltase, como non podía ser doutro xeito, a esixencia de motivación. Dise así que a terceira parte do regulamento " *está dedicada al procedimiento para la provisión de plazas, como instrumento idóneo y necesario para garantizar el recto sentido de una decisión final suficientemente motivada*", e, nesta dirección incorpórase unha novidade en relación coas prazas de maxistrados do Tribunal Supremo reservadas á carreira xudicial, que é a facultade de interesar informe sobre a suficiencia do cumprimento dos requisitos de claridade, precisión e congruencia das resolucións ditadas polos peticionarios, á sala ou salas correspondentes do indicado tribunal que resolvesen en última instancia os recursos fronte ás mesmas. E así o artigo 5 do mencionado regulamento, entre os méritos para a provisión de prazas reservadas aos membros da carreira xudicial, prevé o das "*resoluciones*

⁶⁸ Di o artigo 12. 4 deste regulamento que nas convocatorias "*distinguirán según se trate de nombramientos de carácter estrictamente jurisdiccional, gubernativo, o jurisdiccional y gubernativo*"

jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional", para o que o artigo 14 establece que se deben acreditar documentalmente por medio dunha " memoria comprensiva de los datos identificativos de las resoluciones y un resumen de su contenido literal, en especial, de los fundamentos jurídicos que se consideren relevantes".

Polo demais, insísteuse en que os acordos en materia de nomeamentos serán *"suficientemente motivados"* (art. 3.3), e que o Pleno que decida as propostas de nomeamento deixará *"constancia de la motivación del acuerdo, con expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifican la elección de uno de los aspirantes con preferencia sobre los demás. La motivación podrá hacerse por remisión, en lo coincidente, a la motivación de la propuesta de la Comisión de Calificación (...)".* Pois xa se advertiu a transcendencia que ten o informe da citada comisión, de acordo coa xurisprudencia xa examinada, e a necesidade de que se xustifique a razón pola cal se prefire a un aspirante sobre outro, de acordo cos principios de mérito e capacidade. É máis, o artigo 20 do citado regulamento destaca, para o procedemento para a cobertura das vacantes das salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza a proposta das asembleas lexislativas das comunidades autónomas, que para os efectos de motivación da proposta de nomeamento, *"el Consejo General del Poder Judicial solicitará con carácter previo a los integrantes de las ternas una exposición de sus méritos en los términos del presente Reglamento, así como la documentación que en su caso considere necesaria"*⁶⁹.

En conclusión, hai unha asunción moi elocuente da doutrina do Tribunal Supremo sobre a necesidade de motivar de forma adecuada e suficiente os nomeamentos discrecionais, que debe ser tida moi en conta para motivar outros actos e acordos desta clase. A motivación convértese así en proba dunha Administración democrática e axustada á Constitución, que dá conta e razón das súas decisións, con independencia de que sexan ou non votadas, pois o voto —e xa se sabe como se consegue en múltiples ocasións⁷⁰—, non pode servir de

⁶⁹ A motivación destes nomeamentos ten especial interese, pois non se esqueza como se presentan estas ternas polas asembleas lexislativas das comunidades autónomas, en moitas das cales figuran políticos ou antigos políticos, ou persoas que se atopan nos arredores dos partidos ou coalicións, co perigo certo que isto pode ter no funcionamento da xustiza, e, en concreto, da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza. Motivar de forma suficiente estes nomeamentos é de vital importancia para asegurar a calidade e a credibilidade do sistema (Véxase M. J. SARMIENTO ACOSTA, " Las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias. Instrumentos de coordinación y cooperación", en AA. VV. *Instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias*, coord por J. J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ e J. A. GARCÍA ROJAS, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, p.148, nota 38, onde se incide sobre este perigo).

⁷⁰ Véxase o libro de A. NIETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, cit., pp.158 e 159

patente de curso para dar cobertura a verdadeiras arbitrariedades. O artigo 9. 3 da Constitución así o esixe (cfr., STS do 14 de abril de 2009).

7. UN PROGRESO CONSIDERABLE NA MOTIVACIÓN DOS ACTOS E ACORDOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONAIS: A SÚA NECESARIA REPERCUSIÓN NOUTROS ÁMBITOS ADMINISTRATIVOS

As SSTS do 29 de maio de 2006, 27 de novembro de 2007 e 23 de novembro de 2009⁷¹ demostran o abandono da vella doutrina⁷² que aseguraba ao

⁷¹ E outras que seguen a mesma liña, como as xa citadas SSTS do 27 de novembro de 2006, e 12 de xuño de 2008.

Máis recentemente, por exemplo, debe destacarse que a STS do 12 de xullo de 2010, nun caso relativo á compatibilidade dun posto de maxistrado do Gabinete Técnico do Tribunal Supremo cun posto como profesor asociado de universidade, impuxo ao CGPX unha motivación máis detallada, pois a *“mera invocación de una determinada política judicial y la apelación a la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico son insuficientes para justificar la decisión adoptada porque son afirmaciones genéricas que pierden su fuerza de convicción a causa del previo proceder del Consejo General del Poder Judicial en circunstancias que no han cambiado y ante el contenido del expediente”*; xa que a denegación da compatibilidade para preservar o cumprimento polos membros da carreira xudicial das súas funcións *“solamente estará justificada cuando concurran razones o circunstancias concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar (...) el estricto cumplimiento de los deberes (...)”*. Pues bien, al margen de que esas independencia e imparcialidad no están en juego aquí (...), es plenamente aplicable a este caso en el punto en el que afirman la insuficiencia de los argumentos genéricos e indeterminados para denegar una compatibilidad que en cursos precedentes se había venido concediendo”. E a STS do 2 de novembro de 2010, nun caso que se refería a un proceso selectivo no cal había unha falta de motivación de determinados méritos alegados, estimouse parcialmente o recurso e impúxose a retroacción das actuacións para que se produza unha nova valoración pola Administración dos méritos alegados. Esixe tamén esta STS unha motivación material, e non simplemente formal, porque *“los puntos relativos al Curso de Diplomado en Sanidad, la Administración nada motiva sobre su rechazo, ni sobre la suficiencia investigadora que el recurrente sostiene que aparece acreditada con la certificación académica personal de los estudios del Tercer ciclo que obra en el expediente, y lo mismo en relación con la exclusión de determinados méritos alegados en cuanto experiencia previa, que deben ser valorados o no individualmente en cada caso”*. Obsérvase: imponse a valoración individual e a explicación dos motivos polos que se estiman ou rexeitan. Así conclúe a aludida STS: *“es evidente que los actos administrativos en su día recurridos incurrían en una insuficiencia de motivación, y que la sentencia no da razones que acrediten que esa falta de valoración está justificada, por lo que procede estimar este motivo de casación y dictar otra para que, retrotrayendo las actuaciones se proceda por la Administración a valorar debidamente los méritos antes citados y que no fueron objeto de estimación por parte de la sentencia, rectificando en su caso el puesto escalafonal del recurrente”*. É evidente o avance da doutrina do TS nestas sentenzas, posto que xa non se recorre ao manido refuxio da discrecionalidade técnica ou se salva a actuación administrativa dando por boas afirmacións xenéricas e indeterminadas que, como se viu, nada proban, e que, de feito, desactivan en gran medida un futuro recurso xurisdiccional, xa que o recorrente non pode articular ben os seus argumentos, por non ter datos e feitos concretos e ben definidos.

⁷² De feito xa se reflicte no Regulamento 1/2010, aprobado por acordo do 25 de febreiro de 2010 do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, que regula a provisión de prazas de nomeamento discrecional

Consello Xeral do Poder Xudicial unha potestade para facer nomeamentos sen necesidade dunha motivación material. Respecto delas CHAVES GARCÍA sostén que estamos diante dun " *hito en el control de la discrecionalidad técnica que será el leading case a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (...) en materia de motivación de los juicios discrecionales* " ⁷³ . E desde logo constitúe un paso enorme en orde ao control da discrecionalidade, aínda que como este mesmo autor destaca ⁷⁴ , aínda se aprecian no seo do Tribunal Supremo —e iso explica a extensión e o nivel discursivo dos votos particulares—, dúas concepcións do control de discrecionalidade e da mesma motivación de actos e acordos discrecionais. Unha substancial, que é a dos textos das SSTS referidas, sen dúbida correcta e progresiva desde o punto de vista constitucional; e outra formal, que conecta cunha xurisdición pasiva, que deixa facer e outorga unha preferencia á decisión da Administración pública, baseada en dogmas e tópicos que necesariamente deben revisarse, e, nalgún caso, simplemente superarse (xurisdición revisora, discrecionalidade técnica e soberanía do tribunal ou comisión que fai a valoración, imposibilidade de substituír a decisión administrativa para non incorrer nun activismo xudicial etc, etc.). Esta segunda concepción é rexeitable de raíz, pois reflicte un entendemento incorrecto do labor que debe desempeñar o Poder Xudicial nun Estado de Dereito, que debe controlar, con todos os instrumentos e técnicas que ofrece o avance do Dereito, a actividade das administracións públicas, ou, máis amplamente, dos poderes públicos. E esas técnicas son depuradas e desenvolvidas magnificamente polas sentenzas referidas. Non hai nelas ningún exceso nin desviación ⁷⁵ . Non se aprecia ningún "activismo", senón aplicación estrita e rigorosa do que é un Estado de Dereito no cal se fiscaliza seriamente a actividade da Administración tendo como punto de referencia os dereitos fundamentais e as liberdades públicas, e *non un abstracto interese público, que, en ocasións, é só un concepto que encobre un interese da Administración ou dos seus axentes conxunturais*, que, como é obvio, é algo totalmente distinto ao interese público que proclama o Ordenamento xurídico ⁷⁶ .

nos órganos xudiciais.

⁷³ *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, cit., p. 254.

⁷⁴ *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, cit., p. 255.

⁷⁵ Como xa se apuntou, a lectura do Fundamento de Dereito 10^o da STS do 27 de novembro de 2007 é moi clara neste punto. De ningún xeito hai un activismo xudicial, nin se pretende, xa que logo, substituír a decisión do Consello Xeral do Poder Xudicial

⁷⁶ Non se trata de vencer cos votos senón de convencer coa motivación, como subliña J. R. CHAVES GARCÍA. Trátase, di este autor analizando a STS do 27 de novembro de 2007 "*del deber de la Administración de robustecer el porqué de su propuesta, incorporando una motivación racional*

As SSTS que examinados supoñen, pois, un avance verdadeiramente eloxiable e unha correcta guía para o desenvolvemento das virtualidades que aniñan no artigo 54, f) da Lei 30/1992, e, por conseguinte, é necesario que os órganos xurisdiccionais utilicen os argumentos e criterios que manexan para impoñer unha motivación material dos actos e acordos ditados en exercicio das potestades discrecionais da Administración pública. Non pode sosterse máis que con sucintas referencias sen apoio no expediente, con cifras que non reflicten nada ou con xuízos de valor xenéricos, que valen para todo (neste sentido, como xa se viu, SSTS do 12 de xullo de 2010 e 2 de novembro de 2010)⁷⁷, pero que non explican nin xustifican nada, se entenda debidamente motivado un acto discrecional. A conexión co expediente, a coherencia da xustificación e a suficiencia desta en termos xurídicos e lóxicos é imprescindible para dar por válidas decisións discrecionais que ata agora sinxelamente non se motivaban. Como dixemos, a motivación debe ser precisa, suficiente e coherente. *Toda motivación que no observe estes requisitos no es motivación, sino, pura y simplemente, una apariencia o simulacro, una motivación formal y superficial; en definitiva, un fraude al Estado de Derecho por cercenar o desactivar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24. 1 de la Constitución española de 1978, y, además, por sentar las bases para la arbitrariedad y el capricho, vulnerando, asimismo, lo establecido en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental (cfr. STS de 14 de abril de 2009), que impone la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* A motivación, xa que logo, ten que ocupar un papel básico para certificar a validez do acto ou acordo administrativo.

(lógica), razonable (socialmente asumible), razonada (expresada formalmente en la voluntad del órgano colegiado) singularizada y proporcional (adecuada al caso concreto)” (Cit., pp. 255 e 256)

⁷⁷ Cfr., así mesmo, a referida STS do 14 de abril de 2009, que impón uns requisitos detallados á existencia de motivación das entrevistas que se fan nos procesos selectivos para o ingreso na carreira xudicial á categoría de maxistrado. Como xa se viu, impídese que poida ser cumprido este requisito con simples xuízos de valor abstractos, ou “*simples cualificacións xenéricas*”.

A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO: APRECIACÕES PRELIMINARES

PROTECTION OF PROPERTY AS A COMMON LEGAL AND POLITICAL ISSUE: PRELIMINARY FINDINGS

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Doutor em Direito
Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul
Professor Permanente da Universidade Estácio de Sá
Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e
Universidad de Buenos Aires
Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM
Membro da Rede de Direitos Fundamentais–REDIR do Conselho Nacional de Justiça–CNJ, Brasília
Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária
da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília
Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira

Resumo: *Pretendo neste ensaio tratar de um tema que tem sido recorrentemente debatido no cenário internacional e que diz com a proteção jurídica e política dos chamados bens comuns, eis que nucleadores dos interesses sociais e públicos indisponíveis da sociedade contemporânea.*

Palavras chave: *Bens Comuns, Democracia, Interesse Público.*

Abstract: *I intend in this essay deal with an issue that has been repeatedly discussed on the international scene and says that with the protection of so-called legal and political commons, behold nucleators of social interests and public unavailable in contemporary society.*

Keywords: *Commons, Democracy, Public Interest.*

Índice: *1. Notas Introdutórias. 2. A reformatação do Estado Administrador como Estado Social. 3. O evolver histórico da propriedade e sua inserção social. 4. Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas. 5. Bibliografia.*

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste ensaio abordar genericamente o tema da proteção dos bens comuns pela Administração Pública enquanto função institucional própria, ve-

rificando qual o estado da arte desta cuestión no debate doutrinário especializado, para então demarcar também em carácter geral a situación brasileira no punto. Para tanto, vou me valer notadamente das contribucións teóricas que a doutrina italiana vem desenvolvendo no particular, especialmente a produción decorrente de projetos de pesquisa coordenados pelo Prof. Dr. Alberto Lucarelli, Ordinário de Direito Público da Università di Napoli – Federico II, Itália.

Em termos de evolver deste ensaio, optarei, por primeiro, em verificar como se encontra hoje o debate sobre os desafíos do Estado Administrador em sociedades altamente complexas, para em seguida identificar algumas matrizes teóricas e normativas sobre o tratamento da propiedade enquanto instituto jurídico e político, pasando então ao estudo das reflexións do Prof. Lucarelli enquanto modelo sistematizador do concepto de bem comum que revisa fundamentalmente aquele concepto tradicional de propiedade e mesmo de Administración Pública.

2. A REFORMATACIÓN DO ESTADO ADMINISTRADOR COMO ESTADO SOCIAL

As últimas reformas da Administración Pública no Brasil têm mostrado de forma muito clara a orientación privatizante do proceso de gestión da coisa pública, o que vem a ser uma tendéncia internacional notadamente a partir da segunda metade do século XX.

Já tive a oportunidade de referir¹ que a economía dos mercados em expansión que pauta a forma e o conteúdo das relacións sociais e institucionais da Idade Moderna, demarcando as posibilidades de desenvolvemento nacional e internacional, por certo é o Estado Nacional² que ainda responde, mal ou bem, pela mediação entre sistema económico, sistema político e social, contando, para tanto, com alguns clásicos actores institucionais: legislativo, judiciário, partidos políticos, organizacións de clase nacionais, etc.. Suas funcións tradi-

¹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administración Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

² Aqui entendido como o modelo de Estado que se caracteriza pelo fato de deter ainda a soberania jurídica e política em face de seu território e povo, reconhecida pelos demais Estados e pela Sociedade, conforme BOBBIO, Norberto. *Diccionario de Política*. Brasília: UNB, 1996, p.136. Ao afirmarmos isto não desconhecemos, com GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999, que, hoje, no centro deste Estado, mesmo de feições social-democrata, o *dinamismo das Sociedades de mercado solapa as estruturas tradicionais de autoridade e fratura as comunidades locais; o neoliberalismo cria novos riscos e incertezas e pede aos cidadãos que simplesmente os ignorem*. p.25.

cionais e exponenciais são: (1) responder pela infra-estrutura física (energia, urbanização, linhas de subsídios, etc) no território nacional, a fim de viabilizar os investimentos do capital local e alienígena, pressupostamente produtivos e alavancadores do desenvolvimento; (2) responder pelas demandas sociais decorrentes do modelo econômico adotado, em especial ao seu denominado *custo social* (segurança, saúde, educação)³; (3) responder pela estrutura normativa/legislativa asseguradora de determinadas prerrogativas individuais e coletivas, bem como de exigências desses mesmos mercados e capitais (o que por vezes se afigura como contraditório); (4) responder pela estrutura judicial para os efeitos de manter a ordem e a estabilidade dos negócios jurídicos de todo esse processo, ao mesmo tempo em que necessita enfrentar, sob o âmbito jurídico, os litígios de natureza coletiva e social que provém desses cenários.

Ocorre que, como diz Lucarelli:

*Tali riforme, che hanno coinvolto il quadro istituzionale e i rapporti tra economia e diritto, indebolendo l'effettiva tutela dei diritti sociali, sono anche, e soprattutto, il risultato di un coacervo di eventi economico-finanziari e geo-politici, esogeni ed endogeni al nostro ordinamento giuridico. Eventi spesso disarticolati e disomogenei tra loro, indotti da crisi economico-finanziarie, da crisi energetiche, ambientali, alimentari, caratterizzati, con logiche neo-colonialiste, dallo sfruttamento sempre più violento dei soggetti deboli. Un processo involutivo che sta recidendo le radici dello Stato sociale, creando insicurezze e conflittualità sempre più drammatiche.*⁴

Este cenário de coisas inevitavelmente implica mudanças comportamentais e funcionais da própria Administração Pública, que passa, de um lado, a ser mais demandada em termos de apresentar soluções – através de políticas públicas preventivas e curativas – às conseqüências destes modelos de mercados e relações sociais marginalizantes; por outro lado, tem de continuar desempenhando aquelas funções estabilizadoras da ordem e ensejadoras das chamadas condições infra-estruturais das relações de poder.

³ O conceito de custo social é utilizado, dentre outros, por MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, no sentido de identificar as conseqüências sociais explícitas da agenda de políticas econômicas desenvolvida pelo capitalismo ocidental, tais como: desemprego, marginalização social, criminalidade, violência, etc.

⁴ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito entregue pessoalmente ao autor deste texto, p.01. E neste ponto, coloca Lucarelli: *La sostituzione progressiva dei processi decisionali pubblici e dell'atto pubblico a vantaggio di scelte economiche, espressione di modelli neo-contrattuali, lobbistici e neo-feudali, mi ha spinto (me levou) ad interrogarmi sul senso più profondo del diritto pubblico oggi.*

Jürgen Habermas tem defendido⁵ a tese de que ao longo do terceiro quartel de nosso século, o Estado Social na Europa e em outros países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) compençou, em grande parte, as conseqüências indesejadas de um sistema econômico altamente produtivo, porém, desequilibrador das relações sociais. Neste cenário, entende o autor que o capitalismo não impediu, antes possibilitou, que se cumprisse a promessa republicana da inclusão igualitária de todos os cidadãos, contando, dentre outras coisas, com uma nova dicção normativa institucional-constitucional.

*De fato, o Estado constitucional democrático garante a igualdade também no sentido de que todos devem ter a mesma oportunidade de fazer uso de seus direitos. John Rawls, hoje o teórico mais influente do liberalismo político, fala nesse sentido do "fair value" de direitos repartidos com paridade. Em vista dos desabrigados, que se multiplicam em silêncio sob nossos olhos, vem à memória a frase de Anatole France: não é suficiente que todos tenham o mesmo direito de "dormir sob as pontes". Quando compreendemos o texto de nossas Constituições nesse sentido material da realização de uma sociedade socialmente justa, a idéia da autolegislação, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos ao mesmo tempo como seus autores, ganha a dimensão política de uma sociedade que atua sobre si mesma.*⁶

Tais mutações sociais e políticas no cenário internacional também atingiram de cheio a formatação do novo Estado Democrático de Direito e a Administração Pública que lhe é conseqüente, na expressão de Lucarelli:

*Il passaggio da una organizzazione del potere di natura politico-amministrativa, interessata prevalentemente alla migliore ed efficiente gestione pubblica (anche e soprattutto con strumenti di diritto privato) ad una organizzazione pubblica che intende assumersi responsabilità in ordine alla gestione diretta di attività economiche e di servizi pubblici e sociali, che intende produrre norme per garantire l'effettivo accesso ai diritti, caratterizza progressivamente il processo di democratizzazione del diritto pubblico. Un processo teso ad andare oltre il classico e formale rapporto autorità-libertà, e che non può non ruotare intorno ad un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche.*⁷

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAISI, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

⁶ Op.cit., p.04.

⁷ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p.03.

De qualquer sorte, o marco normativo-constitucional que inaugura os tempos hodiernos, evidencia um parâmetro de concepção e ação estatal e social em direção a caminhos civilizatórios e de emancipação previamente demarcados, ao menos em suas linhas gerais. Tal parâmetro rompe com o paradigma reducionista da função reguladora meramente individual do direito (enquanto sistema e ordenamento jurídicos), construída, essencialmente, sobre o conceito de direitos subjetivos individuais e mesmo com a matriz francesa de gestão pública como sinônima de legalidade estrita e gramatical, retirando dos administradores possibilidades de exercício subjetivo público envolvendo direitos e garantias muitas vezes estabelecidos pela via muito mais dos princípios do que das regras jurídicas.

Ao mesmo tempo, esta Administração Pública Democrática tem seu acento identitário e diferenciador posto no que se pode chamar de matriz publicístico-democrática, focada na gestão de demandas e conflitos de prestações sociais. Neste modelo, a complexidade das relações sociais não permitem que o direito público (administrativo) cinda a dimensão política da administrativa propriamente dita, mas as tenham como permanentemente presentes na formação, discussão, deliberação, execução e avaliação das políticas públicas gestacionais de toda a comunidade, com ampla participação da cidadania em todas estas fases.⁸ Por conseguinte, *Il modello di diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, si allontanerebbe, in maniera più o meno evidente, sia dal metodo dello Staatswissenschaftliche di von Stein, sia dal metodo giuridico di Gerber, Laband Jellinek, poi recepito in Italia da Orlando, rivolto a regolamentare ed organizzare lo Stato di polizia, il rapporto autorità-libertà, la tutela delle libertà individuali.*⁹

Qual a principal consequência à Administração Pública em face destes desafios que lhe ocorrem? Por certo a progressiva especialização e profissionali-

⁸ Como refere Lucarelli: *Occorre dunque immaginare una sintesi “publicistica” del rapporto politica-amministrazione, una sintesi che è possibile cominciare ad intravedere nella teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale. In tal senso, si pensi a titolo esemplificativo all’esperienza weimariana; ad una organizzazione statale nella quale la pubblica amministrazione, oltre alla “buona gestione della cosa pubblica”, viene incaricata di responsabilità politico-sociali, di erogare prestazioni di natura socio-economica; prestazioni che non possono prescindere da un livello politico, o meglio da un indirizzo politico.* Op.cit., p.04.

⁹ Idem, p.07. Lembra Lucarelli, deixando de lado o período fascista italiano, que: *la Costituzione italiana rappresenta la “chiusura” definitiva del diritto pubblico con la Scuola del Metodo giuridico orlandiano, cioè con quel metodo che portava in sé i modelli privatistici di un’amministrazione servente ad un indirizzo politico tendenzialmente autoritario e comunque orientato, secondo le logiche del liberalismo autoritario, in via primaria alla tutela delle libertà individuali e alla difesa dei valori e degli interessi dello Stato borghese.*

zação estrutural e operacional de quadros e serviços, para dar conta suficientemente de todas as demandas, o que não deve representar, ao mesmo tempo, insulamento dos demais interlocutores – em especial os soberanos cidadãos –, sob pena de gerar, pela via da tecnoburocracia, outros nichos autoritários de concentração e manipulação de poder. Vale a advertência de Lucarelli no ponto, ao sustentar que:

*Il passaggio dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale, dal mero riconoscimento del diritto all'effettiva affermazione del diritto (il c.d. accesso al diritto), richiede, al di là delle forme, un diritto pubblico "militante", in grado di riconoscere diritti di prestazione, ma in grado anche di porli in essere effettivamente attraverso l'azione di una buona amministrazione. Questo segna il passaggio da un diritto pubblico che deve regolare la mera titolarità della res publica, ad un diritto pubblico che si pone tra i suoi compiti quello di gestire la res publica, in funzione del perseguimento di interessi generali.*¹⁰

O Estado hodierno (e notadamente no Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos e da agudizante exclusão social provocada pelo modelo de organização produtiva e social hegemônico nos últimos tempos no cenário internacional, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada a administração dos conflitos que perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui. Assim, um processo de democratização da sociedade é, necessariamente, também um processo de organização descentralizada do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de prevenção e resolução dos conflitos existentes pela via do Direito Público¹¹. Na dicção de Lucarelli:

La vera dimensione del diritto pubblico si avverte, invece, in tutta la sua pienezza, quando esso mostra un radicato interesse per la politica sociale;

¹⁰ Idem, p.06. Refere ainda o autor que: *Si comprende come la visione formalistica del diritto pubblico, o anche tesa unicamente al buon funzionamento dell'organizzazione del potere, non sia idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, per le quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Questo quadro dunque, lasciato a sé stesso, e non affrontato socialmente attraverso un "ruolo funzionale" del diritto pubblico, esprime sempre più una formula vuota, che richiede appunto una formula nuova.*

¹¹ Veja-se que estas mudanças todas identificadas têm levado o Estado a inserir-se direta e indiretamente no processo de acumulação do capital, seja para conter a tendência decrescente da taxa de lucros nas economias capitalistas, seja para atender os imperativos da divisão e exclusão do trabalho, que requer, cada vez mais, níveis mais altos de competitividade e de inclusão social. Ver o texto de BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.

*quindi, piuttosto che composizione di interessi diffusi ed orizzontali, il diritto pubblico percepisce e si propone di risolvere le ingiustizie, i conflitti, le contraddizioni, disseminante nel rapporto istituzioni-società e all'interno della società stessa. Quanto più è grave e profondo il conflitto sociale, tanto più si percepisce l'esigenza del diritto pubblico, tanto più se ne esalta il ruolo.*¹²

O Estado de que estou falando, pois, não se confunde somente com a instituição jurídica que toma corpo em seus poderes institucionais, mas é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do que se tem o que posso chamar de mínimos existenciais e plexos de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu evolover. No mais, tudo pode e precisa ser construído, dependendo da capacidade criativa que se vai ter de superar as próprias limitações que se tem.

Como diz Lucarelli, tais questões vão fazendo surgir nova matriz estatal de conformação dos interesses públicos e privados, com a presença mais marcante e, por vezes, interventiva, das instituições públicas à proteção de interesses e bens que são indisponíveis por pertencerem ao sujeito coletivo que é a comunidade, fazendo surgir esta figura que é o Estado Social Administrativo (*L'insorgere dello Stato sociale attribuisce al diritto pubblico un ruolo molto speciale e peculiare, ovvero il tentativo di trasformare l'azione dello Stato da imperium a dominium, cioè strumento di compensazione, governo e gestione dei conflitti sociali; strumento teso all'effettiva tutela ed accesso ai diritti fondamentali*¹³), o que se apresenta de forma cada vez mais emergente, em face até das demandas coletivas que vão explodindo com mais frequência e intensidade.

Assim, o conceito de boa administração envolve inclusive *una estensione progressiva delle forme pubblicistiche al contesto dei rapporti economico-patrimoniali. La configurazione di un modello che si contrappone all'azione amministrativa, intesa secondo schemi formalistici e del diritto privato e orientata*

¹² LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p.10.

¹³ Idem, p.07. Ver também FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*. In *Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi, 1984, p.592. Adverte este último autor que *Ciò pone in essere una progressiva edificazione dello Stato sociale-amministrativo, attraverso una crescita di apparati burocratici e l'assunzione di nuovi servizi e compiti da parte dello Stato, nella consapevolezza che dove non c'è sfera pubblica non c'è neppure sviluppo, che le spese sociali non vanno concepite come un costoso passivo nei bilanci pubblici, ma come la forma di investimento pubblico sicuramente più produttiva*.

*prevalentemente al c.d. "buon governo" della cosa pubblica.*¹⁴ Ou seja, até mesmo a propriedade privada – grande bastião fundador dos direitos individuais de matiz liberal –, até então intocável pelo interesse público, se vê alcançada pela lógica publicística que passa a vigor na ordem constitucional social do século XX, a despeito de sua historicidade privatista, o que passo rapidamente a abordar.

3. O EVOLVER HISTÓRICO DA PROPRIEDADE E SUA INSERÇÃO SOCIAL

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges¹⁵, dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antigüidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

Nos estudos de Engels¹⁶, percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira idéia de propriedade surgiu em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.¹⁷

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Esta bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sis-

¹⁴ Idem, p.08.

¹⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.

¹⁶ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

¹⁷ GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908, p.251.

tema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir, *foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos.*¹⁸

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga, o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Esta, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso exigia um sistema de bens assecuratório de sua auto-suficiência.¹⁹

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se desta forma os direitos de vizinhança.²⁰

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.²¹

¹⁸ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. *Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentílica, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época.*

¹⁹ Na obra de MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990, p.241, é possível termos a seguinte assertiva: *É certo que o primitivo Direito Romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista.*

²⁰ Lembra CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

²¹ WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.96.

Em verdade, pode-se, a partir destes dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como conseqüência direta disto, deu-se o predomínio das relações reais sobre as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico em seguida passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A idéia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.²² A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõe à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.²³

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico, ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis. Daí resultaram

²² Neste sentido BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. Ver também BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

²³ ZOLO, Danilo. *Libertà, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.61. Refere o autor que: *Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua attualità.... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiuguagliario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato*.

preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.²⁴

Conforme Pugliatti²⁵, o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.²⁶

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Josserand²⁷ e Duguit²⁸, avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, por se encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, *i.e.*, ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.²⁹

Veja-se que a idéia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com

²⁴ Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que afirma ser o direito de propriedade *inviolable et sacré*, posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do *jus utendi* e *jus abutendi* do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIUO, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1990.

²⁵ PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994, p.96.

²⁶ Consoante disposição expressa do art.544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁷ JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

²⁸ DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

²⁹ É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* (1967), um sentimento centrado na idéia de justiça.

que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.³⁰

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) – referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao *jus utendi, fruendi e abutendi* do Direito Romano³¹; mais do que isto, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

*Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.*³²

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX³³, junto com a idéia de Estado Social que abordei acima, começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico (constitucional e infra-constitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravel-

³⁰ Ver o meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.86. Na mesma direção ver o texto de GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³² TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, p.73/78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³³ Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.

mente a concepção de propriedade, sua natureza e funções. Esta concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de induzimentos que compõem, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.³⁴

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

Em verdade, a preocupação com a função social da propriedade, no caso brasileiro, plasmou-se de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional nº1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: *A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.* Da mesma forma a Lei nº4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art.157, III, e na Constituição de 1969, em seu art.160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, desde então, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, expri-

³⁴ De forma arguta, Tepedino (op.cit., p.77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Civis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão-somente para valores patrimoniais. Isto ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.

*mindando-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.*³⁵

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o *uso* da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade³⁶, razão pela qual a Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada³⁷; (3) O art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art.184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária³⁸; (4) Há, ainda a regulação – art.185 – sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido,

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

³⁶ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

³⁷ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

³⁸ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano - art.183 - sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m2; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) Da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) Não se perca de vista o disposto nos arts. 182 e 183, da Constituição, que dão as bases do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

*La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.*³⁹

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro, a despeito das posições doutrinárias e jurisprudências ainda resistentes desta perspectiva que há no Brasil e mesmo em outros países nesta quadra histórica.⁴⁰

³⁹ VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoría de Derecho Agrario*. México: Porrúa, 2008, p.49.

⁴⁰ Importante aqui a lembrança de Lucarelli no ponto, quando assevera que: *Basti pensare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione alla celebre e discussa sentenza della cassazione, sez. unite penali, del 7 febbraio 1948, con cui si introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicitare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente*

Por estas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que, se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil⁴¹, tais normas reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, *a palavra "privada" em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento político dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.*⁴²

Não foi em vão que o Novo Código Civil Brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1228⁴³ a 1232, objetivando dar cumprimento à determinação constitucional do uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social. Em especial neste art.1.228, em seu §1º, tem-se de forma muito clara a preocupação em proteger o que se pode nominar de bens comuns à sociedade, asseverando que *o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

Disposição desta natureza, para além de demarcar as possibilidades da vida civil entre particulares, institui verdadeira política pública normativa de gestão de bens comuns que dizem respeito não só ao mercado, mas fundamentalmente à toda a comunidade, o que *augmenta la responsabilità delle istituzioni pubbliche, non in quanto proprietari del bene, ma in quanto tutori degli interessi generali e dei valori etico-sociali, riconducibili alla protezione del bene stesso e*

programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Ciò rappresentava un evidente freno alla forza normativa-innovativa della Costituzione, in difesa di valori e principi consolidati della borghesia di matrice liberale. LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale.* Op.cit., p. 10.

⁴¹ Isto está posto de forma clara – inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade -, no atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art.1.231, dispondo que *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.*

(Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002

⁴² ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno.* Londrina: UEL, 1998, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

⁴³ Vide o que estabelece o art.1228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

*quindi in quanto soggetti responsabili verso le generazioni future.*⁴⁴

Demarcados estes cenários teóricos e normativos, cumpre agora verificar como se pode delimitar ainda mais este conceito de Bem Comum enquanto novo paradigma da propriedade, o que passo a fazer.

4. BENS COMUNS E PATRIMÔNIO: NOVOS PARADIGMAS

Para cumprir o intento de enfrentar os contornos semânticos e pragmáticos do conceito de Bem Comum vou me valer, dentre outros, mas principalmente, do excelente trabalho de Alberto Lucarelli (já referido), até em face das investigações que vem desenvolvendo sobre o tema no *Centre International d'Études et de Recherches sur les Biens Communs*, de Paris e Nápoli.

Tem sustentado o professor Lucarelli que, para construir uma noção jurídica de Bem Comum, deve-se partir de uma visão mais universal do direito, fixando-se em valores/princípios notadamente vinculados à sobrevivência e à convivência social lato senso⁴⁵, o que demandaria, dentre outras coisas, partir-se da delimitação de um quadro de princípios envolvendo a natureza do direito sob comento, em vez de se partir da individualização de bens juridicamente já dimensionados pelos ordenamentos positivados.

Assim, a noção de Bem Comum é o resultado de um fenômeno de necessária coesão econômica, social e territorial, envolvendo bens (naturais e construídos) da civilização, e por isto fundamentais a ela, os quais, por decisão política parlamentar e democrática, positivam-se em ordenamentos jurídicos vinculantes à tutela de tais bens enquanto condizentes à natureza humana em sua forma social e inclusive moral.

A partir deste conceito aproximativo e exemplificativo de Bem Comum, o

⁴⁴ LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007, p.03.

⁴⁵ Lucarelli opta por estabelecer uma relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo nesta abordagem que não vou aprofundar e mesmo eleger como foco, a uma porque tenho divergências epistemológicas quanto a tal opção, a duas porque, em meu sentir, se pode aprofundar este conceito de Bem Comum sem optar pela relação proposta, a três porque não teria tempo para enfrentar a abordagem filosófica proposta neste ensaio. Por uma questão de respeito ao texto do autor impõe-se esta advertência pessoal. No particular, refere Lucarelli: *L'adesione ad un contenuto minimo di diritto naturale declina altresì il principio della responsabilità giuridica verso le generazioni future e non implica alcuna violazione del principio della separazione tra diritto e morale. Questo modo di ragionare non violerebbe il principio humeano della fallacia naturalistica, cioè l'errore logico consistente nella deduzione di una conseguenza normativa da una premessa fattuale, infatti, l'idea del contenuto minimo del diritto naturale si ispira "solamente" all'idea di sopravvivenza e convivenza*. Idem, p.05.

problema que Lucaralli se coloca diz com as dificultades de sua efetiva protección, constantemente ameazados não só pela cultura privatista que historicamente se tem de propiedade, mas em face da tradición de transferencia do dominio e uso destes bens, pela via das concessões de serviços públicos, gestão de recursos naturais (hídricos) pelo mercado, etc. Por certo que mecanismos de controle e transparência sobre estes bens são constantemente aprimorados, o que não tem evitado os seus depauperamentos progressivos.

Assim que:

*I beni comuni sono beni che, al di là della proprietà, dell'appartenenza, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la stessa collettività in persona dei suoi componenti..... Tali istituti, infatti, oltre lo spirito originario dei beni comuni, tendono, nel migliore dei casi, a bilanciare esigenze collettive con esigenze individuali*⁴⁶.

Com acerto Sandulli adverte para o fato de que o conceito de Bem Comum não implica a transmutação ou negação da propiedade privada, que continúa íntegra tanto na cultura como na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais –tampouco pode ser confundido com o conceito tradicional de bem coletivo–, mas dá relevo, para além do título dominial da propiedade consecutório, ao significado e função reconhecida pelo Direito no particular, fundado em situações fáticas que geraram o reconhecimento (e tutela) normativo deste bem como comum.⁴⁷

Ou seja, parte o conceito de Bem Comum da premissa de que a sobrevivência e convivência de valores, tradições, hábitos, costumes, e todas as suas projeções materiais e imateriais na realidade histórico-social da civilização, se afiguram como bens absolutos, dos quais declinam direitos fundamentais que, para serem tutelados eficazmente, precisam de políticas públicas e ferramentas protetivas adequadas.

Com este espectro semântico é que um dos mais importantes marcos normativos internacionais sobre o tema o define, a saber:

⁴⁶ SANDULLI, A.M.. *Beni pubblici*. In *Enciclopedia de Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959, p. 285.

⁴⁷ Nas palabras de Lucarelli: *Non si è in presenza di un bene demaniale o patrimoniale dello Stato, o comunque di un bene riconducibile all'istituzione pubblica, ma, si è in presenza, invece, di una res communis omnium, che, al di là del titolo di proprietà, si caratterizza da una destinazione a fini di utilità generale; si è in presenza di un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento di diritti fondamentali*. LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Op.cit., p.04.

Artigo 1º

Definição de bens culturais

Para fins da presente Convenção *são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:*

- a) *Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;*
- b) *Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;*
- c) *Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais".⁴⁸*

Daí a importância, para Lucarelli, de se configurar à abordagem de tema tão complexo o que ele chama de uma Teoria Mista, capaz de levar em conta *i temi classici delle scienze giuridiche, quali la proprietà, la nozione di interesse generale, gli istituti partecipativi; una nozione che esercita diretta influenza sulla fruibilità e sulla gestione del bene comune, ovvero che presenta una diretta ricaduta sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali.*⁴⁹

Por outro lado, está em jogo nesta lógica protetiva de bens comuns a mudança paradigmática de cultura envolvendo a idéia não só de propriedade privada de interesse público, mas fundamentalmente de responsabilidade do

⁴⁸ Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) – 1954. Adotada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954). Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Agosto de 1956.

⁴⁹ Idem, p.06. Mais adiante reforça o autor que *la conversione del diritto soggettivo (diritto di proprietà) in funzione (socio-economica) del bene apre la strada del controllo circa l'esercizio del diritto e circa l'eventuale abuso. L'abuso del diritto di proprietà costituirebbe un'aggressione a quella tavola di valori universali, oggettivizzati attraverso il diritto pubblico internazionale, le Costituzioni ed eventualmente attraverso la legislazione di rango primário.*

Estado em relación a isto, porque não se pode asociar a este novel tipo de propiedade mascarada especie expropiatória que demanda indenización pecuniária ao titular do dominio ou posse. Na dicción de Lucarelli: *I principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, l'azione di soggetti privati per il perseguimento di interessi generali ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non deve indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato.*⁵⁰

Vale aquí a tese de que debe o propietario ou possuidor, em nome da subsidiariedade horizontal, solidariedade, responsabilidade cívica e republicana e tolerancia, ser tamén responsábel pola protección de patrimonio que, além de ser privado, tamén é público – material e imaterialmente –, sem restringir de forma absoluta os atributos dominiais de estilo (fruição, uso, gozo, disponibilidade, etc.) do bem sob comento.

*Governo pubblico dei beni comuni non va identificato con proprietà pubblica, la natura del diritto dovrebbe prevalere sulla natura giuridica del bene ed i cittadini potrebbero integrarsi nei processi di governo, attraverso un rapporto politico, piuttosto che economico. In sostanza, andrebbe data più rilevanza al soggetto, titolare di diritti, nella sua dimensione di homo civicus, piuttosto che al bene, alla cosa, espressione di una mera valenza economica. In questa dimensione giuridico-istituzionale, viene esercita l'azione dello Stato, ora di gestore, ora di regolatore, ora di controllore, ma sempre orientata all'utilità pubblica, sempre tesa ad evitare la degenerazione dell'homo civicus in homo economicus.*⁵¹

Por certo que quando o exercicio destes atributos foram inviabilizados ou prejudicados de maneira predominante, poderá restar caracterizada a expropiación pública até indireta, com os consecutivos propios, o que deberá ser materia de ampla instrución probatoria e caracterización conjuntural adecuada, levando em conta a natureza híbrida da propiedade que se formou.

É Umberto Cerroni que, desde há muito, contextualiza bem esta abordagem, ao sustentar que *Il governo dei beni comuni, anche attraverso il coinvolgimento della cittadinanza attiva, deve svolgersi attraverso l'adozione di responsabili politiche pubbliche, che le istituzioni dovrebbero porre in essere, non sull'ancestrale titolo proprietario, ma in quanto tutori del più ampio concetto*

⁵⁰ Idem, p.08.

⁵¹ Idem, p.12. Alerta aínda o autor que *Governare i beni comuni, in particolare le risorse naturali, impone una prospettiva universalistica, in base alla quale, il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l'umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali.*

*di interesse generale.*⁵²

Mas que bens materiais típicos poder-se-iam demarcar como comuns à humanidade/sociedade a partir desta reflexão de Lucarelli? Ele mesmo responde a isto, sustentando que: *Ricordiamoci che efficienza e qualità nel governo dei beni comuni significano tutela della salute, dell'ambiente, dell'occupazione, nel rispetto dei principi della dignità, della giustizia sociale e della solidarietà.*⁵³

Contemporaneamente pode-se associar de igual sorte aos bens comuns ameaçados os que dizem com: (a) crescimento populacional descontrolado levando à superpopulação; (b) a poluição e a crise por que passa o acesso a água, com a superexploração de aquíferos e desperdício de água devido a problemas com irrigação; (c) problemas atinentes à extração predatória de madeira em áreas de fronteira agrícola e o uso indiscriminado de queimadas; (d) a queima de combustíveis fósseis e o conseqüente aquecimento global; (e) a destruição de habitats e a caça clandestina, levando à extinção em mass de holoceno; (f) a superexploração da pesca predatória, colocando em risco espécies de vida oceânica e de rios em extinção; etc. .

Em termos de marcos normativos nacionais, com certeza é o art.216, da Constituição Federal de 1988, que melhor exemplifica a preocupação formal do país com a matéria deste ensaio, referido expressamente que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

⁵² CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960, p. 362. Lucarelli neste ponto lembra que *Alla base del bene comune vi è, dunque, il primato della funzione sul titolo, il primato della posizione giuridica soggettiva sul bene, il primato dell'ordine fenomenico e sociale sull'individuo. Una pluralità di soggetti sono consapevoli di non poter esercitare diritti individuali esclusivi e non si rapportano ad un bene in comunione in chiave concorrenziale con gli altri, dove l'interesse generale cede dinanzi al diritto di proprietà (concezione individualistica romana).*

⁵³ LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. Op.cit., p.14. Na mesma direção foi o trabalho histórico de HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In *Science*, December 13, 1968. Neste texto, o autor chega a dar exemplos paradigmáticos, em 1968, dos chamados bens comuns violados periodicamente, a saber: a sobrepesca e destruição dos Grandes Bancos, o fim da migração dos salmões em rios represados (em tempos mais recentes, principalmente no rio Colúmbia, noroeste dos EUA, mas, historicamente nos rios que deságuam no Atlântico Norte), a devastação na pesca do esturjão (em tempos recentes, especialmente na Rússia, mas em outros períodos históricos, também nos Estados Unidos), e, em termos de abastecimento de água, o suprimento limitado disponível em regiões áridas (por exemplo, a região do Mar de Aral), e o abastecimento de água de Los Angeles, especialmente no lago Mono e lago Owens.

os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Aduz ainda o parágrafo primeiro daquele dispositivo constitucional que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A despeito mesmo da existência de legislação infraconstitucional protetiva destes bens – atinentes ao tombamento e mesmo inventários, por exemplo –, o grande problema ainda é o cultural, a ponto de dar efetividade às prerrogativas e garantidas destes interesses públicos indisponíveis que representam tais bens, afigurando-se ainda um longo caminho a percorrer, sabe-se lá a que custo para o patrimônio de gerações.

5. BIBLIOGRAFIA

- ARENDE, H. (2003): *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- ORMINDO DE AZEVEDO, P. (1987): *Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro*. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 22.
- BASBAUM, L. (1981): *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega.
- BERLE Jr., Adolf A. (1957): *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema.
- BOBBIO, N. (1996): *Dicionário de Política*. Brasília: UNB.
- BORON, A. (1994): *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra.
- RABELLO DE CASTRO, S. (1991): *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar.
- CERRONI, U. (1960): *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi.
- COSTA NETO, DINO DE CASTRO, Nicolao et al (2001): *Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei núm. 9605/98*. Brasília: Brasília Jurídica.
- COULANGES, F. de (1987): *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto.
- CRETELLA Jr., J. (1996): *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense.
- CUREAU, S. (2003): Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico*. II(9 out/dez.) p. 189–195. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União.
- ZANELLA DI PIETRO, M. S. (2000): *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

- DINIZ, M. H. (1985): *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- DUGUIT, L. (1960): *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento.
- DUGUIT, L. (1967): *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing.
- ENGELS, F. (1984): *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega.
- FACHIN, L. E. (1988): *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- FERRI, P. G. (1996): Os bens culturais no direito italiano. In MIRANDA, J. et. all. (Coord.): *Direito do Patrimônio Cultural*. (p. 111-149). Lisboa: Instituto Nacional de Administração.
- FERRO, M. R. (1994): A Propriedade Privada no Código de Napoleão. *Revista de Direito Civil*, 70, p. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- VALLE DE FIGUEIREDO, L. (2004): *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.
- FIORAVANTI, M. (1984): *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica. Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi.
- GIDDENS, A. (1999): *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record.
- de FREITAS GOMES, L. R. (1993): O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Civil*, 64, p. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRASSERIE, R. (1908): *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus.
- HABERMAS, J. (1999): Nos limites do Estado. *Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!*, Julho, 5-4.
- HARDIM, G. (1968): The Tragedy of the Commons. *Science*, 13 (December).
- HAURIOU, A. (1990): *Derecho Constitucional y Instituciones Politicas*. Barcelona: Ariel.
- ALONSO IBANEZ, M. R. (1996): Direito do patrimônio cultural em Espanha: situação actual e perspectivas. In MIRANDA, J. et all. (Coord.): *Direito do Patrimônio Cultural*. (pp. 151-179). Lisboa: Instituto Nacional de Administração.
- JOSSERAND, A. (1939): *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre.
- GESTA LEAL, R. (2007): *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- GESTA LEAL, R. (2000): *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- LUCARELLI, A. (2009): *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito. Nápole.
- LUCARELLI, A. (2007): *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Federico II.

- MACPHERSON, C. B. (1991): *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra.
- MARÉS, C. F. (1993): A protección jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 2, 19-35. São Paulo.
- MEIRA, Silvio A. B. (1990): *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. (2009): *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MESNARD, A. H. (1996): Política e direito do património cultural em França: situação actual e perspectivas. In MIRANDA, Jorge et. All. (coord.): *Direito do Patrimônio Cultural*. (pp. 181-204) Lisboa: Instituto Nacional de Administração.
- DE SOUZA MIRANDA, M. (2006): *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey.
- CASALTA NABAIS, J.(2004): *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina.
- OROZCO PARDO, G. e PÉREZ ALONSO, E. J. (1996): *La tutela civil y penal Del Patrimonio histórico cultural o artístico*. Madrid. McGraw-Hill.
- DA SILVA PEREIRA, C. M. (1991): *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- SIMÕES PIRES, M. C. (1994): *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey.
- PUGLIATTI, S. (1994): *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè.
- ARNO RICHTER, R. (2001): Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural. *Atuação Jurídica. Associação Catarinense do Ministério Público*, 4(6, ago), pp. 69-73.
- RAMOS RODRIGUES, J. E. (2001): O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In DERANI, C. e FONTOURA COSTA, J. A. (orgs.): *Direito Ambiental Internacional*. (p. 199-215). Santos: Ed. Universitária.
- SANDULLI, A. M. (1959): Beni pubblici. In *Enciclopedia de Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè.
- SILVA, J. A. (2001): *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros.
- TEPEDINO, G.: *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. *Revista Forense*, vol.306, p.73-78. Rio de Janeiro.
- VIVANCO, A. C. (2008): *Teoria de Derecho Agrário*. México: Porrúa.
- WALD, A. (1994): *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ZOLO, D. (2008): Liberta, proprietá Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza.

O EMPREGO PÚBLICO: PLANIFICACIÓN E ACCESO

Susana Menéndez Otero

Funcionaria do Consello de Contas de Galicia

Resumo: *O réxime xurídico especial que o legislador constitucional decide outorgarlle ao funcionario público, fundamentado nese servizo ao interese xeral inherente ás súas funcións, está en creba. A dualidade de réximes xurídicos, estatutario e laboral, xa é consubstancial ao noso modelo de emprego público. A funcionarización e a consolidación tenden a perder o seu carácter de excepcionalidade e a se converter nunha nova vía de acceso á Función Pública, dificultando, doutra banda, o obxectivo de afrontar con eficacia o primeiro elo cara á racionalización da administración pública: a planificación, base necesaria para deseñar un sistema de emprego público coherente e eficaz.*

Palabras clave: *Instrumentos de planificación. Acceso ao emprego público. Funcionarización e consolidación.*

Abstract: *The special legal system that the constitutional legislator decides to grant the civil servant, based on that service to the public interest inherent in their duties, is in bankruptcy. Duality of legal systems, statutory and professional, is inherent to our model of public employment. The "funcionarización", or conversion of the employees to civil servants, and the "consolidación", or conversion of a temporary contract in a permanent contract in the Public Service, tend to lose their exceptional character and become a new gateway to the Civil Service, making it difficult, on the other side, to deal effectively with the first step towards the rationalization of the Civil Service: planning, a necessary keystone to design a consistent and effective public employment system .*

Keywords: *Planning instruments. Public Service access. Funcionarización and consolidation.*

Índice: *1. Conceptos previos. O empregado público. 2. Planificación: a necesaria incorporación de persoas idóneas, cualitativa e cuantitativamente. 2.1. Plans ben estruturados. 2.2. Oferta de Emprego Público (OPE). 2.3. rexistros de persoal. 2.4. Relacións de Postos de Traballo. 3. Acceso ao emprego público. 3.1. Principios constitucionais. 3.2. Outros requisitos para o acceso. 3.3. Órganos de selección. 3.4. Procedemento selectivo. Principios procedimentais. 3.5. Sistemas selectivos. 3.5.1. Funcionarios de carreira e laborais fixos. 3.5.2. Funcionarios interinos e persoal laboral temporal. 3.5.2.1. As listas de contratación ou bolsas de emprego temporal. 3.6. Funcionarización e consolidación. 3.6.1. Probas restrinxidas. 3.6.2. A funcionarización e consolidación na normativa. 4. Revisión do sistema. 5. Bibliografía.*

1. CONCEPTOS PREVIOS. O EMPREGADO PÚBLICO

En España existe un sistema dual de emprego público, especialmente trala Lei de Medidas para a Reforma da Función Pública de 1984, xa que xunto ao réxime estatutario establecido constitucionalmente permítese a coexistencia dun réxime laboral –aínda que xa a Lei de 1964 autorizou a incorporación de persoal sometido ao dereito privado–.

Como sinala o Informe do 25 de abril de 2005 da Comisión para o estudo e preparación do *Estatuto Básico del Empleado Público*¹, esta dualidade de réximes xurídicos, estatutario ou administrativo e laboral, "desenvolveuse de tal xeito nas últimas décadas que é xa consubstancial á nosa paisaxe administrativa, ao noso modelo de emprego público".

A propia Comisión recoñece que este modelo dual, aínda que non goza do pleno apoio constitucional, tampouco pode considerarse contrario á Norma Suprema. De feito, o Texto Constitucional establece unha reserva de lei en materia de Función Pública que o lexislador competente debe respectar; agora ben, esta reserva de lei non resulta vulnerada se o lexislador especifica cales son os postos de traballo que necesariamente deben ser desempeñados por funcionarios. Respectando este límite, as Administracións públicas gozan do poder de autoorganización para adscribir os demais postos de traballo a persoal laboral ou eventual. Esta potestade de autoorganización debe exercitarse dentro do marco legal e suxeita aos eventuais controis de legalidade por parte dos Tribunais.

O lexislador estatal considera que a Norma Constitucional permite unificar esta dualidade no sistema ao establecer un verdadeiro estatuto ineludible para todos os empregados públicos, calquera que sexa a natureza do seu vínculo. Así o recoñeceu a Comisión de expertos do EBEP ao admitir que, aínda que no persoal das Administracións Públicas se integren funcionarios e persoal laboral, uns e outros forman parte do emprego público, polo tipo de entidade para a que prestan servizos, e este emprego público presenta unhas características e comporta unhas esixencias que o diferencian do emprego no sector privado. Neste sentido, as notas principais do estatuto xurídico do empregado público –como son o acceso de acordo cos principios de igualdade, mérito e capacidade, e a garantía para a imparcialidade no exercicio das súas funcións– deben ser esixidas a todo aquel que preste os seus servizos nunha Administración

¹ INFORME de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público do 25 de abril de 2005, Ministerio de las Administraciones Públicas, INAP goberna, Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública.

Pública, pois estes requisitos están directamente conectados cos postulados de obxectividade e eficacia proclamados para a actuación da Administración Pública.

Consolidado pois este carácter dual, e aínda que con esixencias distintas, todo empregado público (funcionarios de carreira; funcionarios interinos; persoal laboral fixo ou temporal; e persoal eventual) que desempeña funcións retribuídas nas Administracións Públicas ao servizo dos intereses xerais está suxeito a determinadas esixencias, que afectan de forma especial aos sistemas de acceso.

Na actualidade, a elevada presenza de interinos e contratados temporais incide na nota de temporalidade fronte á permanencia predicada dos empregados públicos, que segundo o Informe monográfico do *Defensor del Pueblo* do ano 2003, sobre a provisionalidade e temporalidade no emprego nas Administracións Públicas², reflicte a consolidación desta dualidade no emprego público. Ademais, neste Informe se incide nos abusos en que se estaba incorrendo coa atribución de interinidades para postos que deberían ser desempeñados por funcionarios de carreira e nas situacións de eventualidade e temporalidade en empregos laborais que, polas súas características, deberían ter carácter fixo. Estes feitos, segundo o *Defensor del Pueblo*, distánciannos do modelo de Función Pública deseñado polo lexislador constitucional.

2. PLANIFICACIÓN: A NECESARIA INCORPORACIÓN DE PERSOAS IDÓNEAS, CUALITATIVA E CUANTITATIVAMENTE

"As empresas poden aprender da administración, o mesmo que a administración pode aprender das empresas"³. Esta frase, que Francisco Longo lle atribúe a Henry Mintzberg, permítenos suavizar a ríxida confrontación que parece rexer a ambos sectores, de cara á súa optimización respectiva. Ámbitos como a planificación, a motivación ou a avaliación do desempeño, notoriamente deficientes no sector público, son campos nos que podería darse

² DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y Personal Eventual: La Provisionalidad y Temporalidad en el Empleo Público*.

³ LONGO, Francisco, no seu artigo *Modernizar la gestión pública de las personas: los desafíos de la flexibilidad*, publicado na Revista do CLAD Reforma y Democracia, nº 19, febreiro de 2001, Caracas, atribúelle esta frase a MINTZBERG, Henry, *Managing Government, Governing Management*, en Harvard Business Review, maio-xuño 1996.

esta aproximación.

Certo é que o emprego no sector público debe reunir unha serie de peculiaridades que o distinguen substancialmente do emprego no sector privado e que cristalizan na configuración de sistemas de acceso claramente deslindados por un factor fundamental: mentres a contratación na esfera privada queda a criterio exclusivo do empregador, no ámbito público, coa Administración como empregador, queda suxeita a unha selección obxectiva, non arbitraria, perdida pola necesaria demostración dos principios de mérito e capacidade para facer efectivo o principio de igualdade.

Pero se o que se pretende é obter a máxima rendibilidade dos recursos humanos para alcanzar os transcendentales obxectivos que teñen asignados, antes de valorar a aqueles que cumpren esas condicións de acceso, a Administración debe determinar, previa e razoadamente, o momento en que necesita eses efectivos, en qué número, e as cualificacións concretas que precisa. Debería resultar primordial coñecer escrupulosamente as necesidades en materia de persoal da Administración antes de determinar os requisitos e principios que deben rexer o acceso a aquela, para así superar a deficiente xestión de recursos humanos por non axustarse aos principios de eficiencia e eficacia, que denunciaba o *Defensor del Pueblo*⁴ no seu Informe monográfico do ano 2003.

A ausencia ou inconsistencia de planificación afecta non só ao funcionamento da Administración, senón que tamén prexudica, por unha banda, aos funcionarios que accederon aos seus empregos superando unhas probas selectivas e que ven minguadas as súas posibilidades de promoción e de mobilidade pola presenza de interinos que ocupan postos que eles desexarían cubrir e, por outra, aos aspirantes a un primeiro emprego no sector público, que observan con preocupación como a oferta de emprego público é escasa e non recolle moitas vacantes ocupadas por persoal con nomeamentos provisionais; e, para rematar, ao propio persoal interino que leva moito tempo desempeñando funcións públicas e que desexa, como é lóxico, a estabilidade profesional⁵.

A planificación debe considerarse, pois, como un instrumento esencial para cumprir con eficacia e eficiencia os principios que deben presidir toda política de recursos humanos, é dicir a mellora do aproveitamento deses recursos. Así o considerou a Comisión de Expertos do EBEP ao determinar que ningunha Administración pode funcionar correctamente se carece dunha estratexia

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y Personal Eventual: La Provisionalidad y Temporalidad en el Empleo Público*, Informe monográfico do ano 2003.

⁵ Cfr: Informe do Defensor del Pueblo.

adecuada de xestión do seu persoal e dos medios necesarios para executala, polo que propón a adopción de instrumentos de planificación que permitan dimensionar adecuadamente os efectivos e acadar a súa mellor distribución para lograr unha maior eficacia no servizo e aumentar a produtividade, no marco dos recursos económicos dispoñibles. Non esquezamos que non hai cadro de persoal ata tanto non teña lugar a oportuna aprobación da partida económica. A racionalización do papel do Estado na organización da Función Pública é o gran desafío a superar fronte á crise que padecemos, evitando caer na tentación de priorizar a redución de custos, considerando o factor humano como simple obstáculo e non como un activo.

Nesta liña, o lexislador do Estatuto Básico⁶ regula a ordenación da actividade profesional mediante a planificación dos recursos humanos para unha utilización máis eficiente dos mesmos, que preserve a eficacia; plans que se instrumentarán nas ofertas de emprego público, os rexistros de persoal e as relacións de postos de traballo.

2.1. PLANS BEN ESTRUTURADOS

O artigo 69 do EBEP fundamenta esta planificación na posibilidade -xa que logo, trátase dunha decisión facultativa- de elaborar Plans polas diferentes Administracións Públicas mediante os cales se contemple a dimensión adecuada dos efectivos, a súa mellor distribución, formación, promoción profesional e mobilidade.

Pero os Plans, malia ese carácter facultativo que lles outorga o Estatuto, deberían constituírse, ao meu xuízo, en elementos básicos, en verdadeiros instrumentos da planificación. Un Plan ben estruturado sustentarse nunha esmerada reflexión acerca das necesidades de efectivos na Administración correspondente. O EBEP establece como posibles medidas a incorporar neles unha análise dos perfís profesionais ou niveis de cualificación dos efectivos. Esta análise, xa realizada noutros países da Comunidade Europea, como é o caso de Inglaterra, constitúe unha medida importante e un primeiro paso para afondar no coñecemento dos efectivos de que dispón a Administración e fuxir do enfoque gregario que asiduamente caracteriza ao sistema de Función Pública, podendo contribuír a mellorar a reordenación dos mesmos e a unha necesaria profesionalización do empregado público, imprescindible para facilitar uns servizos comprometidos cos principios de calidade e eficacia.

⁶ LEI 7/2007, do 12 de abril, pola que se aproba o ESTATUTO BÁSICO DO EMPREGADO PÚBLICO, RCL 2007/768, BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007, páx. 16270.

O EBEP delimita a continuación unha serie de instrumentos para levar a cabo esta planificación, xa regulados pola lei de 1984, pero obxecto dunha moi desigual implantación. Estes instrumentos son, como xa sinalamos, a Oferta de Emprego Público, os rexistros de persoal e as Relacións de Postos de Traballo (RPT). No entanto, o lexislador estatal outorga unha ampla marxe de manobra respecto diso ás distintas Administracións, pois tanto ao referirse á Oferta de Emprego Público como ás Relacións de Postos de Traballo engade o apéndice "ou outro instrumento similar", que no caso das RPT, aínda que se esixan determinados contidos mínimos, podería dificultar un eventual diagnóstico global e comparativo dos recursos humanos na Administración Pública española. Con todo, no que se refire aos rexistros de persoal avógase, como veremos enseguida, por fomentar o intercambio homoxéneo de información e unha xestión integrada dos recursos humanos.

2.2. OFERTA DE EMPREGO PÚBLICO (OPE)

A Oferta de Emprego Público (OPE) configúrase, despois de que representa a previsión de incorporación de persoal, como un instrumento de planificación polo que a Administración correspondente procede á convocatoria das prazas vacantes de novo ingreso, vinculada sempre, dita convocatoria, á existencia de asignación orzamentaria.

Unha das cuestións que suscitaron máis polémica en torno a este instrumento de planificación é o relativo á súa natureza xurídica. Consecuencia de que a competencia da súa aprobación reside no nivel máximo de cada Administración -Goberno, Consello de Goberno ou Pleno do Concello- puidese outorgárselle a cualificación de norma regulamentaria. Con todo, como precisarei de inmediato, as Ofertas Públicas de Emprego son actos administrativos de vixencia temporal. Nada impide que conteñan algunha determinación de carácter programático ou directivo cuxo contido normativo estea determinado na norma correspondente, pero o que non poden contemplar, en ningún caso, son determinacións substantivas que constitúan realmente un desenvolvemento regulamentario encuberto⁷.

Neste aspecto é sumamente clarificadora a Sentenza do Tribunal Supremo do 30 de novembro de 1999⁸ ao indicar que a oferta de emprego público

⁷ PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, *La Oferta de Empleo Público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión*, Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 140/2008, Editorial Civitas, S.A. Madrid 2008.

⁸ SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, do 30 de novembro de 1999, RJ\2000\3203.

"tiene como objeto proveer a las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes... lo que excluye la posibilidad de que *per se* constituya en cuanto a la oferta un Reglamento de desarrollo o de ejecución de Ley susceptible de alterar o de modificar los límites que ésta impone o de extralimitarse en el contenido propio de norma con rango de Ley"

Así mesmo, noutra Sentenza deste mesmo Tribunal e Sala do ano 2008⁹ na que se resolvía un recurso de casación referente á impugnación dunha oferta de emprego público por considerar que realizaba unha clasificación de determinadas prazas, o Tribunal declara que a "OPE no habilita para hacer dicha reclasificación". O Tribunal admite como ben fundamentada a contestación á demanda que realiza a Administración recorrente relativa ao contido das ofertas de emprego en canto a que estas

"deben recoger las plazas vacantes dotadas en la plantilla presupuestaria, lo que tiene reflejo en las Relaciones de Puestos de Trabajo... y no tienen por qué contener puestos de trabajo concretos, ni identificarlos, siendo la provisión consecuencia del proceso selectivo posterior".

En definitiva, as ofertas de emprego público son actos administrativos temporais, que deben recoller as prazas vacantes dotadas no persoal orzamentaria, debendo constituír o reflexo das RPT, aínda cando desde o punto de vista político poidan, na medida que a lei o permita, convocarse ou non todas as vacantes. Pero para o que non está habilitada a OPE é para realizar modificacións ou reclasificacións nas relacións de postos.

Respecto da posibilidade de convocar ou non todas as vacantes, diversos autores véñense pronunciando sobre a necesidade de que a oferta sexa completa, é dicir, que conteña todos os postos de traballo, calquera que sexa a forma de organización empregada, evitando a técnica do fraccionamento a través de distintas personificacións que lle fan perder a consideración como elemento xeral de recrutamento de recursos humanos. Sen iso descoñécese o volume total de efectivos e prodúcese o efecto óptico -que debe evitarse- dunha aparente redución oficial de persoal pero o mantemento real de fixos, temporais e principalmente interinos.

Establecido xa o concepto e natureza xurídica da oferta, só me resta des-

⁹ SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, do 24 de xuño de 2008, R/J\2008\6696.

tacar que o EBEP a regula no seu artigo 70, vinculándoa directamente á Administración Pública que a aproba, de modo que esta adquirirá a obrigaçión de convocar as prazas ofertadas nun horizonte temporal limitado, sen chegar a tolerar que a caducidade acabe amortizando o deber da Administración. Doutra banda, no apartado segundo do citado artigo, o lexislador prevé a publicación das ofertas no diario oficial correspondente; polo que resultarían derogados parcialmente os artigos 5 do Real Decreto que regula a selección dos funcionarios da Administración Local¹⁰ e o artigo 15 do Regulamento Xeral de Ingreso do Persoal da Administración Xeral do Estado¹¹ -na medida en que se aplique a persoal de Administracións de ámbito inferior ao Estado- que determinaban a publicación das convocatorias no Boletín Oficial do Estado. Coincido neste aspecto con Díez Quesada e González-Haba Guisado¹², cando manifestan que esta medida limita o principio de publicidade.

Para rematar, sinalar que na nosa Comunidade Autónoma a oferta será aprobada en Consello da Xunta de Galicia¹³ e o Consello Galego da Función Pública¹⁴ encargarse de coordinar as ofertas públicas de emprego das distintas Administracións Públicas da Comunidade. No marco das Corporacións Locais, o artigo 128 do TRRL¹⁵ remite a regulación das ofertas nese ámbito á lexislación básica do Estado e ás normas de desenvolvemento que aseguren a coordinación coas demais ofertas de emprego das Administracións Públicas. Ditas ofertas serán aprobadas e publicadas anualmente no prazo dun mes desde a aprobación do Orzamento da Corporación.

2.3. REXISTROS DE PERSOAL

Outro instrumento de planificación son os rexistros de persoal. Aínda que

¹⁰ REAL DECRETO 896/1991, de 7 de xuño, polo que se establecen as Regras básicas e programas mínimos a que debe axustarse o procedemento de selección dos Funcionarios da Administración Local, RCL 1991/1522, BOE núm. 142, 14 de xuño de 1991, páx. 19669.

¹¹ REAL DECRETO 364/1995, de 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento Xeral de Ingreso do Persoal da Administración, Provisión de Postos e Promoción, RCL 1995/1133, BOE núm. 85, 10 de abril de 1995, páx. 10622.

¹² DÍEZ QUESADA, Agustín e GONZÁLEZ-HABA GUISSADO, Vicente María, *El Estatuto básico del Empleado Público y sus posibilidades renovadoras del empleo público local*, Capítulo II do libro *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2009, La Ley 4028/2010.

¹³ DECRETO LEXISLATIVO 1/2008, do 13 de marzo, polo que se aproba a Lei de Función Pública de Galicia, LG/2008/255, DOG núm. 114, do 13 de novembro de 2008, páx. 11359, artigo 13.

¹⁴ Íbidem: artigo 19.

¹⁵ REAL DECRETO LEXISLATIVO 781/1986, de 18 de abril, polo que se aproba o Texto Refundido das disposicións legais vixentes en materia de Réxime Local, RCL/1986/1238, BOE núm. 96, do 22 de abril de 1986.

non se trata dun instrumento de nova creación polo EBEP, a súa implantación non foi homoxénea en todas as Administracións (só sete Comunidades Autónomas teñen unha normativa específica en materia de Rexistro de Persoal: Andalucía; Baleares; Castela-León; Cataluña; Extremadura; Madrid e A Rioxa), por iso, o lexislador estatal, consciente do papel que poden representar os rexistros de persoal, tanto en materia de planificación como na adopción de decisións que afecten ás distintas Administracións, busca darlle un impulso definitivo, especialmente en canto á coordinación dos distintos rexistros de persoal. Esta necesaria coordinación esixe o establecemento dunhas regras comúns mínimas que, respectando a competencia territorial das distintas Administracións, conduzan a homoxeneizar a información fornecida polos rexistros de persoal. Esta homoxeneización sitúaa o lexislador estatal nos convenios a adoptar nas Conferencias Sectoriais¹⁶.

O Rexistro de Persoal é un rexistro administrativo no que ha de inscribirse a todo o persoal ao servizo da Administración correspondente e nel anotaranse todos os actos que afecten á súa vida administrativa.

No ámbito estatal existe un Rexistro Central de Persoal configurado como Unidade da Dirección Xeral da Función Pública encargada da inscrición de todo o persoal ao servizo da Administración do Estado.

Unha adecuada homoxeneización dos datos incluídos nos diferentes Rexistros, contribuiría a unha eficaz información da situación do emprego público no noso país. Recordemos que desde 1990 o Ministerio correspondente en materia de Función Pública emite, en base a estes Rexistros, entre outras fontes, un Boletín Estatístico do persoal ao servizo das Administracións Públicas, información que podería ser de moita utilidade en materia de planificación.

Para rematar, antes de considerarmos o seguinte instrumento de planificación, cómpre indicar que o EBEP vai máis aló do simple intercambio de información e avoga por impulsar desde as distintas Administracións, a xestión integrada dos recursos humanos. A idea latente deriva da evidente necesidade de dispoñer, por parte das Administracións Públicas, dunha información cada vez máis detallada e extensa sobre a realidade, a evolución e os problemas do sistema de emprego público, a información é a base de partida para elaborar unha correcta política de persoal. A Comisión de Expertos propoñía como vía para solicitar, ordenar, analizar e difundir a información en materia de emprego público, a creación dun Observatorio do Emprego Público. Esta idea re-

¹⁶ Cfr: ESTATUTO BÁSICO DO EMPREGADO PÚBLICO, artigo 71, apartado 3.

colleuse posteriormente nun Real Decreto de xullo de 2010¹⁷ polo que se crea o Observatorio do Emprego Público, coas funcións citadas e, entre outras, a de realizar diagnósticos en materia de recursos humanos que contribúan a redimensionar adecuadamente os persoais existentes; elaborar informes en materia de emprego público; realizar un seguimento da calidade dos servizos; avaliar o tipo de emprego que se crea en cada Administración; e estudar a necesidade de profesionais en cada sector.

A súa creación, como vemos, é moi recente, polo que deberíamos outorgarlle unha prudente marxe temporal para comprobar a súa eficacia. No entanto, comparto o criterio de Sevach¹⁸, ao considerar que, en aras do principio de economía e ausencia de duplicidade, non deberían crearse máis órganos cando existen outros con funcións similares. É máis, no seu caso e sen ánimo de profundar niso por non apartarme do estudo que me atinxe, sería máis recomendable que as funcións que pretenden atribuírse a este Observatorio se situasen nun órgano alleo á Función Pública, seguindo a experiencia anglosaxona e para fuxir do autodiagnóstico que sinala Sevach.

2.4. RELACIONES DE POSTOS DE TRABAJO (RPT)

Para rematar, as Relacións de Postos de Traballo, constitúen un instrumento decisivo de planificación, de tal forma que unha RPT ben definida contribuirá, sen dúbida, a un mellor coñecemento das tarefas que ten asignadas cada posto en orde a dirixir a selección cara a un perfil determinado.

O lexislador estatal, consciente da importancia das Relacións de Posto de Traballo e, fundamentándose nas distintas realidades que afectan ás Administracións menos dotadas en comparación coas máis grandes, tras observar que, por unha banda, moitos pequenos municipios carecen de RPT, ben por dificultades técnicas na súa elaboración ou porque contan con poucos empregados que desempeñan funcións múltiples e que, por outro, nas Administracións máis grandes, a rixidez das Relacións de Postos de Traballo entrañan non poucas dificultades, acorda outorgar unha ampla marxe de configuración nas distintas Administracións. Así, recoñecendo o carácter básico da necesidade de ordenar os postos nas respectivas Administracións permite que o instrumento para levar a cabo esta organización poida estruturarse a través das RPT ou calquera outro instrumento similar, sempre que contemplan, polo menos, a denomina-

¹⁷ REAL DECRETO 868/2010, de 2 de xullo, polo que se crea o Observatorio do Emprego Público, BOE núm. 170, de 14 de xullo de 2010, páx. 61874.

¹⁸ SEVACH, *Un Observatorio para el Empleo Público: el cuento de nunca acabar*, El blog de Derecho Público de Sevach <http://contencioso.es>.

ción do posto, os grupos de clasificación profesional, os corpos ou escalas, os sistemas de provisión e as retribucións complementarias.

O lexislador estatal, xa que logo, considera viable que exista, con carácter básico, un documento público –RPT, Catálogo ou calquera outro instrumento similar– cos requisitos citados e xa con carácter interno, de mera xestión e sen valor xurídico, un instrumento que lle permita identificar de forma precisa e modificable o contido funcional de cada posto¹⁹.

Suscítame serias dúbidas a apertura no deseño destes documentos públicos pois, aínda que o respectable fin último de contribuír a que todas as Administracións se doten destes necesarios instrumentos, a ampla marxe de manobra pode dificultar a indispensable homoxeneidade que contribúa a unha eficaz planificación.

3. ACCESO AO EMPREGO PÚBLICO

3.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

Un sistema que busque a excelencia na selección dos funcionarios, en lugar da mera suficiencia de coñecementos básicos, non só garante mellor o funcionamento da Administración e os intereses xerais, senón que é máis xusto e acorde cos principios constitucionais de mérito, capacidade e igualdade, e evita en maior medida as posibles desviacións de poder na selección daqueles²⁰.

Os principios citados teñen base constitucional pois, como xa recordaremos, a Constitución Española de 1978 determina que o réxime xeral do emprego público é o funcional, e establece no apartado 3 do artigo 103 como principios que han de rexer o acceso á función pública, o mérito e a capaci-

¹⁹ Nota: lembramos aquí a diferenza entre persoal e RPT que reproducimos da referida polo Letrado dunha Comunidade Autónoma na STC de 11 de marzo de 2004, RTC/2004/38: “el funcionario que ingresa en la función pública lo hace en una plaza de plantilla correspondiente a un cuerpo determinado, el cual tiene un contenido funcional mínimo, pero se le asigna luego un puesto de trabajo en el que ya sí están definidos sus cometidos concretos, los cuales pueden o no coincidir enteramente con los asignados a las plazas de plantilla. El instrumento de ordenación de las plazas es la plantilla y el de los puestos de trabajo es la relación de puestos de trabajo, reconociendo la ley a las Comunidades Autónomas competencia para formar sus propias relaciones de puestos de trabajo, en las que, entre otras características, se hará constar si los concretos puestos han de ser ocupados por funcionarios o por personal laboral, permitiendo así a cada Comunidad Autónoma la posibilidad de optar por su propio modelo de función pública siempre que respete la prevalencia del personal funcionario sobre el laboral a través de la limitación de éste a los puestos en los que concurren las circunstancias exigidas por la ley”.

²⁰ SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, do 31 de maio de 2008, RJ/2008/5460.

dade. Así mesmo, o artigo 23.2 sanciona o principio de igualdade no acceso ás funcións públicas. E o artigo 149.1.18ª determina que lle corresponderá ao Estado a competencia exclusiva respecto das bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos.

Estes principios son, no entanto, conceptos indeterminados que outorgan unha ampla marxe de liberdade á Administración que é a que debe dotalos de contido concreto, intervindo noutros casos a xurisprudencia nesta delimitación conceptual.

De facto, a doutrina xurisprudencial é extraordinariamente abundante no contexto dos artigos 23 e 103 da Constitución. No que aquí nos atinxe é importante destacar que os Tribunais configuran o dereito a acceder en condicións de igualdade ás funcións públicas, conferido polo apartado dous do artigo 23, como unha garantía de orde material que se traduce na imperativa esixencia de predeterminar cales haxan de ser a condicións para acceder á función pública de conformidade cos principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade, os cales só poden preservarse e establecerse mediante a intervención positiva do lexislador²¹. Evocamos aquí a existencia de varias sentenzas do Tribunal Constitucional que recordaban o principio de reserva de lei ao recoller de forma detallada os aspectos que abarca a relación estatutaria, entre os que cita a normación relativa á adquisición da condición de funcionario²².

E xa no marco da lexislación vixente, no texto do Estatuto recolléronse tanto aqueles principios previstos na Constitución como noutras normas ordenadoras do sistema de Función Pública, así como os principios esixidos nos textos internacionais de dereitos humanos. Extraemos desa relación os principios constitucionais xerais do acceso ao emprego público, deixando os principios procedimentais para o seu inserimento nun epígrafe posterior cando abordemos o procedemento selectivo.

Estes principios son os seguintes:

a. **Mérito e capacidade**²³ principios recollidos en diversos preceptos do tex-

²¹ SENTENZA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 130, da Sala Segunda, de 1 de xuño de 2009, RTC/2009/130.

²² SENTENZAS DO PLENO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 99, de 11 de xuño de 1987, RTC/1987/99 e núm. 37, de 14 de febreiro de 2002, RTC/2002/37 e SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 29 de xaneiro de 2008, RJ/2008/685.

²³ Nota: aínda que trataremos este aspecto con máis detalle nun epígrafe posterior, é preciso resaltar que varias Sentenzas do Tribunal Constitucional -SSTC 67/1989, do 18 de abril, RTC/1989/67 e 107/2003, do 2 de xuño, RTC/2003/107- precisan, con respecto á equiparación entre o mérito e os servizos prestados á Administración, que "la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño,

to do Estatuto e, en particular, no artigo 55 onde se contemplan como principios reitores do acceso ao emprego público. Son principios que, a xuízo do Tribunal Supremo²⁴ é indubidable que se satisfán mellor con probas de coñecemento e contribúen de forma máis apropiada á realización efectiva doutros principios, os de igualdade e libre concorrencia. Con respecto á determinación de cales han de ser os méritos e capacidades que se tomarán en consideración nos procesos de selección, as leis conceden unha ampla marxe de actuación ao lexislador competente. Esta liberdade está limitada pola necesidade de non crear desigualdades que sexan arbitrarias en canto alleas; non referidas; ou incompatibles, cos principios de mérito e capacidade.

A Sentenza do Tribunal Constitucionaldo 18 de abril de 1989, xa citada, determina os requisitos que deben cumprir os méritos para non incorrer en arbitrariedade e ir contra o principio de igualdade, requisitos que podemos resumir como segue:

- a.1. Os méritos que se establezan deben ter carácter xeral e abstracto e non mediante referencias individualizadas e concretas.
 - a.2. A valoración como mérito da antigüidade nun emprego ou función non debe considerarse como referencia individualizada, singular, específica e concreta.
 - a.3. O recoñecemento dos servizos prestados non é alleo ao concepto de mérito e capacidade, pois o tempo de servizos efectivos pode reflectir a aptitude ou capacidade para desenvolver unha función ou emprego público e, supoñer ademais, nese desempeño, uns méritos que poden ser recoñecidos e valorados.
 - a.4. A ponderación do mérito non debe ser desproporcionada e irracional ata un punto en que resulte descoñecido o dereito á igualdade. Neste caso concreto, o Tribunal admite, aínda que considera no límite do tolerable, unha porcentaxe do 45% de valoración do mérito sobre a puntuación total.
- b. **Igualdade e libre concorrencia**, xa que permiten o acceso á Función Pública de quen a través do seu exclusivo esforzo, e con independencia da súa procedencia social, demostren reunir os devanditos méritos. Supoñen a elección do mellor ou os mellores candidatos. Aínda que, é preciso sinalar que, aínda que o principio de libre concorrencia foi contemplado

unos méritos que puedan ser reconocidos y valorados”.

²⁴ Cfr: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO do 31 de maio de 2008, RJ/2008/5460.

no Informe da Comisión como un principio xeral do acceso, o texto final do Estatuto regúlao, non como principio reitor, senón como un principio garantista do proceso selectivo, no artigo 61.

Estes principios configúranse como un dereito á non restrición inxustificada das condicións de acceso. No entanto, no referente á igualdade, hai que precisar, no sentido que o vén facendo o Tribunal Constitucional²⁵:

“no toda desigualdad de trato en la ley o en la aplicación de la ley supone una infracción del art.14 -como principio general pero en conexión con el artículo 23.2- de la Constitución, sino sólo aquélla que introduce una diferencia entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad jurídica exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnados dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en el caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable”.

É preciso, en definitiva, alegar a identidade substancial das situacións xurídicas.

Agora ben, como xa sinalamos, aínda que a teoría estatutaria na que se sostén a relación funcionarial é a que outorga cobertura á concepción da Función Pública, xurisprudencialmente determinouse que as vías de acceso á Función Pública poden abarcar distintas modalidades sempre que sexa a Lei a que determine en que casos e con que condicións poidan recoñecerse esas vías alternativas. Pero independentemente da vía pola que se opte, segundo a clase de empregado público, deberán respectarse sempre os principios de igualdade, mérito e capacidade.

3.2. OUTROS REQUISITOS PARA O ACCESO

Os requisitos para acceder á condición de funcionario público viñan sendo determinados nas respectivas convocatorias garantindo, en todo caso, os citados principios de igualdade e libre concorrencia directamente conectados cos contidos e características das prazas convocadas.

No propio texto da Lei da Función Pública galega²⁶ recóllese unha serie de

²⁵ VARIOS AUTOS E SENTENZAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC 68/1989, do 19 de abril, RTC 1989/68 e Autos 63/1996, do 12 de marzo, RTC 1996/63 e 317/1996, do 29 de outubro, RTC 1996/317.

²⁶ DECRETO LEXISLATIVO 1/2008, do 13 de marzo, polo que se aproba a Lei de Función Pública de Galicia, LG/2008/255, DOG núm. 114, do 13 de novembro de 2008, páx. 11359.

requisitos para ser admitidos ás probas selectivas de acceso á Función Pública. Algúns destes requisitos apártanse do establecido polo EBEP –hai que ter en conta que esta lei, aínda sendo de data posterior ao EBEP, ten unha tramitación anterior–, véxase o requisito da idade mínima para acceder ao emprego público, que a Función Pública galega establece en 18 anos e o Estatuto rebaixa aos 16; ou outros matices diferentes que se contemplan con respecto á determinación do acceso ao emprego público dos nacionais de Estados da Unión Europea e os de terceiros países.

Entramos xa a analizar os requisitos que establece o Estatuto Básico del Empleado Público no artigo 56 para poder participar nos procesos selectivos:

- a. O primeiro requisito é o relativo á **nacionalidade**. O artigo 56 do Estatuto determina a esixencia de posuír a nacionalidade española para acceder ao emprego público e, no artigo seguinte, regúlanse unha serie de matices relativos aos nacionais de Estados membros da Unión Europea e de terceiros países. Este requisito merece unha serie de precisións.

O EBEP non seguiu o criterio da Comisión de Expertos que se mostraba moito máis aberta e integradora, pois se inclinaba por contemplar aos cidadáns comunitarios tamén para outro tipo de funcións que hoxe lle están vedadas, “por exemplo –di o informe da Comisión–, carece de sentido que un cidadán comunitario poida ser Alcalde no noso país, e polo tanto, xefe superior da policía local, mentres que non poida integrarse neste corpo”. Pois ben, o EBEP permite o acceso ao emprego público dos cidadáns destes países en condicións de igualdade cos españois, pero mantén vedados determinados postos, “con excepción daqueles –empregos públicos– que directa ou indirectamente impliquen unha participación no exercicio do poder público ou nas funcións que teñen por obxecto a salvagarda dos intereses do Estado ou das Administracións Públicas”²⁷.

Con respecto aos cidadáns extracomunitarios, a Comisión de Expertos suxería que se abrise tamén o acceso á condición de funcionario público, a aqueles cidadáns extracomunitarios sen condición de reciprocidade, para empregos determinados, cando existisen necesidades ou causas xustificadas. A Comisión apoiaba esta proposta baseándose tanto nas eventuais necesidades das Administracións Públicas de contar con este tipo de persoal en ausencia de nacionais ou comunitarios, en sectores como o persoal de tropa ou a mariñeiría; como na realidade demográfica caracterizada por unha avanzada integración de inmigrantes que contan cunha situación es-

²⁷ Cfr: ESTATUTO BÁSICO DO EMPREGADO PÚBLICO, artigo 57 apartado 1.

table no noso país e; na funxibilidade que ten hoxe en día a condición de laboral e a de funcionario para moitas tarefas, chegando a paradoxos tales como desempeñar, como contratados nalgunhas Administracións, funcións que noutras non están ao seu alcance por estar reservadas a funcionarios públicos.

Nos apartados 3 e 4 do artigo 57 vemos como decide abordar, finalmente, o lexislador do EBEP o acceso ao emprego público dos estranxeiros sometidos a condición de reciprocidade:

- "3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo (relativo a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea).
4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles".

Realizadas estas reservas, o lexislador introduce un apéndice xeral ao permitir que por lei se exima do requisito de nacionalidade por razóns de interese xeral.

- b. O segundo requisito para poder participar nos procesos selectivos que recolle o Estatuto é o de estar **capacitado funcionalmente** para o desempeño das tarefas. Para iso poderanse esixir recoñecementos médicos, como determina o artigo 61 apartado 5 ao regular os sistemas selectivos. Este requisito determinarase de forma compatible co acceso ao emprego público das persoas discapacitadas.

Neste aspecto, o EBEP impón un principio de discriminación positiva, a reserva dun cupo non inferior ao 5% das vacantes para ser cubertas entre persoas con discapacidade. As Administracións están tamén obrigadas, unha vez superado o proceso selectivo por estas persoas, a realizar as adaptacións necesarias nos postos de traballo para que poidan ser desempeñados polas persoas con discapacidade.

- c. O requisito da **idade** supón unha innovación do EBEP, xa que, a diferenza do que se regulou ata o momento, a idade de entrada na Administración Pública rebáixase, como xa sinaléi, ata os 16 anos. Esta medida parece adoptarse en coherencia coa titulación requirida para os distintos grupos

de clasificación profesional do persoal funcionario, xa que, para o subgrupo C1, se require estar en posesión do título de graduado en educación secundaria obrigatoria que conclúe, tal e como se recolle na Lei Orgánica de Educación, aos 16 anos. Sen entrar nunha análise máis profunda, estimo que esta medida pode contribuír a rexuvenecer a Administración pero tamén podería atenuar a profesionalización no sector público.

- **d. Non ser separado** mediante expediente disciplinario do servizo de calquera das Administracións Públicas. Este requisito merece unha significativa precisión. O lexislador estatal desaproveitou unha boa oportunidade para introducir unha mellora suxerida tanto no Informe da Comisión de Expertos como pola doutrina xurisprudencial, en orde a acoutar o límite temporal daquela prohibición. Nesta liña, o Tribunal Constitucional, na súa Sentenza do 11 de novembro de 1996²⁸, manifesta que,

“no han de perpetuarse en el tiempo los efectos de conductas pasadas que ya no existen para el mundo del Derecho. Si, como es el caso -se trataba del acceso a la carrera judicial por el turno de juristas de reconocida competencia- quien fuera condenado otrora ha obtenido la rehabilitación, sin tacha alguna de irregularidad... no se puede tomar en consideración su condena para excluirle de la propuesta do Tribunal calificador”.

E sinala que o demérito, para ser considerado como impedimento do acceso, debe ser efectivo e actual.

- **e. Posuír a titulación** esixida. Á espera de xeneralizar a implantación dos novos títulos universitarios, o Estatuto contempla un réxime transitorio polo cal se mantén a validez dos agora vixentes e procédese á equiparación dos actuais grupos de clasificación coa nova regulación conforme ás equivalencias que se determinan na Disposición Transitoria terceira.
- **f. Coñecemento das linguas oficiais** que poderán prever as distintas Administracións Públicas, no ámbito das súas competencias, nos correspondentes procesos de selección.

Con respecto á esixencia e valoración doutras linguas distintas do castelán, e oficiais na correspondente Comunidade Autónoma onde se leve a cabo o proceso selectivo, manifestáronse, en varias Sentenzas, tanto o Tribunal Cons-

²⁸ SENTENZA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 174, Sala Segunda, do 11 de novembro de 1996, RTC 1996/174.

titucional como o Tribunal Supremo. Por todas elas, a Sentenza do Tribunal Supremo do 26 de xaneiro de 2000²⁹, considera axustado a dereito a esixencia da lingua oficial dunha Comunidade Autónoma, distinta do castelán, sempre que se subordine ao principio de proporcionalidade que garanta o cumprimento do artigo 103 da Constitución. Tal esixencia debe gardar relación coas necesidades que demande o posto en concreto, en orde a non vulnerar o principio de igualdade. O Tribunal engade que, en principio, non debe ser valorado como mérito eliminatorio, salvo naqueles casos en que se trate de determinadas e concretas prazas directamente vinculadas á utilización polos administrados das linguas propias desas Comunidades e sempre que a imposibilidade de utilizala nas súas relacións coa Administración pódalles ocasionar un evidente prexuízo. E, continúa precisando o Tribunal que se entenderán estimadas estas circunstancias "en aquellas zonas en las que exista un notable predominio de la población que utilice normalmente su lengua vernácula en sus relaciones con la Administración".

Na nosa lexislación autonómica, a Lei do 23 de xuño de 2009³⁰ modifica e suaviza o artigo 35 da Lei de Función Pública de Galicia que, na súa versión inicial, establecía a obrigatoriedade de realizar, exclusivamente en lingua galega, unha ou máis probas do proceso selectivo.

"A Administración garantizará os dereitos constitucionais e lingüísticos das cidadás e dos cidadáns galegos, tanto respecto do galego, como lingua propia de Galicia, como do castelán, lingua oficial en Galicia.

Para darlle cumprimento á normalización do idioma galego na Administración pública de Galicia e para garantir o dereito das administradas e dos administrados ao uso do galego nas relacións coa Administración pública no ámbito da Comunidade Autónoma, e a promoción do uso normal do galego por parte dos poderes públicos de Galicia, que determina o artigo 6.3º da Lei de Normalización Lingüística, nas probas selectivas que se realicen para o acceso ás prazas da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e das entidades locais de Galicia incluírase un exame de galego, salvo para aqueles que acrediten o coñecemento da lingua galega conforme á normativa vixente. As bases das convocatorias dos procesos selectivos establecerán o carácter e valoración deste exame.

Todo isto sen prexuízo daquelas probas que teñan que realizarse en ga-

²⁹ SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, do 26 de xaneiro de 2000, R/2000/392.

³⁰ LEI 2/2009, de 23 de xuño, que modifica o Texto Refundido da Lei de Función Pública de Galicia, DOG núm. 122, do 24 de xuño de 2009, páx. 10894.

lego para aquelas prazas que requiran un especial coñecemento da lingua galega³¹".

3.3. ÓRGANOS DE SELECCIÓN

A composición dos órganos de selección constitúe unha das claves fundamentais da credibilidade de todo proceso selectivo. Así o entendeu a Comisión de Expertos do Estatuto cando defendeu unha composición sustentada nos principios ineludibles de imparcialidade e obxectividade que se alcanzarían, segundo o seu criterio, cando eses órganos de selección actuasen á marxe, por completo, de toda influencia ou interferencia partidaria, gremial ou corporativa e en base a criterios de profesionalidade.

O Informe da Comisión suxire, mesmo, incorporar regras mínimas de exclusión propoñendo, en todo caso, a prohibición de formar parte destes órganos ao persoal de elección ou designación política; aos representantes dos sindicatos; dos órganos unitarios de representación do persoal ou asociacións que exerzan funcións representativas dos empregados públicos; os que interveñan na preparación dos candidatos e todos aqueles afectados por algunha causa de abstención ou recusación.

Finalmente, a regulación plasmada no EBEP acolle unha parte destas propostas. Deste xeito, o artigo 60 mantén o carácter colexiado dos órganos de selección pero establece cambios substantivos, especialmente para a Administración Local respecto da composición destes órganos.

Unha primeira medida está dirixida a positivizar os citados principios de imparcialidade e profesionalidade dos membros dos órganos de selección. O cumprimento da garantía de profesionalidade deixa fóra ao persoal de elección ou designación política, aos funcionarios interinos e ao persoal eventual e así o recolle expresamente o apartado 2 do artigo citado (entendo que esta prohibición se estende, en base ao mesmo criterio, ao persoal laboral temporal).

Esta circunstancia reviste especial importancia no ámbito da Administración Local pois, como sinalan Díez Quesada e González-Haba Guisado³², quedan excluídos de participar nos devanditos órganos os cargos públicos representativos locais, como alcaldes; concelleiros; presidentes de deputación; e deputados provinciais cuxa participación viña amparada, ata o momento, polo artigo 4, apartado f) do Real Decreto³³ polo que se regulan os procedementos

³¹ Artigo 35 da Lei de Función Pública de Galicia, modificado pola Lei de 23 de xuño de 2009.

³² Cfr: DÍEZ QUESADA, Agustín e GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente María, Obra citada.

³³ Cfr: REAL DECRETO 896/1991, do 7 de xuño.

de selección dos funcionarios do ámbito local e que, xa que logo, enténdese derogado neste aspecto. A circunstancia de que, eventualmente, algunha Entidade Local non conte con suficiente persoal especializado, podería liquidarse acudindo a persoas doutras Administracións para proceder ao nomeamento de membros dos órganos de selección.

Para rematar, o apartado 3 do artigo 60 contempla unha prohibición indirecta dirixida ás Organizacións Sindicais e demais agrupacións de representación do persoal, pois sinala que "a pertenza aos órganos de selección será sempre a título individual, non podendo ostentarse esta en representación ou por conta de ninguén". No entanto, coincido con Lázaro, José Luís³⁴ ao sinalar que "llama la atención que en este punto no se haya seguido la recomendación del Informe CEBEP -Comisión de Expertos del EBEP- y no se haya excluido explícitamente a los representantes de los empleados", xa que, como di este autor, aínda que o apartado 3 que citamos parece dirixido a excluílos, no artigo seguinte, apartado 7 *in fine*, referido aos sistemas selectivos do persoal laboral fixo, déixase a porta aberta a que as Administracións Públicas negocien "las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos".

Paréceme importante a proposta de constitución de órganos permanentes de selección³⁵ -aínda que se insire no artigo correspondente aos sistemas selectivos e non no dos órganos de selección-. Se se atende a un estudo comparado doutros sistemas de Función Pública europeos, comprobaremos que este tipo de órganos existe en moitos países da nosa contorna e, sen ir máis lonxe, a Unión Europea creou, o 25 de xullo de 2002, a Oficina de Selección de Persoal das Comunidades Europeas³⁶ (EPSO), organismo interinstitucional, presidido por un consello de administración no que están representadas todas as institucións, e encargado da selección de funcionarios e axentes das Comunidades Europeas.

As distintas institucións europeas deben proporcionar á EPSO, ao seu debido tempo e de xeito coherente, as necesidades de recursos humanos en base a unha planificación estratéxica, para que esta proceda a levar a cabo os correspondentes procesos selectivos.

³⁴ LÁZARO, José Luis, *Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio*, Artículo inserido na obra *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial La Ley, xaneiro de 2008

³⁵ Cfr: ESTATUTO BÁSICO DO EMPREGADO PÚBLICO, artigo 61 apartado 4.

³⁶ OFICINA EUROPEA DE SELECCIÓN DE PERSOAL, http://europa.eu/epso/index_es.htm.

No que incumbe ao órgano en si, constituído por axentes de varias institucións europeas, márcase como obxectivo alcanzar a profesionalización dos xurados baseada no concepto de comisión de servizo de funcionarios das institucións na EPSO para un período fixo que pode chegar ata os 4 anos. Así mesmo, a Oficina está autorizada para empregar, dentro do límite orzamentario, a axentes contractuais para realizar tarefas baixo a supervisión de funcionarios ou axentes temporais³⁷.

O Informe da Comisión de Expertos realizou tamén unha proposta respecto diso, avogando pola constitución dun órgano semellante, polo menos nas Administracións máis dotadas, proposta que, como vimos, se recolleu no artigo 61 do Estatuto deixando, iso si, unha ampla marxe de manobra ao lexislador territorial e sinalando, de forma orientativa, a posibilidade de que estas funcións se lles poidan encomendar aos Institutos ou Escolas de Administración Pública.

De feito, esta proposta é contemplada pola Lei de Función Pública da Comunidade Valenciana, única lei autonómica adaptada ao EBEP, no momento de realizar este estudo, que determina a posibilidade de constituír órganos especializados e permanentes, no seu artigo 57, onde tamén se establecen as características dos órganos de selección aos que outorga a condición de colexiados e sinala que estarán compostos exclusivamente por persoal funcionario, salvo que se trate de seleccionar persoal laboral, nese caso poderá formar parte tamén este persoal. Contéplase a posibilidade de colaboración entre administracións, podendo intervir nos órganos de selección das entidades locais algún vocal pertencente á Administración da Comunidade Autónoma. En canto ás prohibicións, exclúense expresamente dos órganos de selección, o persoal de elección ou designación política, os interinos, o persoal laboral non fixo e os eventuais. Nada di de forma expresa acerca dos representantes do persoal, aínda que se inclúe unha cláusula relativa á pertenza a título individual nestes órganos.

3.4. PROCEDEMENTO SELECTIVO. PRINCIPIOS PROCEDIMENTAIS

Procederáse á convocatoria dos procedementos selectivos, convocatoria que será publicada no Diario oficial correspondente, polo Departamento ao que estean adscritos os correspondentes Corpos ou Escalas, na Administración

³⁷ Nota: datos extraídos do Informe especial do Tribunal de Contas Europeo, nº 9/2009, sobre Eficiencia e eficacia das actividades de selección de persoal levadas a cabo pola Oficina Europea de Selección de Persoal; da Decisión 2002/620/CE, do 25 de xullo de 2002, de creación desta Oficina e da Decisión 2010/51/UE do 19 de xaneiro, pola que se modifica aquela.

do Estado; o órgano correspondente na Administración Autonómica e o Presidente da Corporación, unha vez aprobada e publicada a oferta de emprego público, e previo informe da Dirección Xeral de Función Pública ou órgano similar na Comunidade Autónoma

Os principios que deben rexer todo procedemento de selección son regulados no EBEP no artigo 55 no que, tras proclamar o dereito de todos os cidadáns a acceder ao emprego público en condicións de igualdade, mérito e capacidade, contempla unha serie de principios procedementais que deberán garantir todas as Administracións Públicas na selección do seu persoal. Estes principios son, ademais dos constitucionais citados no epígrafe relativo aos principios xerais do acceso, os seguintes:

- a. Publicidade das convocatorias e das súas bases, entendida como a difusión efectiva das convocatorias nunhas condicións que permitan o seu coñecemento pola totalidade dos candidatos potenciais. Publicidade das ofertas, xa non no BOE, senón nos correspondentes Diarios Oficiais.
- b. Transparencia na xestión do proceso e no funcionamento dos órganos de selección, sen prexuízo do carácter reservado das deliberacións.
- c. Garantía de imparcialidade e profesionalidade de cada un dos membros dos órganos de selección.
- d. Independencia e discrecionalidade técnica na actuación dos órganos de selección.
- e. Adecuación entre o contido dos procesos selectivos e as funcións ou tarefas a desenvolver.
- f. Eficiencia e axilidade, sen prexuízo da obxectividade, nos procesos de selección.

Aínda que nos atopamos ante principios moi relevantes, as limitacións derivadas da extensión deste estudo impídeme tratalos coa profundidade debida, reservando a súa análise para un traballo posterior.

3.5. SISTEMAS SELECTIVOS

É no artigo 61 do Estatuto, que regula os sistemas selectivos, onde se insire o principio de libre concorrencia -xa sinalei no seu momento as miñas dúbidas acerca do seu encaixe normativo-.

Analizarei a continuación o contido deste artigo atendendo a tres parámetros diferentes (excluindo os apéndices dirixidos aos órganos de selección, aos que xa me referín no epígrafe anterior) que fan relación aos principios do proceso selectivo:

- a. **Principios do proceso selectivo.** Ademais dos principios reitores do procedemento, regulados no artigo 55, neste artigo contéplase a necesidade de que os procesos selectivos teñan carácter aberto e garantan a libre concorrencia, así como o cumprimento do principio de igualdade de oportunidades entre sexos.
- b. **Características que deben reunir as probas a realizar.** Nun intento, quizais, de profesionalizar a Función Pública, búscase adecuar as probas a realizar ao contido dos postos de traballo convocados. Parece unha boa medida, aínda que considero que dificilmente alcanzará o seu propósito se non se planifica antes de forma meticulosa co fin de coñecer previamente as necesidades e adaptar as probas a aquelas. Se pola contra se continúa coa metodoloxía actual carente de planificación, seguiremos asistindo a procesos desagregados de selección.

Deixando á marxe a planificación, á que xa dediquei unha boa parte do meu estudo nun epígrafe previo, continuo sinalando as condicións que se contemplan no EBEP para o desenvolvemento das probas selectivas. Pois ben, conforme ao citado criterio de aproximar a proba aos requisitos do posto, avógase pola inclusión das probas prácticas que fosen precisas. É interesante a posible inclusión de probas dirixidas a valorar o dominio de linguas estranxeiras e a capacidade analítica do aspirante. Manteño a crenza de que, tal como están ata agora configuradas as probas de acceso á Administración no noso país -refírome neste caso ás oposicións-, o que se pon de manifesto, sen ningunha dúbida, é a capacidade memorística e de resistencia do opositor, pero son bastante deficitarias en canto a capacidade de razoamento analítico e práctico. Xa que logo, apoio esta nova reconsideración da metodoloxía a seguir na realización das probas para acceder ao emprego público.

Nesta mesma liña, o apartado 5 contempla a opción de completar as probas coa superación de cursos, períodos de prácticas, exposición curricular dos candidatos e probas psicotécnicas ou entrevistas.

En definitiva, a idea subxacente sería a de apostar por unha variedade na tipoloxía das probas de acceso que conduzan a deseñar un sistema coherente que poña en conexión directa a proba realizada, as capacidades e habilidades que se valoren nela e as funcións do posto ao que se accede. Temo que aínda que o desenvolvemento do artigo queda en mans das Administracións competentes, dificilmente se conseguirá ese obxectivo, e o feito de non establecer criterios algo máis definidos podería poñer en perigo a homoxeneidade no acceso á Función Pública,

como xa apuntaba noutra parte deste estudo.

- c. O terceiro parámetro relativo aos sistemas selectivos, será obxecto de estudo independente nos epígrafes seguintes, separados en dous grandes bloques en función da nota de temporalidade, funcionarios de carreira e laborais fixos, por un lado, e funcionarios interinos e persoal laboral temporal, por outro.

3.5.1. Funcionarios de carreira e laborais fixos

Respecto dos sistemas selectivos en si mesmos, o artigo 55 contempla nos apartados seis e sete os correspondentes aos funcionarios de carreira e os do persoal laboral fixo.

Para os funcionarios de carreira establécense, nun mesmo nivel, a oposición e o concurso-oposición, relegando a un plano excepcional, e en virtude de lei, o concurso de méritos.

A oposición consiste na superación de probas de capacidade teóricas e prácticas -remítome ao sinalado respecto destas- esixidas na convocatoria pública para determinar a aptitude dos aspirantes e fixar a orde de prelación dos mesmos na selección.

O concurso consiste, pola súa banda, na comprobación e valoración dos méritos dos aspirantes e no establecemento dunha orde de prelación.

O concurso-oposición é unha síntese dos dous anteriores, conciliando valoración da capacidade cos méritos.

Pois ben, como sinalai, o concurso de méritos, como tal, queda relegado a circunstancias de excepcionalidade, pois non sempre ofrecería as necesarias garantías de igualdade tendo en conta a ampla discrecionalidade de que dispoñerían as distintas Administracións para determinar o correspondente baremo dos méritos.

O lexislador estatal, existindo tamén numerosa doutrina xurisprudencial respecto ao concurso-oposición, non positivizou a proposta do Comité de Expertos que suxeriu que a puntuación outorgada aos méritos, en particular aos que consistan na valoración de servizos prestados, debe ser proporcionada e non determinar por si mesma o resultado do proceso selectivo. Acerca dos requisitos que deben cumprir os méritos para non incorrer en arbitrariedade e ir contra o principio de igualdade, pronunciouse o Tribunal Constitucional na Sentenza do 19 de abril de 1989 que cito nun epígrafe anterior e á que me remito.

Na nosa Comunidade Autónoma, a Lei de Medidas fiscais e administrativas

do 28 de decembro de 2010³⁸ reforma o artigo 38 apartado 2 da Lei de Función Pública de Galicia³⁹, relativo á valoración dos méritos no concurso-oposición e determina que estes non poderán supoñer máis do 40% da puntuación máxima alcanzable no proceso selectivo, debendo superar os aspirantes, na fase de oposición, unha puntuación mínima aos efectos de garantir a debida idoneidade do proceso.

Respecto do **persoal laboral fixo**, o Estatuto recolle, de forma indistinta, a oposición, o concurso-oposición e o concurso de valoración de méritos, na mesma liña en que o viña facendo a lexislación anterior. Así o contempla tamén a Lei de Función Pública de Galicia⁴⁰, modificada neste punto pola Lei de Medidas fiscais e administrativas do 28 de decembro de 2010⁴¹, que establece que a selección do persoal laboral se ha realizar de acordo coa oferta de emprego público, mediante convocatoria pública e a través do sistema de oposición, concurso ou concurso-oposición libre nos que se garanta, en todo caso, os principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade. E engade que cando o sistema de acceso sexa o concurso, nas convocatorias se ha establecer unha puntuación mínima para superalo.

É obvio, pois, que a diferenza fundamental en canto ao proceso selectivo para acceder ao servizo público radica na excepcionalidade que se lle outorga ao sistema de concurso –e en virtude de lei– para o acceso dos funcionarios, fronte ao carácter de sistema normal de acceso que se atribúe ao concurso de méritos no caso do persoal laboral fixo, situándoo nun mesmo plano que a oposición e o concurso-oposición. Comparto plenamente a opinión de Fernández Miranda⁴², cando sinala que “la realidad seguirá siendo la misma, el de la generalización de esta vía –el concurso–, menos respetuosa con los principios de mérito y capacidad, cuando se trate de contratar a personal laboral”.

En definitiva, no achegamento entre persoal laboral e funcionarios de carreira cara ao que evoluciona a Función Pública no noso país, non parece moi coherente esta esencial diferenza.

³⁸ LEI 15/2010, de 28 de decembro, de Medidas fiscais e administrativas, LG/2010/543, DOG núm. 250, do 30 de decembro de 2010, páx. 21372.

³⁹ Cfr: Lei de Función Pública de Galicia.

⁴⁰ Cfr: Lei de Función Pública de Galicia.

⁴¹ Cfr: Lei de Medidas fiscais e administrativas.

⁴² FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, “El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 139/2008 (Estudios), Editorial Civitas S.A., Madrid 2008.

3.5.2. Funcionarios interinos e persoal laboral temporal

As notas esenciais que diferencian ao persoal interino do persoal laboral, sen pretender profundar nos límites que impón a extensión deste estudo, veñen dadas, en primeiro lugar, polo sometemento daquel ao dereito administrativo, fronte á vinculación prioritaria ao dereito do traballo do persoal laboral. Este sometemento ao dereito administrativo determina que a vinculación entre funcionario interino e Administración se efectúe en virtude de nomeamento, mentres que a relación entre persoal laboral e Administración empregadora se plasma no contrato de traballo. E, para rematar, pero esencial, o funcionario interino debe ocupar sempre postos de traballo atribuídos a funcionarios de carreira; e o persoal laboral temporal, unha praza destinada a persoal laboral.

Con respecto ás similitudes entre ambas figuras, que fundamentalmente nos afectan neste epígrafe, e polas que decidín abordalas conxuntamente, son as que atinxen ao carácter de provisionalidade ou temporalidade, fundamentado nesa necesidade e urxencia dos seus respectivos nomeamentos ou contratos. Así mesmo, a súa condición común de empregados públicos sométeos, coas correspondentes especificidades que xa coñecemos, ao estatuto do emprego público, particularmente no que atinxe ao cumprimento de determinados requisitos no acceso ao servizo público.

En efecto, a selección deste persoal, en coherencia coa súa condición de empregado público, regulado pola norma común aplicable a todo o persoal ao servizo da Administración Pública, debe axustarse aos principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade.

O problema xorde vinculado á propia natureza do funcionario interino e do persoal laboral temporal, a esas circunstancias intrínsecas ao nomeamento do funcionario interino ou á contratación do persoal laboral temporal. Refírome, evidentemente, ás razóns de necesidade ou urxencia que fundamentan eses nomeamentos ou contratacións.

Pois ben, a urxencia é a que determina que o proceso de selección deste persoal deba realizarse atendendo a criterios que permitan unha maior axilidade e rapidez, pois é notorio que os procesos selectivos que seguen a canle ordinaria se demoran excesivamente, podendo transcourir anos desde o seu inicio; polo tanto, sería impensable acudir a eles en caso de urxencia. Agora ben, é preciso establecer escrupulosamente os criterios a seguir para evitar que a pretendida urxencia leve aparelado un menor rigor na selección.

O obxectivo que debe perseguirse é, pois, compatibilizar a necesaria celeridade e axilidade destes procedementos cunha selección suficientemente obxectiva, que respecte os principios constitucionais de mérito e capacidade.

Tamén parece razoable considerar que a selección do persoal laboral temporal poida ser, en certa medida, máis flexible que a do persoal laboral fixo, sen que con iso nos refiramos a un procedemento de selección arbitrario.

3.5.2.1. *As listas de contratación ou bolsas de emprego temporal*

Esa obxectivación e celeridade na selección vén sendo pretendida polas chamadas listas de reserva, listas de contratación ou bolsas de emprego temporal. Ojeda Avilés⁴³ defínas como vías alternativas ao procedemento regular específico de selección de funcionarios, que se configuran como procedementos anticipados, na medida en que non son contemporáneos á necesidade, e que responden á lentitude dos procedementos selectivos ordinarios. Poden considerarse, en principio, conformes á legalidade aínda que "habrá que estar a las características adicionales de esos procedimientos para comprobar si en sus manifestaciones concretas por alguna razón incumplen las garantías exigidas".

As bolsas de emprego, cuxo obxecto é dispoñer dunha relación de persoas que desexen traballar nos distintos órganos ou departamentos da Administración Pública, permiten a incorporación inmediata á unidade que a necesita e articulan os mecanismos de axuste necesarios para conseguir destinar a cada aspirante ao posto máis adecuado. Deben incluír, como sinala o citado autor, os datos necesarios "para discernir si el candidato propuesto va a liquidar el urgente problema de la vacante temporal". A obxectividade virá referida aos criterios de baremación que se establezan.

É habitual que se establezan como criterios de baremación todos aqueles méritos que teñan unha vinculación directa co emprego público (nun afán de superar os erros cometidos no pasado computando méritos non apropiados para o acceso á función pública); neste sentido, en varias lexislacións autonómicas, téñense en conta fundamentalmente méritos como o feito de superar algunha proba selectiva e a experiencia na Administración. Na nosa Comunidade Autónoma⁴⁴ valóranse, en concreto, as notas obtidas no último proceso selectivo; os servizos prestados na Administración e mais os diferentes chamamentos, pola mesma lista, aceptados e finalizados sen renuncia.

As listas están, xa que logo, xeralmente constituídas por aquelas persoas

⁴³ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Biblioteca básica de derecho del trabajo, Editorial Comares, Granada 1998.

⁴⁴ DECRETO 37/2006, DO 2 DE MARZO, que regula o nomeamento de persoal interino para o desempeño con carácter transitorio de prazas reservadas a funcionarios e a contratación temporal de persoal laboral da Xunta de Galicia, LG/2006/78, DOG núm. 48, de 9 de marzo de 2006, páx. 3478.

que non aprobaron os últimos procesos selectivos, en orde descendente de puntuación e atendendo, en primeiro lugar, a aqueles que superaron algún exame. Se se dá a eventualidade de que a Administración correspondente teña necesidade de persoal, atendendo aos criterios citados do interino ou persoal laboral, recorrerá á lista correspondente.

En Galicia elabóranse varias listas abertas, segundo que o posto a cubrir estea reservado a persoal funcionario (unha lista por Corpo, Escala ou especialidade) ou a persoal laboral (unha lista por categoría). O persoal interesado e que cumpra os requisitos esixidos para o posto ao que desexe optar poderá inscribirse facendo constar o ámbito en que desexa prestar os seus servizos, ata un máximo de tres por cada categoría, corpo, escala ou especialidade. A tramitación e seguimento das listas corresponderá a catro Comisións permanentes provinciais e unha Comisión permanente central que se encargará da súa elevación á Dirección Xeral da Función Pública e da súa posterior publicación. Xurdida a necesidade de acudir á lista, os chamamentos realizaranse polos medios máis urxentes que permitan ter constancia da súa recepción.

É evidente que as prazas cubertas por este persoal deberán incluírse necesariamente na primeira convocatoria de provisión de postos de traballo ou na primeira oferta de emprego público que se aprobe. E, en coherencia co criterio seguido para o seu nomeamento ou contratación, unha vez que desaparezan as razóns de urxencia que motivaron a cobertura destas prazas debería cesar o persoal que as ocupa, non debendo incorrer na perpetuación irregular das situacións de temporalidade ou interinidade.

Para rematar, réstanos sinalar que o Estatuto non reflicte no seu texto o requisito de que a selección, tanto do persoal interino como do laboral temporal, se lle atribúa a órganos dotados das mesmas garantías de imparcialidade e especialización aplicables á selección do resto dos empregados públicos.

3.6. *FUNCIONARIZACIÓN E CONSOLIDACIÓN*

Aínda que os considero baixo un mesmo epígrafe, a *funcionarización* e a consolidación, trátanse, como enseguida poñerei de manifesto, de dous procesos moi diferentes en canto á súa natureza xurídica.

A *funcionarización* é todo proceso, de ineludible carácter singular e excepcional, mediante o cal se facilita o acceso por parte do persoal laboral aos Corpos, Escalas ou Especialidades a que se adscriben as prazas de funcionarios de carreira. Supoñen a reconversión dun posto destinado a persoal laboral nun posto de destino funcional, xa que responde ao propósito de regularizar a situación respecto dos postos de traballo que están servidos por persoal la-

boral e que son propios de funcionarios. Tamén poden vir referidos, excepcionalmente, á conversión do persoal interino en funcionario de carreira, e neste sentido contéplao a Disposición Transitoria oitava da Lei de Función Pública de Galicia⁴⁵, como veremos nun epígrafe posterior.

Debido ao carácter excepcional deste proceso, ou á consecuencia do mesmo, admítense neles determinadas restricións ao dereito de igualdade no acceso á Función Pública.

Na medida en que se trate da conversión dun posto de traballo ocupado por persoal laboral fixo nun posto reservado a funcionarios, configúrase como un procedemento que impide a duplicidade de persoas nun mesmo posto, o que podería ocorrer se se convocasen probas en quenda libre, xa que a garantía de estabilidade no emprego que o Estatuto outorga ao persoal laboral fixo confluiría cun eventual novo funcionario que accedese a ese mesmo posto⁴⁶.

Foi contemplada, por primeira vez, na Lei 23/1988, do 28 de xullo, de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁴⁷, que modificou a Lei 30/1984⁴⁸. O artigo 2 daquela Lei engade unha Disposición Transitoria décima quinta na Lei 30/1984 na que se recoñece ao persoal laboral o dereito a permanecer -e promocionar- no posto que ocupa con independencia de que este se reconverte, na relación de postos, a un de carácter funcional. Así mesmo, no apartado segundo, establece un proceso de funcionarización regulando a posibilidade de que o persoal laboral fixo poida acceder á condición de funcionario mediante a superación das correspondentes probas selectivas nas que se valoren como méritos os servizos efectivos prestados na súa condición de laborais.

A **consolidación**, pola súa banda, é aquel proceso que ten como obxectivo transformar un emprego de natureza temporal ou un contrato de natureza indefinida nunha praza de carácter estrutural.

Na base dos procesos de consolidación está a distinción precisada polo Tribunal Supremo, en varias sentenzas⁴⁹, en torno á natureza xurídica do persoal laboral indefinido e o fixo de persoal, da que destacamos a declaración relativa a que,

⁴⁵ Cfr: Lei de Función Pública de Galicia.

⁴⁶ SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Contencioso-Administrativo, de 12 de febreiro de 2007, RJ/2007/5021.

⁴⁷ LEI 23/1988, do 28 de xullo, que modifica a Lei de Medidas para a Reforma da Función Pública, BOE núm. 181, de 29 de xullo de 1988, páx. 23401.

⁴⁸ Cfr: LEI 30/1984, do 2 de agosto, de Medidas para a Reforma da Función Pública, RCL/1984/2000, BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984, páx. 22629.

⁴⁹ SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPREMO, Sala do Social, do 20 de xaneiro de 1998, RJ 1998/1000 e do 27 de maio de 2002, RJ 2002/9893.

"el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas".

En efecto, o desafortunado, e non infrecuente, proceder da Administración nas contratacións temporais, mediando graves irregularidades, desembocaba en sentenzas xudiciais que optaban por declarar aos traballadores nesa situación de carácter indefinido, polo que estes deixaban de ser traballadores temporais sen máis, pero tampouco podían adquirir o carácter de fixos; de feito, o seu cese produciríase no momento en que a praza se cubrixe regulamentariamente. Mesmo algunha sentenza resolvía declarando ao traballador en situación de indefinido e obrigando á Administración a proceder a crear a praza fixa de persoal para ser posteriormente outorgada a aquel.

Pois ben, esta figura contractual do "indefinido non fixo" declarado por sentenza trata de reconducirse, como enseguida veremos cando abordemos a normativa, mediante un proceso de consolidación, creando primeiro a praza de persoal laboral fixo de persoal e, posteriormente, mediando o cumprimento de determinados requisitos, atribuíla a aquel. Trátase, doutra banda, de dar resposta legislativa á acumulación de contratacións temporais irregulares nas Administracións Públicas.

Funcionarización e consolidación conflúen, pois, na excepcionalidade que supoñen os procesos que han de levar a cabo para reconverter, por unha banda, un posto de carácter laboral nun funcional e por outro, un emprego indefinido ou temporal nun posto estrutural. Esa excepcionalidade ten como canle as chamadas probas restrinxidas.

3.6.1. Probas restrinxidas

O Tribunal Constitucional veu recoñecendo, en varias sentenzas⁵⁰, a existencia de circunstancias **excepcionais** que poden lexitimar a adopción de procedementos tamén excepcionais de acceso á Función Pública nos que se dispense un trato preferente a determinados colectivos, sen que iso constitúa unha vulneración dos principios constitucionais de igualdade, mérito e capa-

⁵⁰ SENTENZAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 27 do 14 de febreiro de 1991, RTC 1991/27, do Pleno e a núm. 130, do 1 de xuño de 2009, RTC 2009/130, da Sala Segunda.

cidade, sempre que teñan como pretensión alcanzar unha finalidade constitucionalmente lexitima, na que se integra tamén a propia eficacia da Administración Pública.

"... si bien no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre con un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública".

Dous requisitos son, pois, imprescindibles segundo a doutrina xurisprudencial para dispensar un trato diferenciado: a excepcionalidade da situación que se pretenda afrontar, recoñecida en norma con rango de Lei, e a lexitimidade do fin perseguido⁵¹.

Eses procedementos especiais poderían traducirse, segundo Sentenza do Tribunal Constitucional do 11 de marzo de 2004⁵², tanto na previsión de valoración dos servizos prestados (aos que xa me referín nun epígrafe anterior), o que non significa que deba quedar excluída, de raíz, a concorrencia doutras persoas que non prestasen os devanditos servizos; como no que coñecemos como probas restrinxidas, é dicir, a posibilidade de establecer probas específicas ás que só ten acceso determinado persoal.

É concluínte a Sentenza do Tribunal Constitucional xa citado do 14 de febreiro de 1991⁵³, cando sinala que, en todo caso, deben respectarse os principios de mérito e capacidade.

"la previsión legal de pruebas específicas para consolidar una situación precaria precedente no puede ser entendida a la luz de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios pero

⁵¹ Cfr: SENTENZA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL do 1 de xuño de 2009, RTC/2009/130.

⁵² SENTENZA DO PLENO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 38, do 11 de marzo de 2004, RTC/2004/38.

⁵³ Cfr: SENTENZA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL do 14 de febreiro de 1991, RTC/1991/27.

que en ningún caso puede convertir a ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente al tener que respetarse en todo caso también para los interinos y contratados los principios constitucionales de mérito y capacidad".

Pois ben, esas probas restrinxidas contribúen a alcanzar as citadas *funcionarización* ou consolidación cando pretenden dar solución a colectivos singulares e posibilitan que a natureza xurídica da súa relación temporal coa Administración se transforme nunha relación permanente, funcionarial ou laboral.

3.6.2. A *funcionarización* e a consolidación na normativa

Tendo en conta que son moitas as normas dos distintos ámbitos territoriais que contemplan estes procesos de *funcionarización* e consolidación, seleccionaremos unicamente algunha delas –Estatuto Básico; Lei de Función Pública de Galicia e V Convenio Colectivo do Persoal Laboral da Xunta de Galicia– que nos permita afianzar estes conceptos.

Por unha banda, o Estatuto Básico del Empleado Público, garantindo en todo caso os principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade, e mediante procesos que inclúan as preceptivas probas de capacidade, inclúe na súa Disposición Transitoria segunda a posibilidade de *funcionarización* do persoal laboral fixo que desempeñe funcións ou postos clasificados como propios de persoal funcionario,

Disposición Transitoria segunda. Persoal Laboral fixo que desempeña funcións ou postos clasificados como propios de persoal funcionario.

"El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición."

e, na Disposición Transitoria cuarta, autoriza ás Administracións Públicas correspondentes a efectuar procesos de consolidación do persoal interino ou laboral anterior a 1 de xaneiro de 2005,

Disposición Transitoria cuarta. Consolidación do emprego temporal.

- “1. 1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de xaneiro de 2005.
2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.”

Na nosa Comunidade Autónoma, a Lei de Función Pública regula en varias Disposicións Transitorias verdadeiros procesos de funcionarización e consolidación. Así, na Disposición Transitoria primeira establécese un prazo máximo para que a Xunta de Galicia realice a convocatoria de probas selectivas para *funcionarizar* ao persoal laboral fixo que ocupe prazas que, pola natureza das súas funcións, deban ser ocupadas por funcionarios.

“Disposición Transitoria Primera. En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, la Xunta de Galicia convocará las pruebas selectivas para la realización de un proceso de *funcionarización* del personal laboral fijo que ocupe plazas que, por la naturaleza de sus funciones, deban ser ocupadas por personal funcionario, previa valoración, clasificación y determinación de los puestos de trabajo afectados, que será aprobada por el Consello de la Xunta de Galicia.

Las pruebas selectivas que se realicen en el marco del proceso de *funcionarización* respetarán, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad y valorarán, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados como personal laboral en los puestos objeto de *funcionarización*.”

Na Disposición Transitoria sétima concrétese ese proceso de funcionariza-

ción, establecendo, en primeiro lugar, o carácter voluntario que se lle concede ao persoal laboral fixo que ocupa prazas atribuíbles a funcionarios de acudir ás convocatorias correspondentes –establécense tres convocatorias consecutivas– para adquirir a condición de funcionario. A continuación, determínase que as probas consistirán na superación dun concurso–oposición, no que se valorarán os servizos prestados. E, para rematar, en caso de non superar os procesos selectivos, dispónse que o persoal laboral continuará mantendo o seu vínculo laboral coa Administración como persoal laboral fixo ocupando praza de funcionario en RPT.

"Disposición Transitoria Séptima. 1. El personal contratado laboral fijo que ocupe puestos de trabajo que, por la naturaleza de sus funciones, deben ser desempeñados por personas funcionarias, podrá acceder a la condición de personal funcionario, si voluntariamente optase por ello, a través de la superación de un concurso–oposición libre, en el que se valorarán los servicios efectivos prestados, teniendo en cuenta los criterios de mérito y capacidad.

2. La valoración de los servicios prestados se aplicará en tres convocatorias consecutivas y durante su tiempo de tramitación. La puntuación alcanzada se acumulará a la obtenida en la fase de oposición, y el total constituirá la puntuación final del concurso–oposición. Será condición necesaria que en cada una de las pruebas y en el curso selectivo de formación, en su caso, se obtenga la puntuación mínima, fijada en las bases de la correspondiente convocatoria, que acreditará la idoneidad de la persona candidata.

3. El personal al que se refieren los apartados anteriores que no supere el concurso–oposición en las tres convocatorias mantendrá con la Administración su vínculo laboral que le otorga el derecho al desempeño de un puesto de trabajo de análogas condiciones y en la misma localidad donde venga prestando sus servicios."

Novamente, na Disposición Transitoria oitava, contéplase un proceso de funcionarización e, neste caso, inclúe tanto o persoal interino como aqueles en réxime de contratación administrativa como interinos, incluso os contratados administrativos en situación de expectativa de acceso⁵⁴. Ademais, en virtude da Disposición Transitoria décima, este proceso esténdese ao persoal sometido a réxime laboral que preste servizos nas corporacións de dereito público da

⁵⁴ Nota: contratados administrativos que, conforme ao derogado Decreto 57/1983, de 6 de abril, que regulaba a Función Pública da Xunta de Galicia, estean en activo á entrada en vigor da derogada Lei 4/1988, de 26 de maio, de Función Pública de Galicia

Consellería de Pesca⁵⁵. Pois ben, no proceso previsto nesta Disposición Transitoria oitava, regúlase a posibilidade deste persoal de acceder á condición de persoal funcionario mediante a participación nun concurso-oposición no que se valorarán os servizos prestados, concurso no que poderán participar, igualmente, os funcionarios de carreira. Para rematar, establécese que, en caso de non superar as probas correspondentes –concédense tamén tres posibilidades–, este persoal poderá continuar prestando os seus servizos na situación xurídica en que o viña facendo, situación que non condicionará a consideración de vacante do posto.

"Disposición Transitoria octava. 1. El personal transferido por el Estado, tanto en régimen de contratación administrativa como interino, y el personal interino seleccionado a través de las oportunas pruebas convocadas por la Xunta, así como los contratados administrativos en situación de expectativa de acceso a la función pública conforme al Decreto 57/1983, de 6 de abril , que estuviese en activo a la entrada en vigor de la Ley 4/1988 , y el que estuviese al servicio de la Comunidad Autónoma de Galicia el 1 de mayo de 1990, podrá acceder a la condición de personal funcionario mediante la participación y superación de un concurso-oposición libre, y en su convocatoria se deberán respetar los criterios de mérito y capacidad y en él se valorarán los servicios efectivos prestados.

2. El personal que no supere dicha prueba selectiva tendrá derecho a la valoración de los servicios prestados en otras dos convocatorias consecutivas y a continuar prestando servicios en la Administración autonómica mientras no se celebren, manteniendo su situación jurídica anterior. Tal situación no condicionará la consideración de vacante del puesto de trabajo que viniese desempeñando.

3. El personal funcionario de carrera de la Administración autonómica que reúna los requisitos necesarios."

Para rematar, a Disposición Transitoria décima cuarta contempla as directrices a seguir nun proceso de consolidación que se sitúa no marco de redución da temporalidade e co obxecto de aumentar a estabilidade no emprego público e que afecta a todas aquelas prazas cubertas, interina ou temporalmente, con anterioridade ao 1 de xaneiro de 2005. Transcribimos a continuación a Disposición sen estendernos nela para posteriormente pasar a analizar con máis detalle o proceso de consolidación do persoal laboral da Comunidade

⁵⁵ Cfr: Lei de Función Pública de Galicia, Disposicións Transitorias cuarta e décima.

Autónoma regulado no vixente Convenio Colectivo do persoal laboral da Xunta de Galicia no que, no que se refire ao persoal laboral contemplado, abarca un marco temporal máis amplo.

"Disposición Transitoria Decimocuarta. Dentro del marco de las medidas de reducción de la temporalidad y con el objeto de aumentar la estabilidad en el empleo público en la Administración general de la Xunta de Galicia, la Comunidad Autónoma Gallega desarrollará, por una sola vez por plaza, un proceso selectivo de carácter extraordinario para la substitución de empleo interino o temporal por empleo fijo.

Será aplicable a estos procesos lo dispuesto en el artículo 63.2 de esta Ley.

El proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de xaneiro de 2005 y que continúen, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria.

Las plazas que en el momento de la entrada en vigor de esta disposición estén en la situación prevista en el párrafo anterior se reservarán para su oferta en los procesos extraordinarios que se realicen.

Los procesos selectivos respetarán, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y se efectuarán por el sistema de concurso-oposición abierto.

El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, las tareas y las funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso se podrán valorar, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

La valoración de méritos de las personas que superasen la fase de oposición sólo podrá otorgar una puntuación proporcionada, que no determinará, por sí misma, el resultado del proceso selectivo."

En efecto, no ámbito do persoal laboral da nosa Comunidade Autónoma, o V Convenio Colectivo Único para o persoal da Xunta de Galicia⁵⁶ recolle na Disposición Transitoria décima un detallado proceso de consolidación do persoal laboral indefinido ou contratado para obra ou servizo de carácter estrutural, nos seguintes termos:

"Décima. O persoal que, con efectos anteriores ao 7-10-1996, tivese re-

⁵⁶ V CONVENIO COLECTIVO ÚNICO PARA O PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA, DOG núm. 213, do 13 de novembro de 2008

coñecida a condición de indefinido na súa relación laboral por sentenza xudicial firme ou por resolución da Subsecretaría de Traballo e Asuntos Sociais do 24-7-1997 en virtude das previsións contidas no plan de emprego do INEM así como aquel que teña unha antigüidade con anterioridade ao 1-7-1998 na prestación de servizos para a Xunta de Galicia en virtude de sentenza xudicial que recoñeza a súa condición de persoal laboral indefinido, ou fose contratado directamente pola Xunta de Galicia baixo a modalidade de obra ou servizo determinado, para a realización de programas ou servizos de carácter estrutural, ou aqueloutro integrado por transferencia, terá os mesmos dereitos que o persoal laboral fixo.

A Administración, no prazo de doce meses creará, de ser o caso, os devanditos postos de traballo nas distintas RPT da Xunta de Galicia e posteriormente convocará un proceso selectivo mediante concurso ao cal terá a obrigaón de concorrer o persoal a que se fai referencia no punto anterior.

O devandito concurso respectará os principios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade e nel valorarase preferentemente a antigüidade e os cursos de formación e perfeccionamento na categoría e procesos selectivos superados. Os que o superen adquirirán a condición de persoal laboral fixo da Xunta de Galicia.

Para aquel persoal que teña unha antigüidade posterior ao 30-6-1998 e anterior ao 1-1-2005 na prestación de servizos para a Xunta de Galicia en virtude de sentenza xudicial que recoñeza a súa condición de persoal laboral indefinido, ou fose contratado directamente pola Xunta de Galicia baixo a modalidade de obra ou servizo determinado, para a realización de programas ou servizos de carácter estrutural, ou aquel integrado por transferencia será obxecto dun proceso de consolidación de emprego segundo o establecido na disposición transitoria cuarta da Lei 7/2007, de 12 de abril, do Estatuto Básico del Empleado Público e a disposición adicional decimoquinta deste convenio".

O contido desta Disposición pode concretarse en dous grandes apartados, un dirixido á consolidación do persoal laboral anterior ao 1 de xullo de 1998, e outro para o comprendido entre o 1 de xullo de 1998 e o 31 de decembro de 2004:

- a. Con respecto ao persoal anterior ao 1 de xullo de 1998, distinguimos os seguintes momentos:
 - a.1. Un primeiro momento no que se recoñecen os mesmos dereitos que ao persoal laboral fixo ao seguinte persoal:

- a.1.1. Persoal laboral indefinido, con efectos anteriores ao 7 de outubro de 1996, recoñecido por sentenza xudicial firme.
- a.1.2. Persoal laboral indefinido en virtude do Plan de Emprego do INEM por Resolución de xullo de 1997.
- a.1.3. Persoal laboral indefinido con antigüidade anterior ao 1 de xullo de 1998 en virtude de sentenza xudicial.
- a.1.4. Persoal contratado directamente pola Xunta baixo a modalidade de obra ou servizo determinado, para a realización de programas ou servizos de carácter estrutural.
- a.1.5. Todo aquel integrado por transferencia.
- a.2. Un segundo momento no que a Administración deberá crear os postos de traballo na RPT (recordemos aquí a necesidade de dotar os postos fixos de persoal con carácter previo á conversión do persoal indefinido en fixo), para o que se determina un prazo de 12 meses.
- a.3. Creados eses postos, convocarase un proceso selectivo dirixido a adquirir a condición de persoal laboral fixo, mediante o sistema de concurso no que se valorarán preferentemente a antigüidade e os cursos de formación e perfeccionamento.
- b. Con respecto ao persoal con antigüidade posterior ao 30 de xuño de 1998 e anterior ao 1 de xaneiro de 2005 que reúna os requisitos que sinalamos a continuación, o Convenio contempla un proceso de consolidación ao amparo da Disposición Transitoria cuarta do EBEP:
 - b.1. O persoal ao que vai dirixido este segundo proceso é todo aquel que, coa antigüidade sinalada, ostente a seguinte condición:
 - b.1.1. Persoal laboral indefinido recoñecido por sentenza xudicial.
 - b.1.2. Fose contratado directamente pola Xunta baixo a modalidade de obra ou servizo determinado, para a realización de programas ou servizos de carácter estrutural.
 - b.1.3. Todo aquel integrado por transferencia.
 - b.2. Este persoal será obxecto dun proceso de consolidación segundo o establecido na Disposición transitoria cuarta do EBEP antes citada, é dicir, mediante un proceso que deberá incluír probas de capacitación, aínda que proceda, así mesmo, a valorar como méritos os servizos prestados, valoración que deberá gardar, en todo caso, unha proporción razoable que non determine o resultado do proceso selectivo.

Como podemos constatar os procesos de funcionarización e consolidación foron amplamente abordados pola normativa coa finalidade de resolver os

abusos en que se estaba incorrendo coa atribución de interinidades para postos que deberían ser desempeñados por funcionarios de carreira e nas situacións de eventualidade e temporalidade en empregos laborais.

A nota esencial destes procedementos é a súa configuración para solucionar problemas conxunturais. Agora ben, se non se articulan normativamente sistemas de control ou responsabilidade dos órganos que asumen os nomeamentos de funcionarios interinos ou as contratacións de persoal laboral, que eviten a perpetuidade *contra natura* das situacións de interinidade ou o abuso ou ausencia de xustificación nas contratacións temporais, a *funcionarización* e a consolidación deixarán de ter ese carácter de excepcionalidade.

4. REVISIÓN DO SISTEMA

É notorio que a ríxida estrutura funcionarial establecida no Texto Constitucional crebou ou, cando menos, os seus contornos son espurios. O lexislador constitucional cando regula, por unha banda, un Estatuto dos Traballadores e, por outro, un Estatuto dos Funcionarios Públicos, parte do feito de que a situación dos traballadores é substancialmente distinta da situación dos funcionarios, polo seu contido, alcance e ámbito diferente de función e actuación. Por iso independiza e diversifica a súa regulación lexislativa, someténdoo a regulacións diferenciadas que non parecen irrazoables⁵⁷56.

En efecto, a dualidade de réximes xurídicos, estatutario e laboral, desenvolveuse de tal xeito nas últimas décadas que xa é consubstancial ao noso modelo de emprego público. Este carácter dual consolídase plenamente no texto do EBEP, que reduce significativamente as diferenzas entre ambos réximes. A laboralización do funcionario público e a *funcionarización* do laboral reafírmanse inequivocamente.

A *funcionarización* e a consolidación, procesos intensificados a raíz da proliferación de organismos instrumentais, perden progresivamente ese carácter de excepcionalidade que os definía para previrnos acerca da súa inmediata consolidación como unha nova vía de acceso á Función Pública, vía que, en íntima conexión cos procedementos citados, vén sendo configurada, nestes últimos anos, e de forma crecente, polos Tribunais.

Ademais da gravidade que pode inferirse desta desnaturalización dos sistemas de acceso ao emprego público, desta eventual creba de garantías, estas

⁵⁷ SENTENZA DO PLENO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 57, de 27 de xullo de 1982 (RTC/1982/57).

circunstancias dificultan afrontar con eficacia o primeiro elo necesario para a racionalización do emprego público, a planificación.

É preciso dotar ao sistema de procedementos que permitan esixir o control ou responsabilidade dos órganos que asumen os nomeamentos dos funcionarios interinos ou as contratacións de persoal laboral. É necesario realizar unha revisión sistemática, minuciosa e homoxénea das distintas Administracións Públicas que nos faculte para profundar no coñecemento dos seus efectivos para deseñar, sobre unha base sólida, un sistema de acceso coherente, homoxéneo e que contribúa, non só a garantir os importantes principios de igualdade, mérito e capacidade, senón tamén a asegurar a eficacia da Administración fundamentada na calidade de quen a serven.

Para acadar eses obxectivos, é imperativo romper, dunha vez por todas, coa Administración decimonónica que arrastramos e introducir novos parámetros máis acordes coa conxuntura actual.

No que ao reducido ámbito do noso estudo se refire, a consecución dese obxectivo se traduciría nunha nova reconsideración da metodoloxía a seguir nas probas para acceder ao emprego público, buscando un maior equilibrio entre o peso que representa a capacidade memorística e o razoamento analítico e práctico naquelas. Tal e como están configuradas ata agora as probas de acceso á Administración no noso país, o que sí poñen de manifesto, sen dúbida algunha, é a capacidade memorística e de resistencia do opositor, pero son bastante deficitarias en canto á capacidade de razoamento analítico e práctico.

No marco actual de grave limitación de recursos económicos, a defensa do interese xeral consubstancial á figura do empregado público debe presidir a procura dunha mellora no aproveitamento dese factor humano, sen caer na tentación de priorizar os custos.

5. BIBLIOGRAFÍA

• DOUTRINA

DÍEZ QUESADA, A. e GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. M. (2009): *El Estatuto Básico del Empleado Público y sus posibilidades renovadoras del Empleo Público Local*, Capítulo II do libro *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2009, La Ley 4028/2010.

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2008): *El Estatuto Básico del Em-*

pleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público. *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, 139/2008 (Estudios). Madrid: Editorial Civitas.

LÁZARO, J. L. (2008): *Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio*. Artigo inserido na obra *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Editorial La Ley, xaneiro de 2008.

LONGO, F. (1996): Modernizar la gestión pública de las personas: los desafíos de la flexibilidad. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 9 (febreiro). Caracas.

MINTZBERG, H. (1996): Managing Government, Governing Management. *Harvard Business Review* (maio-xuño).

OJEDA AVILÉS, A. (1998): *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*. Granada: Editorial Comares, Biblioteca básica de derecho del trabajo.

PALOMAR OLMEDA, A. (2008): La Oferta de Empleo Público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión. *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, 140. Madrid: Editorial Civitas.

• INFORMES E OUTROS DOCUMENTOS

DEFENSOR DEL PUEBLO, Funcionarios interinos y Personal Eventual: La Provisionalidad y Temporalidad en el Empleo Público, Informe monográfico do ano 2003.

INFORME de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público do 25 de abril de 2005, Ministerio das Administracións Públicas, INAP goberna, Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública.

INFORME ESPECIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEO, nº 9/2009, sobre Eficiencia e eficacia das actividades de selección de persoal levadas a cabo pola Oficina Europea de Selección de Persoal.

OFICINA EUROPEA DE SELECCIÓN DE PERSOAL, http://europa.eu/epso/index_es.htm.

SEVACH, "Un Observatorio para el Empleo Público: el cuento de nunca acabar", *El blog de Derecho Público de Sevach*, <http://contencioso.es>.

• SENTENZAS

Sentenza do Pleno do Tribunal Constitucional, núm. 57, do 27 de xullo de 1982 (RTC\1982\57).

Sentenza do Pleno do Tribunal Constitucional, núm. 99, do 11 de xuño de 1987, RTC\1987\99.

Sentenza do Tribunal Constitucional, núm. 67, da Sala Segunda, do 18 de abril de 1989, RTC\1989\67.

Sentenza do Tribunal Constitucional, núm. 68, da Sala Primeira, do 19 de abril de 1989, RTC 1989\68.

Sentenza do Pleno do Tribunal Constitucional, núm. 27 do 14 de febreiro de 1991, RTC

1991\27.

Auto do Pleno do Tribunal Constitucional, núm. 63, do 12 de marzo de 1996, RTC 1996\63.

Auto do Pleno do Tribunal Constitucional, núm. 317, do 29 de outubro de 1996, RTC 1996\317.

Sentenza do Tribunal Constitucional, núm. 174, Sala Segunda, do 11 de novembro de 1996, RTC 1996\174.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Social, do 20 de xaneiro de 1998, RJ 1998\1000.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, do 30 de novembro de 1999, RJ\2000\3203.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, do 26 de xaneiro de 2000, RJ\2000\392.

Sentenza do Pleno do Tribunal Constitucional, núm. 37, do 14 de febreiro de 2002, RTC\2002\37.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Social, do 27 de maio de 2002, RJ 2002\9893.

Sentenza do Tribunal Constitucional, núm. 107, da Sala Primeira, do 2 de xuño de 2003, RTC\2003\107.

Sentenza do Pleno do Tribunal Constitucional, núm.38 do 11 de marzo de 2004, RTC\2004\38.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, do 12 de febreiro de 2007, RJ\2007\5021.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, do 29 de xaneiro de 2008, RJ\2008\685.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, do 31 de maio de 2008.

Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, do 24 de xuño de 2008, RJ\2008\6696.

Sentenza do Tribunal Constitucional, núm. 130, da Sala Segunda, do 1 de xuño de 2009, RTC\2009\130.

• **NORMATIVA**

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA do 27 de decembro de 1978.

DECRETO 57/1983, do 6 de abril, que regulaba a Función Pública da Xunta de Galicia, LG\1983\586, DOG núm. 34 do 15 de abril de 1983 (derrogado).

REAL DECRETO LEXISLATIVO 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o Texto Refundido das disposicións legais vixentes en materia de Réxime Local, RCL\1986\1238, BOE núm. 96, do 22 de abril de 1986.

LEI 30/1984, do 2 de agosto, de Medidas para a Reforma da Función Pública, RCL\1984\2000, BOE núm. 185, do 3 de agosto de 1984, páx. 22629.

- LEI 23/1988, do 28 de xullo, que modifica a Lei de Medidas para a Reforma da Función Pública, BOE núm. 181, do 29 de xullo de 1988, páx. 23401.
- REAL DECRETO 896/1991, do 7 de xuño, polo que se establecen as Regras básicas e programas mínimos aos que se debe axustar o procedemento de selección dos Funcionarios da Administración Local, RCL 1991\1522, BOE núm. 142, do 14 do xuño de 1991, páx. 19669.
- REAL DECRETO 364/1995, do 10 de marzo, polo que se aproba o Regulamento Xeral de Ingreso de Persoal da Administración, Provisión de Postos e Promoción, RCL 1995\1133, BOE núm. 85, do 10 de abril de 1995, páx. 10622.
- DECISIÓN 2002/620/CE, do 25 de xullo de 2002, de creación da Oficina de Selección de Persoal das Comunidades Europeas (EPSO).
- DECRETO 37/2006, do 2 DE MARZO, que regula el nomeamento de persoal interino para o desempeño con carácter transitorio de prazas reservadas a funcionarios e a contratación temporal de persoal laboral da Xunta de Galicia, LG\2006\78, DOG núm. 48, do 9 de marzo de 2006, páx. 3478.
- ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, Lei 7/2007, do 12 de abril, RCL 2007\768, BOE nº 89, do 13 de abril de 2007, páx. 16270.
- DECRETO LEXISLATIVO 1/2008, do 13 de marzo, polo que se aproba a Lei de Función Pública de Galicia, LG\2008\255, DOG núm. 114, do 13 de novembro de 2008, páx. 11359.
- V CONVENIO COLECTIVO ÚNICO PARA O PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA, DOG núm. 213, do 13 de novembro de 2008.
- LEI 2/2009, do 23 de xuño, que modifica o Texto Refundido da Lei de Función Pública de Galicia, DOG núm. 122, de 24 de xuño de 2009, páx. 10894.
- DECISIÓN 2010/51/JE do 19 de xaneiro, pola que se modifica a Decisión do 25 de xullo de 2002, de creación da EPSO.
- REAL DECRETO 868/2010, do 2 de xullo, polo que se crea o Observatorio del Empleo Público, BOE núm. 170, do 14 de xullo de 2010, páx. 61874.
- LEI 15/2010, do 28 de decembro, de Medidas fiscais e administrativas, LG\2010\543, DOG núm. 250, do 30 de decembro de 2010, páx. 21372.

2 comentarios e crónicas

RESUMO DA INTERVENCIÓN: LICITACIÓNS PÚBLICAS E DEFENSA DA COMPETENCIA

Luis Berenguer Fuster

Presidente da Comisión Nacional da Competencia

No exercicio da función de promoción que a Lei 15/2007 de defensa da competencia lle recoñece explicitamente á CNC, publicáronse nos últimos anos unha serie de Guías de boas prácticas favorecedoras da competencia en distintos ámbitos da nosa economía.

A máis recente é a *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada en febreiro do 2011 e dirixida aos órganos de contratación das distintas administracións co fin de chamar a súa atención sobre aqueles elementos do procedemento de contratación pública que deben ser especialmente valorados pola súa repercusión sobre a competencia, e sobre a existencia de posibles acordos anticompetitivos das empresas licitadoras.

A licitación pública representa en España o 15% do PIB, unha porcentaxe superior incluso ao de sectores tan relevantes como o turismo ou a construción. A falta de competencia neste ámbito é especialmente nociva para os cidadáns ao se veren prexudicados dobremente, como contribuíntes e como consumidores. As estimacións internacionais sitúan o sobreprezo derivado da colusión entre empresas licitadoras nun 20%, o que permite calcular que, en España, cada punto porcentual do volume de licitacións que se vexa sometido a esta práctica supón un sobrecusto de 300 millóns de euros.

A Guía é o resultado dunha serie de iniciativas que, no marco sancionador e de promoción da competencia, veu tomando a CNC, e anteriormente o extinto Tribunal de Defensa da Competencia. Son ben coñecidas as distintas resolucións sancionadoras por acordos entre empresas competidoras en concursos públicos adoptadas nos últimos anos; na actualidade, a Dirección de Investigación segue con interese, de oficio ou a través de denuncias, o funcionamento competitivo desta actividade, como o proban os expedientes sancionadores que hoxe en día están abertos no sector da construción e da papelería. Máis alá da vixilancia destas prácticas, prohibidas pola Lei de defensa da competencia, a CNC veu analizando o marco legal, estatal e autonómico, que afecta ás licitacións públicas para reclamar que as administracións non restrinxan innecesariamente no exercicio da súa facultade normativa a competencia na contratación pública. Neste sentido, fomos especialmente críticos co Protocolo

que no 2007 asinaba o Ministerio de Fomento con representantes do sector para fixar os criterios que se aplicarían nos concursos para as novas concesións de transporte interurbano de viaxeiros en autobús, ao entender que introducía numerosas cláusulas que restrinxían a competencia. A nivel autonómico, a CNC impugnou as normas da Comunidade Autónoma de Valencia e de Andalucía que prorrogaban inxustificadamente as concesións de transporte de viaxeiros por autobús, eliminando así a competencia por entrar neste mercado.

Por todo isto, a elaboración e publicación desta *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* é un dos actos sobranceiros da actividade da CNC desde que inicia a súa actual etapa coa entrada en vigor da Lei 15/2007 de defensa da competencia.

A Guía ten dúas partes diferenciadas. Na primeira, ocúpase de analizar cales son as alternativas máis favorecedoras da competencia que ofrece o procedemento administrativo propio da contratación pública. Na decisión sobre a celebración ou non dun contrato, na elección do procedemento de contratación, no deseño dos pregos, e nas decisións que debe adoptar o órgano administrativo durante e despois da licitación, hai posibilidade de optar por alternativas que teñen efectos positivos sobre a competencia.

Na segunda parte, a Guía trata os problemas da colusión entre empresas licitadoras. Valóranse as características do mercado que favorecen a aparición destes acordos ilícitos entre competidores e proporciónanse indicadores referidos á forma en que se presentan as ofertas, aos prezos e aos comportamentos das empresas que deben poñer sobre aviso aos responsables dos órganos contratantes. Ante sospeitas de colusión, instamos a que se adopten os procedementos ordinarios de licitación, que se vixie como se está levando a cabo a subcontratación na obra ou servizo licitado, e que se informe as empresas das responsabilidades en que poden incurrir por este falseamento da competencia. Ante a constatación de indicios sólidos, facemos un chamamento para que se denuncie ante as autoridades de defensa da competencia.

RESUMO DA INTERVENCIÓN: GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA E COMPETENCIA DA CNC

Juan Espinosa García

Subdirector de Relacións coas Administracións Públicas
Dirección de Promoción da Competencia da CNC

O Sr. Juan Espinosa, subdirector de Relacións coas Administracións Públicas da Dirección de Promoción da Competencia da CNC, desenvolveu o contido da *Guía sobre contratación pública y competencia da CNC*.

Para realizar unha correcta aproximación aos obxectivos que a CNC perseque coa publicación desta Guía, hai que partir de que unhas adecuadas condicións de competencia efectiva nos procesos de licitación pública (e, polo tanto, nos mercados onde a interacción entre oferta e demanda se producen mediante licitacións públicas) teñen como consecuencia non só mellores prezos senón nunha maior eficacia, calidade e innovación na prestación dos servizos (en definitiva, nun maior "value for Money", en termos anglosaxóns).

As administracións públicas poden contribuír a mellorar a competencia nestes procesos coas decisións que adoptan verbo dos procedementos de licitación, así como coa observación do comportamento dos participantes nas distintas licitacións de cara a detectar indicios de posibles acordos restritivos da competencia entre eles.

Tendo presente o anterior, distínguense perfectamente na Guía dúas partes diferenciadas.

A primeira parte da Guía, ademais de lembrar o cumprimento da Lei de contratos do sector público naqueles aspectos de maior incidencia para a competencia, contén recomendacións relativas ás decisións administrativas que teñen lugar en todas as fases da licitación, desde a mesma decisión de celebrar unha licitación ata a execución da prestación. En todos estes momentos poden as administracións influír sobre as condicións de competencia da licitación.

Así, por exemplo, na primeira fase de decisión, resulta de grande importancia que non se eludan inxustificadamente os procedementos de contratación pública na provisión de bens e servizos mediante un uso extralimitado de instrumentos, como os convenios entre Administración e empresas ou as encomendas directas de xestión a medios propios.

Así mesmo, a elección do procedemento de contratación pode condicionar

a competencia. A adopción de procedementos distintos do aberto, sen prexuízo de que se verifiquen as circunstancias habilitantes que nalgúns casos prevé a Lei, debe ser o resultado dunha valoración coidadosa de todas as opcións, e en todo caso debe garantirse un número adecuado de licitadores.

Pola súa banda, o deseño dos pregos de contratación non debe incluír elementos que restrinxan a competencia, tanto no acceso á licitación como na valoración das ofertas. Elementos como unha esixencia desproporcionada de solvencia ou requisitos técnicos en relación co obxecto do contrato, de formas xurídicas determinadas, ou a presenza de discriminacións territoriais limitan indebidamente o acceso a operadores plenamente capaces de desenvolver a prestación. Da mesma maneira, á hora de establecer os criterios de adjudicación débese garantir a igualdade de trato entre licitadores, sen primar os actuais operadores fronte aos potenciais, por exemplo, mediante valoracións de experiencia, do cumprimento satisfactorio doutros contratos, ou dereitos de preferencia ou tenteo en caso de similitude de ofertas. Tamén deben ponderarse adecuadamente os distintos elementos de puntuación (os máis importantes deben ser os máis significativos desde o punto de vista do prezo e da calidade da prestación) e permitirse que a competencia dos elementos cuantificables como o prezo non se limite mediante o establecemento de límites coñecidos previamente polos operadores.

A duración dos contratos é outro elemento que afecta á competencia pola licitación, xa que duracións desproporcionadas en atención ao prazo de amortización dos investimentos necesarios, ou ben prórrogas da duración orixinal, anulan de plano a posibilidade de acceder ao contrato, en prexuízo da propia Administración.

Ao longo da tramitación das licitacións, os órganos de contratación tamén poden promover a competencia; en particular, facilitando a información que sexa relevante para que os operadores poidan realizar adecuadamente as súas ofertas e utilizando todos os mecanismos de publicidade que estean á súa disposición, incluídos os electrónicos.

Finalmente, na fase de execución, as administracións teñen que ser particularmente coidadosas en non realizar modificacións sobrevidas dos contratos en atención a causas que non resulten verdadeiramente imprevisibles, e en todo caso analizar a frecuencia con que recorren a este instrumento, que debería ser a excepción e non a norma. Da mesma maneira, deben atender á estrutura do mercado para determinar os límites mínimos e máximos de subcontratación.

A segunda parte da Guía comeza por identificar as características do mer-

cado que facilitan a colusión (aínda que a súa presenza non supón condición suficiente nin necesaria para que esta exista). Así, mercados de produtos homoxéneos, relativamente transparentes, cuxa oferta presenta un número reducido de empresas e un tamaño máis ou menos semellante entre elas, que son estables en canto ao número de operadores e nos que existen frecuentes licitacións nas que toman parte empresas que se relacionan frecuentemente entre si, mesmo mediante vínculos estruturais, son máis proclives a sufrir este tipo de prácticas.

Esta parte da Guía tamén aborda as distintas técnicas que utilizan comunemente os operadores que participan en colusións para licitacións públicas. As principais finalidades desta colusión son a repartición de mercados e a relaxación da competencia en prezos. Así, o mecanismo de "aparencia de concorrencia" pode consistir na presentación de posturas encubertas á Administración (sen ningunha posibilidade de gañar), ou ben nunha retirada da oferta a posteriori. Mediante estas técnicas asegúrase unha rotación do gañador, que logo compensará aos membros ben directamente (mediante a subcontratación ou pagamentos directos) ou ben indirectamente (simplemente deixando de presentarse a outras licitacións).

A Guía tamén facilita unha serie de indicadores para detectar posibles colusións entre licitadores, tanto nas ofertas (número inferior ao habitual, retiradas inesperadas) coma nos prezos (subidas sen xustificación obxectiva, baixas drásticas cando un licitador non habitual entra en escena), ou mesmo no comportamento dos licitadores nas súas relacións cos órganos de contratación.

Finalmente, a Guía tamén explica que deben facer funcionarios e responsables da tramitación destes procedementos ante sospeitas previas de que nas licitacións que veñen desenvolvendo están a ser vítimas de colusión entre operadores, de maneira que se poida desincentivar a devandita colusión e, de considerarse que está a suceder nalgunha licitación concreta, adopten determinadas cautelas para poñer o caso en coñecemento das autoridades de competencia.

RÉXIME XURÍDICO DA XESTIÓN DAS AUGAS: OS SEUS PRINCIPIOS INSPIRADORES E A SÚA MANIFESTACIÓN NA NOVA LEI DE AUGAS DE GALICIA *

Juan Carlos Argüello Fernández

Subdirector Xeral de Xestión
do Dominio Público Hidráulico de *Augas de Galicia*

Resumo: *Analízase o réxime xurídico das augas no ordenamento xurídico español e os principios que inspiran a súa administración e xestión. Concrétase o momento histórico en que estes principios foron creados e asumidos polo noso ordenamento xurídico e perfilanse todos eles facendo especial referencia ao de publicación das augas, xestión integral de cunca e unidade de ciclo hidrolóxico. Así mesmo, descríbese o proceso de planificación hidrolóxica como o principal instrumento de desenvolvemento e ordenación racional e sustentable da política da auga no noso país. Para rematar, analízase como todos estes principios son asumidos e superados pola nova Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia.*

Palabras clave: *auga, ben público, xestión integral, participación dos usuarios, medio natural, custos, Galicia.*

Abstract: *This article analyzes the status of water within the Spanish legal system and the principles that guide its administration and management and identifies the point in time in which these principles were created and assumed by our legal system. These principles are outlined, paying special attention to the nationalization of water, basin integrated management, and hydrological cycle unit. In addition, the process of hydrological planning is described as the main instrument of development and rational and sustainable regulation of water policy in our country. Lastly, an analysis is made of how the Augas de Galicia new 9/2010, November 4 Act, assumes and improves upon these principles.*

Keywords: *water, public good, integrated management, user participation, environment, costs, Galicia.*

Durante moito tempo a auga foi considerada un ben inesgotable. O home adaptaba a súa existencia ás disponibilidades deste recurso, ben asentándose en lugares que contaban con auga de calidade, ben adaptando a súa forma de

* Texto da conferencia impartida polo autor na «Xornada sobre a Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia», celebrada na *Escola Galega de Administración Pública* o 13 de abril do 2011 en Santiago de Compostela.

vida ás disponibilidades hídricas dos territorios. Pensábase que a auga corría libremente como a luz do sol ou o aire. Era o que os vellos libros de economía denominaban un caso de ben «non económico»: algo que non é de ninguén e do que calquera pode apropiarse ou aproveitar.

Para o Dereito romano a auga atopábase dentro da categoría das *res communes omnium*, unha cousa do común que podía ser gozada por todos, pois a todos pertencía, aínda que as augas dos ríos navegables foron obxecto de especial protección: segundo Ulpiano, nelas prohibíase aos particulares a construción de estruturas que dificultasen ou impedisen a navegación.

En xeral, esta dobre cualificación das augas do Dereito romano mantense na Europa continental ata ben entrado o século XIX. O Código Civil napoleónico declarou unicamente como bens de dominio público os ríos navegables.

No Dereito español podemos afirmar, seguindo ao profesor García Rubio¹, que se mantivo longo tempo este sistema con orixe no Dereito romano. Así, As *Sete Partidas* de Afonso X o Sabio permítenlle a calquera particular, e principalmente aos donos de terreos ribeiregos, a apropiación das augas, coa excepción das propias dos ríos navegables e flotables. No entanto, naqueles territorios peninsulares onde a auga era máis apreciada, ben pola súa menor abundancia ou porque o seu uso tivese unha maior importancia nas actividades económicas, estableceuse unha certa intervención das autoridades que limitaba os dereitos e expectativas dos propietarios ribeiregos das correntes de auga. É o caso de Valencia, onde distintos corpos normativos estableceron desde antigo o dominio público, tanto dos ríos navegables coma dos non navegables e de todas as augas que tivesen perenne e continuo curso, aínda que nacesen en terreo de dominio particular; sendo unicamente de dominio privado aquelas augas que «teniendo origen en territorio de privado dominio, por su corta cantidad o por su perenne, no pueden emplearse en utilidad pública».

Ata o século XIX, polo tanto, conviven en España dúas tradicións hidráulicas: a de raíz romana, para a cal a auga é sobre todo un ben do común, e a levantina, que supón unha temperá consideración da auga como ben público.

É daquela, cara a mediados do século XIX, cando a chegada da civilización industrial multiplica a poboación e rompe coa tradicional adaptación, mal que ben, do home ás disponibilidades de auga, dando lugar a unhas demandas ata entón sen precedentes e orixinando unha sensación de escaseza. O abastecemento da poboación e das súas actividades económicas dependía cada vez máis

¹ GARCÍA RUBIO, F.: *Régimen jurídico de la gestión del agua*. Madrid, La Ley y el Consultor, 2010. Páxs. 55 e ss.

de complexas operacións de captación, bombeo, condución e potabilización. A auga converteuse, xa que logo, nun ben «económico», obxecto de «produción» e de consumo.

Neste contexto histórico e social prodúcese o fenómeno xurídico e económico da publicación da auga. No noso Dereito, a Real orde do 24 de maio de 1853 é a primeira norma xurídica que, expresamente, cualifica as augas dos ríos e as súas canles como dominio público. En esencia, a cualificación como dominio público da auga supón a súa exclusión do tráfico ordinario do Dereito privado para ser xestionada en réxime de Dereito público, reservándose o Estado a súa titularidade. Esta titularidade da auga polo Estado pode derivar (e de feito, deriva) no outorgamento discrecional pola Administración responsable do recurso duns dereitos temporais de aproveitamento a aqueles particulares interesados, mediante o pagamento dun canon.

Despois da citada Real orde de 1853, as leis de 1866 e de 1879 declararon públicas as augas que nacían continua e descontinuamente en terreos de dominio público, as dos ríos, e as continuas ou descontinuas de mananciais e arroios namentres discorresen polas súas canles naturais. Esta última lei de 1879, que se ocupaba tan só das augas continentais e non das marítimas, coma a de 1866, determinou a condición de dominio público das augas superficiais e considerou as subterráneas de titularidade privada. Tal regulación estivo vixente, como é ben sabido, durante máis de cen anos, ata a actual Lei de augas na súa versión orixinaria de 1985.

En palabras do profesor Ariño Ortiz², se en algo foi España un exemplo estudado e imitado por numerosas lexislacións estranxeiras, foi en materia de augas, en gran parte grazas a leis coma esta de 1866-1879, que no seu momento constituíu «un verdadeiro monumento xurídico».

A lei de 1879, dicíamos, contemplou a posibilidade de apropiación da auga polos particulares. Estas «augas privadas» podían ser de dous tipos: as pluviais e as de mananciais e arroios; e as subterráneas. Sobre as primeiras, os propietarios dos terreos polos que discorrían podían facer obras de encoro, almacenamento, ou condución das mesmas dentro das súas propiedades. As subterráneas pertencían sempre «en plena propiedade» a quen as descubría e sacaba á superficie, tanto se era en terreo propio coma en terreos públicos. Non se admitía, con todo, que se sacasen á superficie augas sobre terreo alleo sen permiso do propietario deste.

² ARIÑO ORTIZ, G. e SASTRE BECEIRO, M.: *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España*. Granada, Ed. Comares, 1999. Páx. 2.

Durante o longo período de vixencia da Lei de 1879 producíronse, ademais, dous importantes acontecementos no noso Dereito de augas: en 1924, mediante decreto-lei, atribúeselles definitivamente aos municipios a competencia da subministración de augas á poboación; e, doutra banda, en 1926 créanse as Confederacións Hidrográficas, as primeiras institucións que existiron no mundo co obxectivo de xestionar toda unha cunca fluvial de maneira unitaria. Con elas xorde, pois, no noso Dereito outro principio informador da xestión da auga: a unidade de cunca como unidade de xestión do recurso. E xorde moito antes de que o Consello de Europa adoptase en 1967 a Carta Europea da Auga —cuxo artigo 11 dispón que a administración dos recursos hídricos ten que basearse nas cuncas naturais máis que nas fronteiras políticas e administrativas— e de que este criterio fose asumido pola Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro do 2000, coñecida como Directiva Marco de Augas.

Sobre este aspecto de unidade e xestión integral de cunca fundaméntase a repartición de competencias en materia de xestión da auga entre o Estado e as Comunidades Autónomas que deseña a Constitución española de 1978. Así, o seu artigo 149.1.22ª determina que «o Estado ten competencia exclusiva sobre [...] a lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos hidráulicos cando as augas corran por máis dunha comunidade autónoma». A competencia, pois, sobre os recursos hidráulicos distribúese segundo discorran as augas dunha determinada cunca hidrográfica polo territorio dunha soa comunidade autónoma ou polo de varias. No primeiro caso, a competencia será exercida pola Administración autonómica correspondente e no segundo pola propia Administración Xeral do Estado mediante o Organismo de cunca respectivo.

Outra cousa que previu a Constitución de 1978, no seu artigo 132, foi a de remitir a unha lei posterior a regulación dos bens de dominio público, así como a determinación de cales destes bens serían de titularidade estatal.

En parte como consecuencia deste mandato constitucional, promúlgase a Lei de augas de 1985 que arromba definitivamente a lei de 1879, fai desaparecer o concepto de «augas privadas» en que se baseaba en boa parte esta última, como xa se sinalou con anterioridade, e establece como principio cardinal o da publicación de todas as augas, consagrando a indiscutible «unidade do ciclo hidrolóxico». Esta nova formulación legal do réxime xurídico das augas foi consecuencia dos traballos das axencias especializadas e dos organismos internacionais, así como das opinións de reputados expertos en materia hidráulica, para os cales as augas subterráneas e as augas superficiais son, no fondo, as mesmas augas, polo que se impón a súa explotación racional e coordinada. A

lei de 1879 descoñecía esta realidade unitaria da auga e establecía un réxime xurídico e un sistema de competencias para a súa ordenación e xestión completamente distinto nun e outro caso. Con iso, non facilitaba o aproveitamento racional dos nosos recursos hidráulicos e tampouco lles garantía, de feito, aos usuarios a pervivencia dos seus caudais.

Así pois, desde 1985 «las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico». Esta afirmación era recollida no artigo 1º da Lei de augas de 1985 e hoxe aparece tamén no actual texto refundido da Lei de augas, aprobado por Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, que, en grandísima parte, continúa e integra aquela lei.

A auga no noso ordenamento xurídico configúrase, polo tanto, como un recurso unitario. Todo el é único e forma parte dun ciclo natural común. As augas pluviais e os mananciais, as superficiais e as subterráneas, as continuas ou descontinuas, as renovables ou as de moi lenta renovación, todas forman unha única realidade. É, ademais, un recurso de dominio público estatal, co que se sinala expresamente que a titularidade de todas as augas lle corresponde ao Estado, a quen lle compete en última instancia a planificación da actividade económica xeral e que, ademais do Plan Hidrolóxico en si mesmo, alcanzará a outros plans nacionais coma os enerxéticos, de obras públicas, de regadíos ou de minería, todos os cales afectan directamente ás augas.

E é que, despois do principio de respecto á unidade do ciclo hidrolóxico na xestión das augas, o segundo elemento esencial que introduciu a Lei de augas de 1985 no sistema de administración da auga en España foi o criterio da planificación hidrolóxica.

A planificación hidrolóxica é o instrumento de desenvolvemento da política da auga mediante a ordenación dos seus distintos usos, e a protección da calidade e a xestión racional e sustentable do recurso, que condiciona toda autorización, concesión ou infraestrutura hidráulica futura que se solicite. Os seus obxectivos son: conseguir o bo estado e a adecuada protección do dominio público hidráulico, a satisfacción das demandas de auga, e o equilibrio e harmonización do desenvolvemento rexional e sectorial incrementando as disponibilidades do recurso, protexendo a súa calidade, economizando o seu emprego e racionalizando os seus usos en harmonía co medio e os demais recursos naturais.

O ámbito xeográfico da planificación hidrolóxica é, como resulta ben sabido, a cunca hidrográfica, aínda que desde a trasposición ao noso ordenamento

xurídico da Directiva marco da auga (cuxo contido se incorporou ao texto refundido da Lei de augas en virtude da modificación operada polo artigo 129 da Lei 62/2003, do 30 de decembro) superpoñéronse a este ámbito xeográfico das augas continentais —tanto superficiais coma subterráneas—, as augas mariñas, costeiras e de transición, que determinan un novo espazo xeográfico comprensivo de todas elas (denominado Demarcación Hidrográfica) e que debe ser obxecto de ordenación e protección polo Plan Hidrolóxico de cunca correspondente.

A planificación hidrolóxica realízase mediante os Plans Hidrolóxicos de cunca e o Plan Hidrolóxico Nacional. Os Plans Hidrolóxicos de cunca son aprobados polo Goberno mediante Real decreto, en canto que o Plan Hidrolóxico Nacional, a cuxas determinacións deben someterse estritamente os plans de cunca, é obxecto de tramitación parlamentaria como lei ordinaria.

Ben, ata aquí pretendeuse describir o réxime xurídico das augas no noso ordenamento xurídico e os principios que inspiran a súa administración e xestión. Foise concretando como todas as augas integrantes do ciclo hidrolóxico foron declaradas públicas ou, en palabras da lei, bens de dominio público hidráulico. Perfiláronse os principios de xestión por unidade de cunca e de ciclo hidrolóxico e, por último, describiuse o proceso de planificación hidrolóxica como o principal instrumento de desenvolvemento e ordenación racional e sustentable da política da auga no noso país. Todos estes principios son asumidos con posterioridade pola Directiva marco da auga, o que di moito da longa tradición e experiencia do noso Dereito nesta materia. O Tribunal Constitucional tivo oportunidade de pronunciarse sobre a bondade e conformidade destes principios coa Constitución nalgúns casos: a principal na súa sentenza do 29 de novembro de 1988, a raíz da entrada en vigor da Lei de augas de 1985, e as máis recentes nas sentenzas do 16 e 17 de marzo do 2011, nas que declara inconstitucionais por atentar contra o principio de unidade de cunca os preceptos dos novos Estatutos de Autonomía de Andalucía e Castela e León polos que estas comunidades autónomas se atribuían competencias exclusivas sobre as augas do Guadalquivir e do Douro que discorresen polo seu territorio.

Pero fáltannos aínda principios importantes de xestión por sinalar nesta relación. Un deles, o de unidade de xestión das augas. A Lei de augas de 1985 (e nesta razón séguese de forma inalterada o actual texto refundido da Lei de augas de 2001) proclamou o principio de unidade de xestión referido, en todo caso, ao de unidade de cunca, pois á fronte de cada unha destas cuncas establécense, coa denominación de Confederacións Hidrográficas, os «Organismos de cunca» que unifican e reúnen conxuntamente as competencias das antigas

Confederacións e Comisaría de augas, baixo a dependencia, hoxe, do Ministerio de Medio Ambiente. Nesta autoridade única intégranse representantes daquelas comunidades autónomas con territorios que formen parte total ou parcialmente dunha cunca hidrográfica, así como os usuarios con diversos intereses na utilización da auga. A estes últimos corresponderalles, en todo caso, polo menos un terzo dos membros das Xuntas de Goberno, órgano colexiado de goberno das citadas Confederacións Hidrográficas.

Tamén o actual texto refundido da Lei de augas obriga ás administracións hidráulicas das comunidades autónomas, nos casos en que exerzan competencias sobre o dominio público hidráulico en cuncas hidrográficas comprendidas integramente dentro do seu territorio, a axustar o réxime xurídico da súa organización a este mesmo principio de unidade de xestión e ao de participación dos distintos usuarios da cunca.

A presenza dos usuarios nos órganos de goberno e de xestión dos «Organismos de cunca» e demais administracións hidráulicas de ámbito autonómico libéraas dunha excesiva presenza burocrática e dótaas de certa representación social e lexitimidade no tocante á formulación dos Plans Hidrolóxicos de cunca e en materia de xestión das augas, fundamentalmente na ordenación e harmonización dos distintos aproveitamentos e usos do recurso en toda a cunca, así como no desenvolvemento de actividades encamiñadas a unha máis racional utilización da auga, control de vertidos e consecución de obxectivos de calidade ambiental da cunca.

Poñamos un exemplo en negativo que nos faga ver como a falta de participación dos distintos usuarios na xestión do recurso, nunha determinada cunca, conduce ao desastre ambiental. Tomamos o exemplo do libro de Julian Caldecott «*Water. Life in Every Drop*», recentemente publicado en España³. Caldecott relátanos unha das maiores catástrofes ecolóxicas do século XX, que tivo lugar precisamente nun lago por culpa dunha concepción da xestión da auga de carácter estritamente burocrático e vertical: o goberno da antiga Unión Soviética foi o causante do que o propio Caldecott denomina «a morte do mar de Aral». Este mar tiña unha superficie duns 67.000 quilómetros cadrados e no seu día, hai pouco máis de cincuenta anos, foi considerado o cuarto lago máis grande do mundo: contiña uns 1.000 quilómetros cúbicos de auga doce, posuía cantidades enormes de peixes e acollía activas liñas de viaxeiros e comercio entre os seus portos. Nun momento dado, decídese desviar os dous ríos que alimentaban ao mar de Aral: o Sir Daria no noreste (no que hoxe é Kazakhstán) e o Amu Da-

³ CALDECOTT, J.: *Agua. Ecología de una crisis global*. Barcelona, Los Libros del Lince, 2011. Páxs. 144 e ss.

ria no Sur (hoxe Uzbekistán e Turkmenistán). Tratábase de regar unha enorme zona de deserto para o cultivo, sobre todo, de algodón.

Cara a 1960 cada ano realizábase o transvasamento de 50 km³ de auga desde o mar de Aral. Posteriormente, incrementouse o ritmo, ata que o nivel do lago diminuíu un termo medio de 80 a 90 cm anuais nos anos oitenta. O mar de Aral perdeu máis da metade da súa superficie e aproximadamente as dúas terceiras partes do seu volume, á vez que aumentaba de xeito considerable a súa salinidade a consecuencia da evaporización.

As consecuencias que sufriron as persoas que residían arredor do mar de Aral e se dedicaban á agricultura, á pesca ou ao negocio do transporte en barca foron desastrosas. Moitos tiveron que emigrar e a actividade económica da zona deprimiuse.

Probablemente (e isto xa non o di Caldecott) de ter sido outro o proceso de toma de decisións, de terse integrado e escoitado nos órganos de xestión aos usuarios da auga de toda a cunca (non só algodoeiros, senón tamén outros agricultores, pescadores, industriais relacionados coa pesca, etc.) nunca se tería producido este desastre tan brutal. A auga neste exemplo esaxerado, pero real, foi unicamente valorada como un factor de produción dun único produto e non se tiveron en conta outras consideracións: non importaron as necesidades doutros usuarios desa mesma cunca nin a degradación ambiental que ese desvío provocaba e que, en último termo, repercutiría sobre os habitantes de determinadas comarcas desa mesma cunca. Tal consideración que, en definitiva, é o fundamento dos principios dos que viñemos falando ata aquí, tería evitado, sen dúbida, o espectáculo de ver hoxe reducido a menos da súa cuarta parte o que fai a penas 40 anos era o cuarto maior lago do mundo, o terceiro de auga doce. (Ademais, Turkmenistán e Uzbekistán son os dous primeiros países do mundo en consumo de auga *per capita*, o que non di moito sobre a eficiencia na súa utilización.)

Volvamos á nosa realidade. Todos estes principios rectores dos que ata aquí se veu falando, cristalizan no artigo 14 do actual texto refundido da Lei de augas, que literalmente di:

«El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios:

- 1º Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.
- 2º Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.

3º Compatibilidade de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.»

Xa dixemos anteriormente que todas as administracións hidráulicas, tanto as dependentes do Estado como as das comunidades autónomas que asuman nos seus Estatutos competencias en materia de augas, deben axustar a súa actuación a estes principios do artigo 14.

Sobre o aspecto de compatibilizar a xestión da auga cos usos do solo, pouco que dicir: non pode haber solo urbano sen a garantía dos servizos de abastecemento de auga e a súa evacuación como elementos básicos de tal urbanización. «Que non se pode urbanizar sen auga é tan evidente como que non se pode urbanizar sen solo», sinalou algún autor. Nunha das últimas modificacións da Lei de augas (por Lei 11/2005) incluíuse a esixencia de que no informe que os Organismos deunca deben emitir sobre os plans de ordenación territorial e urbanística se deben pronunciar sobre a existencia ou non de recursos suficientes para satisfacer as novas demandas derivadas daqueles⁴.

Polo que respecta á compatibilización da xestión da auga coa conservación e protección do medio natural, cómpre dicir que neste transcendental aspecto ten especial importancia a Directiva Marco da auga (DMA), a norma do Parlamento Europeo e do Consello da Unión Europea do ano 2000, que en España foi trasposta ao ámbito lexislativo estatal a través da Lei 62/2003, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, a cal modificou o texto refundido da Lei de augas. A DMA establece un marco para a protección das augas que incide de forma moi importante sobre os seus aspectos ambientais, de tal xeito que queden garantidos:

- o abastecemento seguro de auga potable,
- a protección e o mantemento do bo estado ecolóxico das augas,
- a minimización dos efectos das inundacións e secas.

A DMA non ten por obxecto unha nova regulación xeral do dominio público hidráulico, nin a regulación dos usos da auga nin do seu réxime concesional, nin regula os rexistros públicos nin o réxime de policía das augas nin a organización das distintas administracións hidráulicas, nin o réxime de axudas nin o económico-financeiro (aínda que establece principios que lle afectan),

⁴ Art. 25.4 do texto refundido da Lei de augas, aprobado polo Real decreto lexislativo 1/2001, de 20 de xullo, de acordo coa redacción dada polo núm. 3 da disposición final primeira da Lei 11/2005, de 22 de xuño, pola que se modifica a Lei do Plan Hidrolóxico Nacional.

cuestións todas estas abordadas na lexislación de augas española. A DMA é un texto básico que incide fundamentalmente sobre os aspectos ambientais das augas, e só de forma tanxencial sobre outros aspectos da regulación da auga. A DMA é unha definición de obxectivos ambientais referidos á calidade das augas que deben ser acadados, con carácter xeral, a finais de 2015.

Neste contexto xorde a Lei 9/2010, de 4 de novembro, de augas de Galicia. Unha lei que pretende dar resposta ás propias características da nosa Comunidade Autónoma en materia de augas e obras hidráulicas e que determina instrumentos e criterios para afianzar unha política de augas conforme cos principios rectores definidos no texto refundido da Lei de augas estatal e que responda aos principios de dereito comunitario vinculantes para os Estados membros da UE.

Así, manifestación do principio de unidade de xestión supón a creación da axencia *Augas de Galicia*, único ente con competencias en materia de augas e que vén refundir nunha soa entidade as dúas que veñen funcionando actualmente: o organismo autónomo *Augas de Galicia* e a Empresa Pública de Obras y Servicios Hidráulicos. Evitarase así unha disfunción organizativa que levaba a unha indefinición de atribucións ou a unha equívoca distribución delas, o que, en certa forma, afectou á eficacia de ambos os entes. A nova entidade *Augas de Galicia* pasará a ser a Administración hidráulica única da Comunidade Autónoma nas cuncas internas, nas que Galicia exerce plenas competencias de administración, control e xestión do dominio público hidráulico. Nas cuncas intercomunitarias, a Administración hidráulica de Galicia participará en representación da Comunidade Autónoma na forma que se prevé na propia Lei estatal de augas.

Galicia é unha Comunidade Autónoma que ten diferentes graos de competencia en materia de augas en distintas partes do seu territorio. O artigo 27.12 do seu Estatuto de autonomía dispón a competencia exclusiva sobre aproveitamentos hidráulicos, canles e regadíos cando as augas discorran integramente dentro do territorio da Comunidade Autónoma, sen prexuízo do disposto no artigo 149.1.22ª da Constitución. A xestión e administración da auga e as obras hidráulicas que non sexan de interese xeral do Estado son a materia sobre a que a Administración hidráulica de Galicia exerce as súas competencias nas cuncas internas; pero as súas competencias non se esgotan nas súas propias cuncas, senón que alcanzan tamén as cuncas intercomunitarias con parte do seu asentamento territorial en Galicia e que son administradas polo Estado. Aquí, as competencias da Administración hidráulica de Galicia correspóndense coa participación nos Organismos de cunca estatais na adopción de decisións e coas obras hidráulicas de interese autonómico.

A Lei é respectuosa, xa que logo, co principio de unidade de cunca como territorio sobre o que xestionar as augas dun xeito integral e así o recolle expresamente no seu artigo 3. Neste precepto relaciónanse tamén outros criterios de actuación na xestión das augas que van máis aló dos recolleitos no texto refundido da Lei de augas. Así, establece como obxectivos ambientais en materia de augas o de acadar un uso racional do recurso (o que se fundamenta directamente no art. 45 da Constitución española), pero de acordo co principio de prudencia, principio que se invoca directamente desde o art. 174 do Tratado de constitución da Comunidade Europea. E non é esta a única vez en que desde a Lei de augas de Galicia se invocan principios que teñen a súa orixe directamente no Dereito comunitario e que se pretende sexan de aplicación na Comunidade Autónoma. Así se fala dunha utilización sustentable da auga e do principio de recuperación do custo «dos servizos relacionados coa auga, incluídos os custos ambientais», para alcanzar a suficiencia financeira do sistema no marco dun prezo accesible. Pero este principio, tomado do art. 9 da DMA non se adopta de maneira que se requira a súa íntegra recuperación, senón que admite modulacións. De feito, da lectura da lei conclúese que debe entenderse como un principio inspirador para a implantación de medidas que leven a un uso máis eficiente do recurso porque a lóxica impón que uns prezos axeitados implican un uso máis eficiente, o que supón un menor consumo e, consecuentemente, mellores condicións ambientais. Con todo, a lei é sensible coa realidade da sociedade galega e recoñece as súas dificultades. Por exemplo, exclúe do pago do canon da auga aos usos agrícolas, forestais e gandeiros; ou determina un volume de consumo mínimo que está exonerado do pagamento do devandito canon: 6.000 litros mensuais por vivenda.

Outro aspecto significativo da Lei de augas de Galicia é que reitera e complementa os principios ambientais inspiradores da DMA, os cales, aínda que foron obxecto de trasposición ao ordenamento español na Lei de augas estatal, son novamente recollidos, reiterados e reformulados desde un maior aprofundamento. Así se fala de: «Reducir progresivamente a contaminación procedente dos vertidos ou usos que prexudiquen a calidade das augas na fase superficial ou subterránea do ciclo hidrolóxico»; ou de «compatibilizar a xestión dos recursos naturais coa salvagarda da calidade das masas de auga e dos ecosistemas acuáticos.»

Mención especial neste aspecto de preservación da calidade das masas de auga merece o Título VI dedicado ás rías de Galicia. Póñense ao día os obxectivos de calidade para estas augas e os valores límite de emisión de acordo coa máis recente normativa europea e estatal: a Directiva 2008/105/CE, rela-

tiva ás normas de calidade ambiental no ámbito da política de augas; ou a Lei 42/2007, do patrimonio natural e a biodiversidade.

Para rematar, a lei comprométese dentro das políticas de abastecemento, saneamento e depuración a fornecer augas en cantidade e calidade axeitadas a todos os núcleos de poboación legalmente constituídos no marco da Planificación Hidrolóxica, así como a contribuír á consecución do bo estado ecolóxico das augas e dos seus ecosistemas asociados mediante o cumprimento dos obxectivos que fixe a lexislación.

Estas obrigacións xerais para a Administración hidráulica de Galicia e para as entidades locais complementáanse cunha relación de dereitos dos usuarios de auga de uso urbano e que se corresponden coas obrigacións propias da prestación dun servizo público: obter o servizo en condicións de garantía e regularidade conforme aos parámetros de calidade establecidos, coñecer as tarifas establecidas, acceder a toda a información dispoñible en materia de auga e, en particular, a referida ao estado das masas de auga de superficie ou subterráneas, nos termos previstos na normativa reguladora do acceso á información en materia de medio natural...

Comezamos falando da auga como un ben «libre» desde unha perspectiva económica e rematamos falando de dereitos no seu consumo. Como cambiaron as circunstancias! Precisamente, un dos aspectos máis importantes sobre os que se centra o debate sobre a auga na actualidade é o do dereito á auga de calidade en cantidade suficiente. E é que a preocupación pola auga é crecente porque o recurso está ameazado a nivel mundial por distintos factores: a superpoboación, a contaminación, o cambio climático... Tanto é así que, recentemente, por resolución de 28 de xullo de 2010, a Asemblea Xeral das Nacións Unidas declarou «o dereito á auga potable e o saneamento como un dereito humano esencial para o pleno goce da vida e de todos os dereitos humanos».

A Lei de augas de Galicia é unha norma filla do seu tempo, que se preocupa polos aspectos ambientais e de calidade das augas, e que ao mesmo tempo recoñece que aínda queda traballo por facer para dar satisfacción aos seus cidadáns nas súas necesidades de abastecemento e de depuración e que se propón cubrilas respectando a sustentabilidade do sistema. Pero a Administración non o poderá todo; sen dúbida precisará a colaboración dos usuarios da auga e dos especialistas e profesionais na materia para que, coa súa experiencia e a súa capacidade técnica, podamos seguir preservando o recurso.

EGAP 2.0: CONTORNO COLABORATIVO PARA A XESTIÓN DO COÑECEMENTO NAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS DE GALICIA

Carmen Voces López *

Unidade de Investigación, Avaliación e Calidade
Escola Galega de Administración Pública (Xunta de Galicia)
e-correo: carmen.voces.lopez@xunta.es
web: <http://egap.xunta.es>

Resumo: *No ano 2001 Tim O Reilly acuña o concepto de Web 2.0 para designar a evolución de Internet cara a maiores niveis de interactividade cun funcionamento cada vez máis sinxelo e intuitivo (Landeta, 2008). De maneira máis concreta, Antonio (2007) defínea como "la Red convertida en un espacio social, con cabida para todos los agentes sociales, capaz de dar soporte a y formar parte de una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento".*

Neste novo marco de acción, a Escola Galega de Administración Pública (EGAP) asume con convicción e entusiasmo o labor de confeccionar unha Web colaborativa, a EGAP 2.0, que lles permita aos seus usuarios acceder e participar na creación dun coñecemento ilimitado. EGAP 2.0 conceptualízase como un novo portal construído sobre os principios de renovación, credibilidade, aprendizaxe, colaboración e actualización. Un espazo no que se recollerán todos os recursos de formación impartidos na Escola (EGAP TV, pdf, scorm ...) e co que se pretende (a) fomentar a transmisión e xeración da aprendizaxe formal e informal entre os empregados públicos, (b) poñer a disposición da sociedade todo o acervo e bagaxe cultural acumulados pola Escola no desenvolvemento da súa actividade, (c) familiarizar aos usuarios no manexo das ferramentas web 2.0, (d) fomentar a creación de canles de comunicación e o intercambio de información e (e) converter a EGAP nun lugar de referencia para a procura de formación e información.

Como organismo da Administración Pública, a EGAP quere apoiar o papel fundamental que se lle vén atribuíndo no desenvolvemento da Sociedade da Información, evolucionando cara á completa Administración Electrónica e actuando como exemplo á hora de mostrar as posibilidades que ofrece a tecnoloxía co obxecto de incrementar a eficiencia, reducir os custos e mellorar a prestación dos servizos.

Palabras clave: *Web 2.0, e-learning 2.0, comunidades virtuais, conectivismo, lifelong*

* Licenciada en Psicoloxía pola Universidade de Santiago de Compostela (2000) e doutora en Psicoloxía (Área de Metodoloxía) pola mesma universidade (2005).

Participou en diversos proxectos de investigación (I+D) de ámbito nacional e autonómico. Ademais, é autora e coautora de diversos artigos, capítulos de libro e relatorios nacionais e internacionais sobre temas sociais (fecundidade, capital social, clases sociais...) e calidade do servizo, satisfacción e lealdade dos consumidores e usuarios. É profesora-titora da UNED en materias de estatística e ten intervido en calidade de docente en cursos de posgrao e cursos de directivos sobre comportamento do consumidor e investigación social. Na actualidade é investigadora da Escola Galega de Administración Pública onde traballa na implantación do Sistema de Xestión de Calidade EFQM e no desenvolvemento da EGAP 2.0.

learning, contornos persoais de aprendizaxe, Administración Pública.

Abstract: *In 2001, Tim O'Reilly coined the term 'Web 2.0' to refer to the evolution of the Internet towards a new combination of a higher level of interactivity with an increasingly simple and intuitive way of working (Landeta, 2008). More specifically, Antonio (2007) has defined Web 2.0 as 'the World Wide Web turned into a social space, open to all social agents and able to provide the foundation for, and become part and parcel of, a true information, communication and / or knowledge society.'*

In this new scenery, the 'Escola Galega de Administración Pública' (EGAP) [Galician School of Public Administration] has eagerly assumed the task of building a collaborative Web (EGAP 2.0) that will provide to their users the ability to access to, and participate in the creation of, knowledge without predetermined limitations. EGAP 2.0 is conceptualized as a new portal inspired by the principles of credibility, learning, collaboration and continuous updating and renewal. It will become a container for all the learning resources of the EGAP (EGAP TV, pdf, scorm...) and it is intended to pursue several complementary objectives, namely: a) fostering the generation and transmission of formal and informal learning among civil servants, b) making available to the public the cultural heap that the EGAP has accumulated as a result of all its activities, c) introducing users to the handling of Web 2.0 tools, d) promoting the creation of communication channels and encouraging information exchange, and e) turning the EGAP into a reference site for searching both formation and information.

As a Public Administration agency, EGAP aims to fulfill the role that has been assigned to it in the development of information society, moving towards a genuine e-Administration and acting as an example of how technology opens new possibilities to increase the efficiency, reduce the costs and improve the standards of public services.

Keywords: *web 2.0, e-learning 2.0, online communities, connectivism, lifelong learning, personal learning environments, public administration.'*

Índice: *1. Introducción. 2. Que é a web 2.0? 3. E-learning 2.0. 4. A EGAP 2.0. 5. Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

Na actualidade, atopámonos inmersos no que se coñece como *sociedade da información*. Calquera persoa, desde calquera lugar, pode ter acceso a toda a información que precise, sen máis necesidade que a de contar cunha conexión a Internet. Ademais, indo un pouco máis lonxe, o concepto de "acceso multidispositivo" acentuou esta situación, xa que na actualidade non é necesario contar cun computador; o acceso a Internet desde o móbil, PDA e outros dispositivos é cada vez máis frecuente, polo que podemos falar dun acceso inmediato á información.

Este feito está provocando un cambio nos roles tradicionais do proceso de ensino-aprendizaxe. Os alumnos do século XXI contan con toda a información que consideren necesaria, o que dilúe os límites entre a figura do docente experto, que posúe todo o coñecemento, e o alumno que non o ten.

O modelo docente-discente tradicional, co que, en maior ou menor medida, todos nos atopamos ao longo das nosas etapas educativas, ten a súa orixe na era industrial, que se caracterizaba por unha crecente concentración de persoas nas zonas urbanas, necesitadas duns determinados coñecementos mínimos para poder desenvolverse no ámbito económico, social e político xurdido ao redor da industria. Neste contexto, o obxectivo prioritario era o de educar neses coñecementos o maior número de persoas, cunha cantidade de recursos persoais, materiais, etc. moi limitada. É por este motivo polo que se instaurou un modelo educativo baseado en aulas, onde un só profesor era o encargado de formar un gran número de alumnos. Este é o modelo que herdamos, xeración tras xeración, como modelo educativo.

Non obstante, esta situación está cambiando rapidamente. Por unha banda, a abundancia de información; por outra banda, a posibilidade real de que cada persoa poida crear contido sobre o que sabe e compartilo cos demais, así como a facilidade de establecer un contacto directo con calquera persoa do mundo, eliminan a escaseza de expertos e contidos e provocan que as posibles fontes de coñecemento sexan practicamente infinitas.

Esta situación está propiciando un cambio de paradigma nos modelos educativos, un cambio cara a un modelo que demostra a efectividade dos espazos de aprendizaxe nos que prima a relación entre pares e a *construción do coñecemento* de maneira *colaborativa*. Ponse en evidencia a importancia das persoas como responsables do proceso de aprendizaxe e a creación de comunidades nas que os participantes establecen vínculos entre si como pares, sentíndose involucrados non só coa súa propia aprendizaxe senón coa consecución dun obxectivo grupal. Estamos falando, polo tanto, dun cambio que todos os axentes implicados no proceso formativo debemos ter en conta; non só falamos de formación, senón que temos que empezar a falar de *xestión do coñecemento*.

Seguindo a teoría do Conectivismo de Siemens (Siemens, G. 2004), a distribución en rede da información neste novo contorno require dun modelo de aprendizaxe afín: afín á rede, afín aos nosos mecanismos de aprendizaxe e baseado na conexión entre distintos tipos de coñecemento.

Con todo, as teorías de aprendizaxe nas que se baseaban os modelos coñecidos ata agora, establecidos sobre a base de sistemas de contido pechados,

foron concibidos trasladando á web o modelo tradicional de aprendizaxe nas aulas e resultan insuficientes para abordar a complexidade que caracteriza o coñecemento no noso novo contorno. Faise, xa que logo, necesario abordar novos modelos baseados na idea de que as persoas non só constrúen ou crean significado, senón que tamén o fan crecer, incrementando o seu valor mediante a conectividade.

A partir desta idea, desde a EGAP, propónse a *asunción dun novo modelo de formación, información e comunicación* no cal o usuario final se atope no centro de todo o proceso, utilizando con este fin as ferramentas nadas arredor da denominada *web 2.0*, ou web social.

2. QUE É A WEB 2.0?

No ano 2001 Tim O' Reilly acuña o concepto de Web 2.0 para designar a evolución de Internet cara a maiores niveis de interactividade cun funcionamento cada vez máis doado e intuitivo (Landeta, 2008). De maneira máis concreta, Antonio M. Fumero (2007) defínea como "la Red convertida en un espacio social, con cabida para todos los agentes sociales, capaz de dar soporte a y formar parte de una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento". O termo web 2.0, fai referencia a unha forma de entender Internet que, coa axuda de novas ferramentas e tecnoloxías, promove que a organización e o fluxo de información dependan das persoas que acceden a elas, permitíndose un acceso moito máis fácil e centralizado aos contidos, así como a participación tanto na clasificación dos mesmos como na súa propia construción mediante ferramentas cada vez máis fáciles e intuitivas de usar (De la Torre, 2006). Noutras palabras, a web 2.0 constitúe a evolución das aplicacións tradicionais cara a aplicacións web centradas no usuario final. Consiste nunha serie de aplicacións e servizos que, ademais de ofrecer información, como xa se viña facendo, xeren colaboración a través da comunicación entre os seus usuarios.

Téñense efectuado multitude de esforzos por diferenciar e caracterizar a Web 2.0. Normalmente este proceso levouse a cabo confrontando os atributos deste tipo de acercamento cos atributos das aproximacións máis clásicas, a Web 1.0. De entre todas esas achegas, a máis completa, ao noso xuízo, é a efectuada por Amalio A. Rey (2009), que enumera as seguintes características como os atributos máis relevantes da Web 2.0.

- *De lectores a produtores.* A relación entre o usuario e Internet progresa

de "só-lectura" (usuario pasivo) a "lectura-escritura" (usuario activo), o que lle permite modificar os contidos (agregar, editar, borrar e clasificar) ou cambiar o modo en que se visualizan.

- *Internet como "a" zona de traballo:* A web pasa a ser unha plataforma de traballo e de colaboración. Todo está aí e a tecnoloxía migra totalmente a Internet (*cloud computing*). Esta tendencia dispara a mobilidade e a compatibilidade ao permitir acceder aos documentos desde calquera plataforma.
- *Sistemas distribuídos:* Ensamblaxe de pezas (software e hardware) provenientes de moitos desenvolvedores independentes que segue un modelo claramente distribuído en lugar do modelo verticalista anterior de "empezo de cero e todo é meu para manter o control". Así descentralízase en boa medida a xestión dos sitios-web mediante a produción colaborativa e os sistemas abertos e flexibles.
- *Participación:* Propíciase a participación a través dunha "arquitectura" que xera efectos de rede e busca potenciar a intelixencia colectiva. Os sitios deséñanse para que a xente participe e interaccione cos contidos (comentarios, foros, hiperenlaces, comunidades, etc.)
- *Efectos de rede:* Os usuarios engádenlles valor aos sitios-web mediante a súa participación. Canta máis xente participa, máis valor adquire o sitio grazas aos contidos que se cargan e as relacións que se propician (Amazon, eBay, Del.icio.us)
- *Liberdade-flexibilidade:* O usuario gaña poder para xestionar tanto o contido como a forma, para modificar o aspecto da web e crear combinacións distintas a partir dos datos grazas a interfaces enriquecidas e flexibles.
- *Conversacións:* Primase a parte humana e a comunicación informal. Os usuarios empezan a falar sen complexos en primeira persoa e dun modo desenfadado.
- *Axilidade:* Os contidos son dinámicos, en constante cambio, porque se modifican coa participación de comunidades, nun proceso áxil e continuo ("perpetuo Beta"), en lugar do típico ciclo de "xestión de versións" que predominou sempre na industria do software.
- *Tolerancia ao erro:* As web e aplicacións son "abertas" e recoñecen de entrada a posibilidade de erros, porque son sistemas "beta perpetuo", en permanente cambio.
- *Estandarización:* Os formatos da información estandarízanse facilitando o fluxo, a remestura e a integración dos contidos. Promóvense están-

dares para facer os datos e as aplicacións intercambiáveis, mesturables entre si (mediante RSS e Atom feeds, agregadores, mashups, API, etc.) e actualizables (plug-in, extensións) seguindo un patrón participativo, é dicir, deseñando as web e as aplicacións "abertas" (open-source).

- *Sistemas intuitivos*: Interfaces para o usuario ricas e amigables que conceden gran liberdade na interacción cos datos, e o desenvolvemento de contornos moi intuitivos. Prímase o "usable" (Ajax, etc.).
- *Metadatos*: Enríquécense os datos con "metadatos" que clasifican os contidos seguindo un modelo distribuído e flexible (etiquetaxe colaborativa, folksonomías).
- *Democratización*: Popularízase o "labor editorial" co desenvolvemento de "ferramentas de publicación" baseadas en web que lle permiten a calquera, e dun modo moi sinxelo, ter "voz global" en Internet. Promóvense iniciativas de "publicación colectiva" de contidos mediante aplicacións tipo Wiki (por exemplo, Wikipedia ou un libro colectivo).
- *Meritocracia*: Crece a importancia do mérito técnico e a reputación de compartir como "moeda social". Ascende unha especie de meritocracia baseada no coñecemento e na xenerosidade (Slideshare, Wikipedia).
- *Transparencia*: Ao mundo 2.0 non lle gustan as portas pechadas nin que se oculte información. Apóstase por un modelo de traballo moito máis transparente. Hai tamén un recoñecemento implícito de que as novas tecnoloxías fan cada vez máis inviable a opacidade.

Non todos os autores comparten a idea de que se produciase tal revolución na rede. Outros, algo máis comedidos, consideran que os cambios son só incipientes e anuncian a súa potencial xeneralización a partir do crecemento e expansión dos *nativos dixitais*, denominación coa que se refiren aos nados despois de 1982.

3. E-LEARNING 2.0

Tal e como se anticipaba na introdución deste texto, algúns autores sinalan que o e-learning, ou aprendizaxe virtual, supuxo unha innovación real mínima na forma de entender a aprendizaxe. Chegouse a asegurar que, na práctica, o e-learning circunscríbese a trasladar a clase tradicional, incluíndo profesor e alumnos, aos novos medios tecnolóxicos desenvolvidos (Valenzuela e Valerio, 2009). Paralelamente a este descontento, e en liña coas novas teorías psi-

copedagógicas da aprendizaxe, foise incubando a idea do *e-learning 2.0*, un concepto acuñado por Stephen Downes (2005) que supón a incorporación das ferramentas 2.0 á formación electrónica. Agora ben, non debemos confundir o *e-learning 2.0* coa mera suma do *e-learning 1.0* e a Web 2.0, posto que nel están inmersos os postulados básicos da teoría pedagóxica do conectivismo (Siemens, 2004).

Segundo o propio Downes (2005), maioritariamente, o *e-learning* adoptou a forma de cursos ofrecidos online. Para administrar, distribuír e controlar esas actividades de formación virtual empréganse os Sistema de Xestión de Aprendizaxe (*Learning Management System, LMS*¹), unhas plataformas tecnolóxicas a través das cales os alumnos acceden aos contidos, actividades, tarefas e títulos do curso (Castaño, 2008:42). As plataformas máis coñecidas son Blackboard e WebCT, como plataformas comerciais, e Moodle e Sakai como software libre. En esencia, o *e-learning* poderíase caracterizar polos seguintes aspectos clave: establecemento duns obxectivos de aprendizaxe que conseguir mediante o uso de contidos e actividades para, posteriormente, efectuar unha avaliación do grao de cumprimento de cada alumno (Delgado, 2008).

Desde o ano 2003 viñeron xurdindo un bo número de voces críticas con este tipo de formulación. A actual sociedade do coñecemento, froito de múltiples factores entre os que podemos salientar o proceso de globalización, o impacto das tecnoloxías da información e a comunicación e a administración do coñecemento, configura un novo contorno no que a aprendizaxe permanente (*lifelong learning*) é xa indisoluble de calquera profesión ou actividade que se desempeña.

Xa non é abondo con estar informados, ler, almacenar información e transmitir de forma oral ou escrita. A inxente cantidade de datos e información que nos rodea e os múltiples medios polos que se pode acceder a ela requiren novas competencias, entre elas, resulta esencial a denominada *alfabetización dixital*. Esta alfabetización consiste, en palabras de Tapio Varis (2005), en "resolver una ecuación cuyos términos son: qué tipo de información se necesita, dónde obtenerla y cómo transformarla en conocimiento, presentarla y gestionarla". O alumno, xa que logo, debe ser capaz de usar os ordenadores para buscar e escolmar a información, clasificala, organizala e compartila. A formación encapsulada que se proporciona actualmente como *e-learning* non

¹ As principais funcións do LMS son: xestionar usuarios e recursos así como materiais e actividades de formación, administrar o acceso, controlar e facer seguimento do proceso de aprendizaxe, realizar avaliacións, xerar informes, xestionar servizos de comunicación como foros de discusión, videoconferencias, entre outros (Colaboradores da Wikipedia).

contribúe ao desenvolvemento destas competencias, e aínda sendo axeitada resulta incompleta.

Pola súa banda, o **e-learning 2.0** supera as anteriores dificultades e acomódase aos requirimentos da sociedade actual a partir da combinación de cinco ideas clave (Delgado, 2008):

- (1) O conectivismo como teoría da aprendizaxe,
- (2) formato de aprendizaxe informal,
- (3) utilización de aplicacións Web 2.0 para a formación,
- (4) traballo en comunidades de aprendizaxe,
- (5) utilización de contornos persoais de aprendizaxe (PLE, Personal Learning Environment) centrados no usuario.

O **conectivismo** é unha teoría da aprendizaxe, xurdida no 2004 e desenvolvida por George Siemens, George Siemens baseada na análise das limitacións do condutismo, o cognitivismo e o constructivismo para explicar o efecto que ten a tecnoloxía sobre a maneira en que actualmente vivimos, nos comunicamos e aprendemos. O conectivismo deriva da asunción de que as decisións se basean en fundamentos rapidamente cambiantes. Continuamente estamos a absorber nova información. A capacidade para discernir entre información importante e información sen importancia é vital, e a capacidade para recoñecer cando a nova información modifica por completo o marco de decisións adoptadas é tamén crítica (Siemens, 2004). Desde o punto de vista de Siemens, a aprendizaxe é un proceso de conexión entre nodos ou fontes de información. A habilidade para sintetizar e recoñecer modelos e conexións entre campos, ideas e conceptos é clave. A capacidade de relacionar e procesar información é máis decisiva que o que se sabe; continuamente chega nova información e o coñecemento pode residir fóra de nós mesmos, nunha organización ou en bases de datos. Para facilitar a aprendizaxe continua cómpre nutrir e manter conexións.

A **aprendizaxe informal** é aquela que se adapta ás necesidades individuais de cada momento. Aquela que se mantén durante toda a vida, asimilada a través de moi diversas fontes e adquirida, en moitas ocasións, de forma inconsciente, no traballo diario, a través das tarefas desempeñadas, a experiencia, consellos ou instrucións daqueles que nos dirixen e acompañan. Pola súa banda, a aprendizaxe formal refírese á adquirida na etapa educativa regulada ou aos cursos ofrecidos por institucións educativas (Fernández, 2008). Na aprendizaxe formal, os sistemas de e-learning convencionais manteñen a súa hexemonía e non parece que as metodoloxías baseadas na filosofía web 2.0 vaian

modificar este punto; pola contra, a aprendizaxe informal é fundamental para o *lifelong learning*, ou aprendizaxe durante toda a vida, e a devandita aprendizaxe é eminentemente social, polo que require dunhas ferramentas diferentes ás empregadas en teleformación. Directamente relacionada con esta idea pódese introducir a noción de *Comunidades de Aprendizaxe (CA)* ou *Comunidades Virtuais de Aprendizaxe (CVA)*, contextos nos que os alumnos aprenden grazas á súa participación e implicación, en colaboración con outros alumnos e co moderador-coordinador en auténticos procesos de investigación e construción colectiva de coñecemento sobre cuestións persoal, social ou profesionalmente relevantes (Onrubia, 2004:14).

En resumo, no e-learning 2.0 priman as ideas de construción continua do coñecemento e aprendizaxe social, desenvolvendo ferramentas de aprendizaxe centradas no alumno, que debe deseñar a súa propia aprendizaxe. Todas estas ideas encaixan co concepto de PLE, ou Contornos Persoais de Aprendizaxe (*Personal Learning Environment*, Attwell, 2007). Downes (2010) argumenta que un PLE fai o que non pode facer un LMS: estimular a aprendizaxe a través dunha inmersión nunha comunidade en oposición á aprendizaxe por medio dunha presentación de contidos. Na maioría da documentación actual sobre os PLE, Elgg recoñécese como a mellor ferramenta para a súa implantación. Trátase dunha plataforma que ofrece e-portafolio con blog, arquivos compartidos, ligazóns, perfís e presentacións; ferramentas 2.0, blogs, RSS, etiquetas e podcasts; comunidades de aprendizaxe, comunicación por blog ou foro, mensaxería ou correo, arquivos compartidos, avaliación mediante tarefas; intégrase con LMS/VLE² como Moodle e permite a xestión do coñecemento mediante etiquetas ou buscas (Delgado, 2009). Velai a solución pola que optou a EGAP 2.0.

A modo de resumo, a táboa 1 ofrece algunhas características diferenciais entre o e-learning tradicional e o e-learning 2.0.

² *Virtual Learning Environment*

Táboa 1. Diferenzas entre e-learning 1.0 e e-learning 2.0

E-LEARNING 1.0	E-LEARNING 2.0
Concepto de aula virtual	Comunidade de aprendizaxe ou intercambio
Estrutura de curso	Comunicación
Plataformas de aprendizaxe e Sistema de Xestión de Aprendizaxe (LMS) - Xestión de contidos, titorías	Contornos persoais de aprendizaxe (Personal Learning Environments, PLE) - Espazos flexibles, adaptables e dinámicos
Produtos pechados, estáticos	Aberto, dinámico e participativo
Individual	Colectivo, colaborativo
Proceso de adquisición	Proceso de participación
O experto/a xera o coñecemento	Todos teñen a capacidade de ser expertos/as e xerar coñecementos
Disponibilidade dun titor	Alumno e interacción entre pares
Aprendizaxe dirixida a outros	Aprendizaxe en rede e dirixido polo individuo
Repositorio de contidos	Servizos, conversación, redes sociais
Contido proporcionado externamente	Contido creado polo usuario
Comunicación básica, controlada	Comunidade aberta, transparente

Fonte: Adaptado de Louro, 2009, e Jokisalo e Riu, 2009

4. A EGAP 2.0

Cada vez máis, un maior número de institucións, tanto públicas como privadas, requiren o desenvolvemento de redes de coñecemento apoiadas telematicamente para fomentar o establecemento de relacións entre diversos postos de traballo internos e externos á propia organización. Desde a EGAP propónse a creación dun espazo que facilite este tipo de relacións co obxectivo de facer *avanzar o coñecemento* de maneira horizontal (desde todos), simétrica (para todos) e transversal (entre todos), e deste xeito converter a EGAP 2.0 nun *lugar de referencia para o acceso á información* de todas as persoas que así o requiran.

A proposta da EGAP 2.0 materialízase na creación dun portal web que actúe como "contedor" dunha serie de ferramentas web de formación, información e comunicación desde o cal o usuario selecciona a información á que

quere ter acceso e participa na súa elaboración, valoración, clasificación... En definitiva, participa nun proceso de mellora continua a través da creación de redes e grupos de intereses compartidos.

O proceso de adaptación cara a esta EGAP 2.0 supón un cambio radical na forma de entender e levar a cabo os procesos de formación, información e comunicación de todos os axentes implicados, polo que o desenvolvemento deste proxecto se formulou en dúas grandes fases:

Primeira fase: Poderíámola entender como unha fase de "apertura ao exterior". Con ese fin estamos a deseñar unha nova web, máis acorde coas necesidades xurdidas a partir deste novo modelo, a través da cal os usuarios poidan ter acceso a toda a información e ao coñecemento xerado desde a Escola a través das súas múltiples actividades de xeito máis sinxelo e intuitivo. Ademais, a web fíxose máis participativa grazas á inclusión dunha serie de ferramentas seleccionadas entre todo o abano de posibilidades que nos ofrecía a web 2.0.

Así, desde a nova web, os usuarios poderán ter acceso, como anteriormente, á información corporativa da Escola, á oferta formativa, á información de todas as actividades realizadas na EGAP, etc., pero tamén terán acceso a todo o material xerado a partir destas actividades, como as gravacións en vídeo de relatorios, presentacións, publicacións, e todo o material que sexa producido desde a Escola. É o que chamamos **EGAP aberta**.

O *deseño* da EGAP 2.0 está impregnado das características diferenciais da Web 2.0; neste sentido, intentouse desenvolver unha web orientada ao usuario, fácil de usar, intuitiva, convincente á hora de invitar a deixar de ser un observador para empezar a participar, xa sexa elixindo contidos ou mesmo creándoos. Desde un punto de vista máis puramente estético, a web respecta os estándares e estilos establecidos pola Web 2.0: bordos redondeados, degradados, fondos con liñas diagonais e logos reflectidos. A aplicación dos estilos Web 2.0 constitúe un compoñente tan importante na súa definición que á hora de examinar o deseño dunha páxina se fala do "grao de aplicación do arquetipo 2.0" (HACCE Soluciones TIC, 2008: 46).

A seguinte lista reúne moitas das características comúns do estilo dunha Web 2.0 aplicadas a EGAP 2.0 (Jay, 2007; Hunt, 2010). Obviamente, ningún sitio web debe exhibir todas e cada unha destas características para ser definido como un deseño Web 2.0, do mesmo modo que reunir todas estas características non converte a nosa web nunha web 2.0. Paga a pena insistir en que a Web 2.0 é un concepto, unha actitude, non un deseño estético.

- Cores vibrantes e con moito contraste.

- Badges: botóns con forma de chapas ou placas que se usan para atraer a atención.
- Brillos, escintileos e reflexos (proliferan os elementos cun reflexo de si mesmos sobre a súa base).
- Bordos redondeados.
- Degradados: esta é unha das técnicas máis empregadas entre os deseñadores Web 2.0, que mesmo chegou a afectar ás pequenas iconas que se mostran xunto ao enderezo web no navegador de Internet. O seu emprego permite suavizar tons escuros da web, crear perspectivas e alixear a densidade da web.
- Liñas diagonais: empréganse fundamentalmente no fondos de pantalla e nos titulares, con motivos decorativos que se repiten.
- Desenfoques: moi evidentes no tratamento das sombras.
- Logotipos reflectidos.
- Simplicidade: o deseño debe axustarse ao principio da Navalla de Occam³. A claridade, a orde e a sinxeleza constitúen estándares do deseño Web 2.0; para iso téntase eliminar o ruído da páxina e conseguir captar a atención do usuario sobre aquilo que se desexa salientar. Estes principios están estreitamente relacionados co emprego da cor branca como fondo das páxinas web.
- Aliñación centrada: o contido das páxinas 2.0 preséntase centrado e cada vez son menos as webs aliñadas á esquerda do navegador ou de tamaño fixo.
- Menos columnas: entre unha e tres columnas, dependendo do volume de contido.
- Separación da zona superior: isto significa facer a cabeceira da pantalla distinta de todo o demais (o contido propiamente dito). Nalgúns casos esa cabeceira contén o menú de navegación, aínda que tamén se pode presentar separado. Para conseguir que a cabeceira resulte impactante e diferenciada do resto da web adoitan empregarse distintas cores ou ben se sitúa unha liña grosa e sólida para establecer a diferenza.
- Tipografías grandes.
- Leads en negriña: a negriña emprégase profusamente para destacar a información; cun enfoque similar desenvolvéronse os tagline como frases que resumen o contido da páxina.
- Iconas atractivas e facilmente recoñecibles: trátase de definir iconas

³ En igualdade de condicións a solución máis sinxela é probablemente a correcta.

que reflectan claramente aquilo que representan á vez que resultan esteticamente agradables.

- **Relevos:** en iconas ou en fondos emprégase moito a sensación de 3D. Con iso perséguese darlle máis realismo ao contido, recordando certas calidades táctiles ou estéticas do mundo real e incrementado a necesidade de pulsar sobre un botón ou desprazarse por un piso de mármore.
- **Lightbox:** utilízase un marco flotante para mostrar unha versión ampliada dunha imaxe, cunha mensaxe de advertencia, un mapa estendido e moitas outras aplicacións. Nunha páxina con Lightbox, ao facer clic nunha imaxe, esta é ampliada nunha ventá denominada ventá Lightbox, que toma toda a pantalla cun fondo transparente e no centro, dentro dun recadro que axusta o seu tamaño dinamicamente, móstrase a imaxe ampliada.

Doutra banda, como xa comentabamos, empezamos a introducir *ferramentas de corte máis participativo* que aumentan a interactividade do usuario e que lle permiten participar na clasificación, difusión e valoración dos contidos, como os sistemas de *tagging*, *sindicación de contidos* (RSS), *votación* de contidos en función da valoración que o usuario fai dos mesmos, *compartir contidos* a través de redes sociais, etc. Deseguido enuméranse e explícanse brevemente cada unha das aplicacións 2.0 actualmente dispoñibles en EGAP 2.0.

O *tagging*, ou etiquetaxe social, é un sistema mediante o cal unha ou varias palabras clave (tags) son asignadas a diferentes recursos da web (vídeos, documentos, imaxes, etc.) para describilos, de maneira que sirvan para conectar os devanditos recursos con outros que fosen etiquetados coa mesma palabra ou palabras. Isto dá lugar aos denominados sistemas de clasificación social ou *folksonomies*. A diferenza dos métodos de clasificación tradicionais, baseados en taxonomías pre-existentes, vocabulario controlado e opinións expertas, a clasificación social está completamente aberta e é posible agregar calquera termo descritivo (Velasco, 2007). Os tags eliminan as relacións xerárquicas, restrinxíndose ás relacións asociativas (Serrano, 2005) ou, noutras palabras, esta marcación con etiquetas permite a clase de asociacións múltiples e solapadas que o propio cerebro humano utiliza (Lavín, 2007).

O *bookmarking social* é un servizo especial de Internet que permite gardar e clasificar coleccións de ligazóns (favoritos ou marcadores) de modo que cada usuario pode consultar as seleccións doutros usuarios e engadilas ás súas propias, ou pode subscribirse ás seleccións de bookmarks doutras persoas. Ao mesmo tempo, a selección de enlaces do usuario é pública para outros usua-

rios. Entre outras vantaxes, este sistema permítenos acceder ás nosas preferencias favoritas desde calquera lugar. Del.icio.us é o servizo web gratuito de xestión de marcadores sociais máis coñecido en web, unha forma simple de organizar, almacenar, clasificar e compartir ligazóns en Internet.

A *sindicación de contidos* ou *RSS (Really Simple Syndication)* son ferramentas web que permiten compartir a información publicada nun sitio web concreto con outros sitios web. RSS permite que alguén non só enlace cunha páxina senón que se subscriba á mesma, con notificacións cada vez que a páxina cambia; algo que se denominou "web incremental" ou "web viva" (Lavín, 2007). O servizo de RSS permítelle a calquera lector/usuario dunha páxina web manterse informado de forma automática dos contidos que se engadan no sitio. Este sistema podería chegar a substituír os boletíns vía correo electrónico para notificarlles aos lectores/usuarios dunha páxina web as novas adicións de contido. O gran valor deste servizo consiste en que se lles evita aos usuarios de Internet ter que visitar permanentemente as súas páxinas favoritas para verificar se estas publicaron algo novo. O programa lector de RSS conéctase directa e automaticamente coas páxinas web subscritas e descarga os titulares dos novos contidos, sen perigo de virus ou spam.

Twitter é unha ferramenta coa que as persoas comparten o que están facendo, o que están lendo, oíndo ou vendo, por onde navegan e, sobre todo, o que senten e opinan. Para todo iso dispoñen dun límite de 140 caracteres. Téñenselle atribuído importantes usos educativos a twitter (González, 2005; Ventura, 2009; Tom Barret, 2010; Grosseck e Holotescu, 2008) como pode ser o apoio mutuo entre estudantes, a análise e recompilación de datos en liña, a avaliación e rexistro das experiencias dos estudantes ou a comunicación de anuncios e novidades da aula. Twitter é, xunto a Facebook e Myspace, unha das redes sociais máis importantes, o que posiblemente se deba á súa sinxeleza e facilidade de uso.

Menéame é un sitio web ao que se pode enviar unha noticia ou historia que será revisada e promovida por todos os participantes que así o desexen. Dependendo das valoracións que reciba, pode chegar a ocupar a páxina principal do sitio. *Chuza!* é unha rede social de promoción de noticias en galego. Foi creada no 2006. Do mesmo xeito que en *Menéame*, os usuarios, rexistrados ou non, filtran, valoran e comentan historias que proveñen de diferentes fontes de información, tanto galegas coma exteriores. Segundo a propia páxina, *Chuza!* é "un sitio de noticias galegas que emprega un control editorial non xerárquico. Calquera pode enviar historias e a comunidade de internautas é quen as valora, as comenta e decide se publicalas na páxina principal, de forma que

non intervén nunca a figura do editor".

Por último, dentro desta primeira fase, cómpre destacar tamén a creación doutras dúas canles de distribución da información, que utilizan ferramentas externas á EGAP e son coñecidas por todos, como son as canles da EGAP en Youtube e iTunes, como outra porta de acceso aos recursos audiovisuais xerados desde a Escola.

Segunda fase: Na segunda fase do proxecto preténdese dotar á EGAP 2.0 de todas as ferramentas necesarias para alcanzar o modelo aberto e participativo do que vimos falando ata agora. O obxectivo final, como xa comentamos, é crear un espazo integrado a través do cal se xeren redes de colaboración para o avance do coñecemento entre todos os entes sociais relacionados (a propia EGAP, os usuarios finais, outros organismos públicos e privados, etc.).

Para conseguir este obxectivo, propónse a creación de Comunidades Virtuais⁴, en función dos intereses dos usuarios, que se constitúan como espazos de traballo cooperativo, intercambio de información e coñecemento, e autoinformación, sustentados nunha plataforma que albergará distintas ferramentas que faciliten estes procesos. Máis concretamente, as Comunidades Virtuais de Aprendizaxe (CVA) identifícanse como un conxunto de persoas ou de institucións conectadas a través da rede que teñen como obxectivo un determinado contido ou tarefa de aprendizaxe (Gairín, 2006: 56). Segundo este mesmo autor, Gairín (2006: 57), a estrutura e o funcionamento das CVA debe satisfacer unha serie de condicións específicas, como son:

- Os fins deben ser compartidos entre os seus membros.
- Os resultados deben ser focalizados e debe haber orientación.
- Equidade de participación para todos os seus membros.
- As normas deben ser mutuamente negociadas.
- Débese facilitar a aprendizaxe colaborativa e o traballo en equipo.
- Débese producir a creación activa de coñecementos.
- Débense producir interacción e retroalimentación.

O proxecto deseñado pola EGAP ha desenvolverse en dúas grandes fases diferenciadas. Inicialmente lévase a cabo unha proba piloto; a partir dela pre-

⁴ Son exemplos de Comunidades Virtuais establecidas como comunidades de aprendizaxe ou comunidades de práctica o Proxecto Compartim, do Centro d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada da Generalitat de Catalunya, o Programa de Redes de Expertos Iberoamericanos nas administracións públicas, da Fundación CEDDET, o Programa de formación de equipos provinciales de e-learning 2.0 do INAP de Arxentina, ou o proxecto Emprendimiento Territorial para el desarrollo local ETDL, da Universidade de Zulia, Venezuela.

téndese detectar e reaxustar os posibles riscos de participación e problemas tecnolóxicos; igualmente, trátase de identificar os factores críticos de éxito, que se xeneralizarán na segunda fase de implantación das comunidades. Pola súa banda, en cada unha destas fases hanse despregar as seguintes actividades ou etapas: (1) selección dos participantes e roles que desempeñarán, (2) encontros presenciais para delimitar contidos, obxectivos, estrutura e temas que se tratarán dentro de cada unha das comunidades, (3) fixación de obxectivos para cada comunidade, (4) constitución e posta en marcha, e (5) seguimento das comunidades virtuais de aprendizaxe colaborativo.

O target, os destinatarios finais do proxecto de CVA, son os empregados públicos da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia. No entanto, está por determinar o colectivo concreto co que se desenvolverá o programa piloto inicial e as subseguintes comunidades. En todo caso, prevense tres tipos de participantes: o dinamizador, o coordinador e os usuarios finais.

1. O perfil profesional establecido para a selección do *dinamizador* específica que se tratará dun experto en formación a través de Novas Tecnoloxías (pedagogos, psicopedagogos, expertos en e-learning, etc.), con amplos coñecementos no uso das ferramentas Web 2.0. Entre as súas funcións destacan as seguintes: apoio técnico-pedagóxico ao resto de participantes (coordinadores e usuarios), xestión do conxunto das comunidades, establecemento de mecanismos e indicadores para o seguimento e avaliación do nivel de desenvolvemento das comunidades, fomento da participación e dinamización de todos os integrantes das comunidades.
2. Pola súa banda, o *coordinador* debe ser unha persoa cunha importante experiencia no tema que se aborde na CVA e debe contar con dotes de liderado e prestixio no ámbito da Administración. Cómpre que estea familiarizado e teña experiencia no uso das ferramentas Web 2.0, debe ser unha persoa convencida dos beneficios da aprendizaxe colaborativa, ten que demostrar importantes habilidades de comunicación e, finalmente, debe tratarse dun profesional preocupado e comprometido co progreso do coñecemento no seu ámbito profesional.

Existe abundante literatura para a análise das características desexables en calquera das dúas figuras anteriores; por exemplo, Sylvia Currie (2008), propón as seguintes: (a) presenza (disponibilidade), (b) rapidez na resposta, (c) inclusividade, (d) negociación, (e) compromiso, (f) recondución (enfoque), (g) tranquilidade, (h) minuciosidade, gusto polos detalles, (i) ton agradable e (j) franqueza. Reig (2010) dinos que "o facilitador,

moderador ou titor" debe "estar ahí, conectado, disponible para cualquier consulta ou incidencia lo antes posible. Es un elemento de importancia crucial en la formación inicial de comunidades que decrece en virtud del nivel de implicación-responsabilidad de los miembros. Podríamos decir que es casi prescindible una vez establecida la comunidad, una vez que las responsabilidades hayan sido naturalmente adoptadas por sus miembros. El moderador deberá hacer cosas como mantener el foco, marcar, sin forzar, el ritmo, usar un tono amigable, positivo, asertivo y simple. Un buen líder en comunidades tiende a ser invisible u obtiene su autoridad de forma natural y no autoritaria". Para rematar, Armengol e Rodríguez (2006:93) aseguran que "el rol del moderador se centra fundamentalmente en: motivar y crear un clima agradable facilitador de la construcción del conocimiento, estructurar y proponer el trabajo, ofrecer feedback, establecer los criterios de moderación y asegurar que se cumplan, aprobar los mensajes según los criterios establecidos, manejar y reforzar las relaciones entre las personas y proponer conclusiones".

3. Os *usuarios* finais deberán compartir algunhas características co coordinador, é dicir, deberán ser persoas preocupadas e comprometidas co progreso do coñecemento no seu ámbito profesional, pero ademais deberán ser persoas motivadas e entusiastas. Un dos factores clave do éxito dunha comunidade é que permita satisfacer unha necesidade importante e que estea constituída por xente entusiasta.

Todos os participantes nas CVA recibirán formación específica, aínda que a devandita formación terá un carácter máis intensivo para as figuras do coordinador e do dinamizador, atendendo a aspectos como o liderado, a animación e a xestión de grupos de debate en contornos virtuais.

Na fase de lanzamento das comunidades hanse programar reunións de traballo. Con iso preténdese crear vínculos persoais que reforcen a participación dos usuarios e que fomenten o traballo dentro da plataforma. Como se anticipou, neste contexto ha fixarse tamén a temática ou problema que se abordará na comunidade dentro daqueles problemas profesionais que suscitan un interese e preocupación espontánea no grupo.

Na fase de desenvolvemento das comunidades hanse levar a cabo unha serie de actuacións encamiñadas a consolidar as comunidades creadas; as conversacións da comunidade presencial hanse estender ao espazo virtual a través da plataforma tecnolóxica e baixo a coordinación do dinamizador e do coordinador.

Na fase de desenlace das comunidades hase efectuar a oportuna difusión do coñecemento creado mediante o traballo colaborativo. Dese xeito téntase transferir a todo o colectivo profesional o novo coñecemento alcanzado.

O movemento Web 2.0 educativo aposta por ideas como a xeración de contidos polo usuario individual, o aproveitamento do poder da comunidade, a arquitectura da participación, a utilización de estándares abertos, a utilización do contido aberto e a remestura de datos, e a creación de comunidades de aprendizaxe (Castaño, 2008: 33). Todo isto é posible a través Elgg⁵, unha plataforma que pon a disposición do usuario ferramentas que, en función dos seus intereses, poderá utilizar para publicar un blog⁶ ou participar en blogs doutros usuarios, colaborar na creación de wikis⁷ sobre un tema específico, compartir documentos e outros arquivos cos demais membros da súa comunidade, participar en foros, comentar e recomendarlles contidos a outros usuarios, etc. (Reig, 2009). Deseguido preséntanse algunhas características esenciais de Elgg (Reig, 2009):

- Blogs: Elgg permite a creación de blogs para cada usuario. O blog persoal é unha peza central en Elgg. Os posts publicados poderán comparirse co resto.
- Repositorio de arquivos: unha función moi interesante en formación que acepta múltiples tipos de arquivo.
- Control de acceso: Esta é unha das características diferenciais máis potentes en Elgg: un sistema de acceso que permite personalizar ao máximo os aspectos de privacidade e acceso ao sistema.
- Marcas (Bookmarks): Útil servizo de recomendación de ligazóns e busca de perfís interesados nas mesmas cousas.
- Personalización: Sistema de templates personalizable.

⁵ Elgg é unha aplicación de software libre que permite crear comunidades de usuarios, perfís, usar un disco duro virtual, calendario, etc. Proporciona a funcionalidade necesaria para desenvolver o seu propio sitio de redes sociais, xa sexa pública (como Facebook) ou interna nunha rede Intranet. Cada un dos espazos persoais que proporciona Elgg conta cun blog, unha carpeta persoal, unha rede de contactos, un agregador de feed RSS e un perfil persoal. Ademais dos espazos persoais existen outras dúas entidades para os grupos: as comunidades, que reproducen o mesmo esquema que os espazos persoais pero para varios membros, e os grupos de traballo, que permiten xestionar o acceso aos recursos da carpeta dun usuario ou unha comunidade (Open-ideas, 2009).

⁶ Un blog ou bitácora é un espazo web periodicamente actualizado que recompila textos dun ou varios autores cronoloxicamente, onde o autor conserva a liberdade de deixar publicado o que considere pertinente.

⁷ Unha *wiki* é unha páxina de edición multiautor na que varias persoas poden colaborar conxuntamente para editar a páxina e conformar un contido ou documento determinado.

- XML-RPC: permite usar sistemas de blogging externos para postear nun sitio de Elgg.
- Creación de Comunidades: os usuarios poden crear subcomunidades consonte os seus intereses ou grupos concretos para a investigación colaborativa.
- Wiki: É posible crear de forma fácil un wiki aloxado fóra dos nosos servidores.
- Perfís: ligazón a recursos e perfís doutros estudantes a través da páxina de perfil.
- Canles RSS e Sindicación: RSS – podemos escoller entre varios tipos de sindicación RSS: feeds para estudantes, weblogs, comunidades, tags, arquivos e FOAF (perfil persoal semántico).
- Podcasting: Elgg é unha plataforma moi potente para podcasting.

En definitiva, máis alá das ferramentas e as tecnoloxías utilizadas, a EGAP 2.0 supón un cambio na forma de entender o acceso á formación e á información dos usuarios que se traduce na mellora constante do servizo que a EGAP lles presta aos traballadores da Administración Pública de Galicia e, por extensión, a toda a cidadanía. Un cambio que permite buscar, crear, compartir e interactuar on-line.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENGOL ASPARÓ, C. e RODRÍGUEZ GÓMEZ, D. (2006): La moderación de redes: algunos aspectos a considerar. *Educar*, 37, 85-100.
- CASTAÑO GARRIDO, C. (2008): Educar con Redes Sociales y Web 2.0. *Eduweb: Revista de Tecnología de Información y Comunicación en Educación*, 2(2).
- DE LA TORRE, A. (2006): Web educativa 2.0. *EduTec. Revista Electrónica de Tecnología Educativa*, 20. <http://edutec.rediris.es/Revelec2/revelec20/anibal20.pdf>.
- DE LA TORRE, A. (2006): Definición de Web 2.0. Bitácora de Aníbal de la Torre. 12 de abril 2006.
http://www.adelat.org/index.php?title=conceptos_clave_en_la_web_2_0_y_iii&more=1&tc=1&tb=1&pb=1.
- DELGADO, D. (2008): E-learning 2.0. Nuevas oportunidades para aprender en red.
<http://www.slideshare.net/davidds/elearning-20-nuevas-oportunidades-para-aprender-en-red-1775311>.
- DELGADO, D. (2009): Diseño de una estrategia de e-learning 2.0: definición del PLE.

- <http://www.slideshare.net/davidds/estrategias-para-el-elearning-20-el-ple>.
Documentación digital. Barcelona: Grupo de Investigación DigiDoc. Instituto Universitario de Downes, S. (2005): E-learning 2.0. *eLearn Magazine*.
<http://www.elearnmag.org/subpage.cfm?section=articles&article=29-1>.
- DOWNES, S. (2010): Pedagogical Foundations for Personal Learning. Comunicación presentada na Pedagogical Foundations for Personal Learning.
<http://www.slideshare.net/Downes/pedagogical-foundations-for-personal-learning>.
- FERNÁNDEZ CRESPO, M. (2008): Hacia un E-learning 2.0.
<http://www.slideshare.net/montsefc/hacia-un-elearning-20>.
- FUNERO, A.M. (2007): Contexto Socioeconómico. En FUNERO, A. y ROCA, G.: *Web 2.0*. Fundación Orange, pp. 8-66.
- GAIRÍN SALLÁN, J. (2006): Las comunidades virtuales de aprendizaje. *Educar*, 37, 41-64.
- GONZÁLEZ, N. (2005): Facebook y Twitter. Taller sobre redes sociales; cómo crear perfiles y desarrollar redes propias.
<http://www.slideshare.net/nievesglez/facebook-y-twitter>.
- GRAHAM ATTWELL (2007): Personal Learning Environments - the future of eLearning? *eLearning Papers*, 2(1).
<http://www.elearningeuropa.info/files/media/media11561.pdf>.
- GROSSECK, G. y HOLOTESCU, C. (2008): Can we use twitter for educational activities?. Paper to be presented at The 4th International Scientific Conference eLSE "eLearning and Software for Education", Bucharest, April 17-18.
<http://www.scribd.com/doc/2286799/Can-we-use-Twitter-for-educational-activities>.
- HACCE Soluciones TIC (2008): Web 2.0 y el diseño Web. En *Web 2.0 y Empresa: Manual de aplicación en entornos corporativos*. Asociación nacional de empresas de Internet, ANEI (pp. 44-64).
- HUNT, B. (2010): How-to design Guide. Web design from scratch.
<http://www.webdesignfromscratch.com/web-design/web-2-0-design-style-guide/>.
- JAY STOCKS, E. (2007): How to destroy the Web 2.0 look.
<http://cdn.downloads.elliottjaystocks.com/pdf/04-fowd.pdf>.
- JOKISALO, E. y RIU, A. (2009): Informal learning in the era of Web 2.0. *eLearning Papers*, 14.
- LANDETA, A. (2008): Web 2.0 y la administración pública. En *Web 2.0 y Empresa: manual de aplicación en entornos corporativos*. Asociación nacional de empresas de Internet, ANEI (pp. 178-196).
- LAVÍN, M. (2007): Web 2.0. Por fin alguien al otro lado de la pantalla. Comunicación presentada en Día W3C en España 2007.
<http://www.w3c.es/Eventos/2007/DiaW3C/Presentaciones/Adesis.pdf>.
- ONRUBIA, J. (2004): Las aulas como Comunidades de aprendizaje. *T.E. Trabajadores/as de la Enseñanza*, 249.

- Open-ideas, 2009. Manual de uso en español sobre Elgg.
<http://www.slideshare.net/openideas/manual-de-uso-en-espaol-sobre-elgg>.
- REIG, D. (2009): Elgg, la mejor alternativa para Comunidades de aprendizaje. El caparazón: tecnología, social media, comunidades. E-learning 2.0, web 3.0, actualidad y tenencias web y educación.
<http://www.dreig.eu/caparazon/2009/03/02/elgg-la-mejor-alternativa-para-comunidades-de-aprendizaje/>.
- REY AMALIO A. (2009): Innovación 2.0: Web 2.0 e Gestión de la innovación (1/6), *Boletín mensual* 1 de EMOTOOLS Marzo de 2009.
<http://www.emotools.com/boletin/boletin-mensual-n1-de-emotools-marzo-de-2009/>.
- RUBIO, A. (2009): Tendencias en la formación: aprendizajes que funcionan.
<http://www.slideshare.net/antoniorubio/presentacin-tendencias-en-la-formacion-4>.
- SERRANO COBOS, J. (2007): Tags, folksonomies y bibliotecas. *Anuario ThinkEPI*, v. 1, pp. 71-73
<http://www.thinkepi.net/tags-folksonomies-y-bibliotecas>.
- SIEMENS, G. (2004): A Learning Theory for the Digital Age.
<http://www.elearnspace.org/Articles/connectivism.htm>.
- SYLVIA CURRIE (2008): Getting started in the Facilitating Online Communities course.
<http://mywebbedfeat.blogspot.com/2008/07/getting-started-in-facilitating-online.html>.
- Tendencias del diseño web 2.0 (2008).
<http://gloobs.wordpress.com/2008/04/30/tendencias-del-diseno-web-%E2%80%9Cweb-20%E2%80%9D/>.
- TOM BARRET (2010): Thirty Interesting Ways* to use Twitter in the Classroom.
<http://michaelcjohnson.posterous.com/teaching-and-learning-with-twitter>.
- VALENZUELA, J. R. y VALERIO, G. (2009): Redes sociales en línea: ¿primeros pasos hacia el e-learning 2.0?. Conferencia presentada no Encuentro Anual Virtual Educa 2009.
- VARIS, T. (2005): Nuevas formas de alfabetización y nuevas competencias en el e-learning.
http://www.elearningeuropa.info/directory/index.php?page=doc&doc_id=595&doclng=7.
- VELASCO, J. (2007): Web 2.0: Hija de la usabilidad. En ROVIRA C. y CODINA L. (dir.): *Lingüística Aplicada*. Departamento de Periodismo e de Comunicación Audiovisual. Universidad Pompeu Fabra.
<http://www.mantruc.com/publicaciones/web20.pdf>.
- VENTURA ALCAÍNO, M. (2009): Los diez mejores usos de Twitter en la educación.
http://latercera.com/contenido/679_202327_9.shtml.

XURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Francisco de Cominges Cáceres

Letrado da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo

Índice: 1 Contratación. 2 Dereitos fundamentais. 3 Economía e industria. 4 Expropiación forzosa. 5 Ambiente e urbanismo. 6 Persoal. 7 Proceso contencioso-administrativo. 8 Responsabilidade patrimonial da administración. 9 Tráfico e circulación. 10 Tributos.

1. CONTRATACIÓN

Concesión de aparcadoiro público subterráneo. A modificación legal do sistema de facturación por "redondeo" ao real por minutos de uso efectivo do aparcadoiro non permite incrementar as tarifas asignadas aos usuarios.

A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –TSXG– (S^a do Cont.-Ad., Secc. 2^a) do 28 de outubro do 2010 (recurso 4704/2009, relator: Ilmo. Sr. Ramírez Sineiro) estima o recurso promovido por unha asociación de consumidores fronte ao incremento das tarifas dun aparcadoiro público subterráneo producido trala reforma legal que obrigou a facturar o servizo por minutos reais de uso efectivo do aparcadoiro, en lugar de polo anterior sistema de "redondeo" utilizado pola concesionaria. Considera a sentenza que a elevación da tarifa do servizo resultou abusiva, desproporcionada e inxustificada, sen que o cambio legal do método de tarifación constituíse causa de ruptura do equilibrio económico-financieiro da concesión. Incide así en que *«Pese a que no consta ningunha mejora del servicio que lo justifique ni desde luego actuación municipal alguna que altere los términos de las concesiones de aparcamientos públicos de aquella ciudad, mediante aquella referida resolución ... se ha transferido a las tarifas a abonar por los usuarios de sus aparcamientos públicos el coste económico del término de la añeja situación abusiva anterior, de modo que los beneficios empresariales -declarados ilegítimos por abusivos en cuanto otrora incluían aquella práctica del redondeo tarifario-, incluso se perpetúan en lo sucesivo a costa de los clientes de los aparcamientos públicos allí sitos. Semejante situación no resulta respaldada ni por la Normativa comunitaria ni nacional vigente -ya no sólo de índole civil-mercantil sino administrativa-, sin que tampoco quepa aplicar aquí la concurrencia de eventual riesgo imprevisi-*

ble... en cuanto la corrección legal y jurisprudencial del pertinaz y añejo abuso de derecho a fin de impedir la perpetuación de una posición dominante no admite catalogación semejante a la luz del art. 7 'in fine' del Código Civil que obliga 'a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso'.

2. DEREITOS FUNDAMENTAIS

Enquisa promovida pola Consellería de Educación sobre a utilización das linguas no ensino non universitario de Galicia.

A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –TSXG– (S^o do Cont.-Ad., Secc. 1^o) do 27 de outubro do 2010 (recurso 7/2009, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) desestima o recurso promovido fronte á instrución remitida en xuño do 2009 pola Consellería de Educación aos directores dos centros educativos non universitarios de Galicia para a realización dunha enquisa sobre a utilización das linguas no ensino. Conclúe que a instrución non vulnerou os dereitos fundamentais de reunión, asociación, liberdade sindical, expresión e información porque «(...) la finalidad perseguida por la Consellería de Educación era precisamente conocer la opinión de los padres sobre el uso de la lengua galega y/o castellana en las asignaturas troncales, en los libros de texto y en otros materiales didácticos, en las pruebas orales y escritas, y sobre el uso de la lengua inglesa en la impartición de contenidos (educación infantil) y de materias (Educación primaria, educación secundaria y formación profesional). Este cuestionario era totalmente anónimo y voluntario (...). Es evidente que el procedimiento seguido por la Administración educativa no sólo garantizaba la posibilidad de que los padres pudiesen manifestar por escrito su opinión sobre el uso de las lenguas en la enseñanza a través del cuestionario, sino que además lo hiciesen libremente, sin influencias externas a su propia convicción u opinión, y sin estar sujetos a presiones de ningún tipo, al menos procedentes de los profesionales de los Centros educativos (directores, profesorado, etc...). (...) El alcance prohibitivo al que se extiende la instrucción permite interpretarla, no en términos de censura, como lo es por el sindicato recurrente, sino en términos de garantía a favor de los encuestados de que la opinión manifestada a través de las encuestas o consultas se iba a expresar de forma libre, y no mediatizada por acciones que tuviesen por finalidad influir en ella. (...) Bajo esta perspectiva no se impedirían entonces reuniones sobre las encuestas, ni que los directores pudiesen ejercer las funciones que se recogen en el artículo 27 del Decreto 374/1996,

de 17 de octubre, que aprueba el Reglamento orgánico de las escuelas de educación infantil y de los colegios de educación primaria, y entre ellas la de garantizar el derecho de reunión de maestros, alumnos, padres de alumnos, y personal de la administración de servicios, ni se impedían las reuniones en asambleas de estudiantes, en claustros de profesores, reuniones de ANPAS en las que se pudiesen debatir o informar sobre el procedimiento de las encuestas y la finalidad con ellas pretendida, con la importancia que su cumplimentación implicaba en el proceso de elaboración del borrador del Decreto del gallego. Lo que se impedía es que se convocasen reuniones en el seno de la comunidad educativa que representasen campañas a favor o en contra de las encuestas, con las que se pudiesen mediatizar la respuesta de los padres y madres a la hora de cubrir el cuestionario».

3. ECONOMÍA E INDUSTRIA

1.- Anulación do convenio suscrito cunha compañía aérea para fomentar o turismo e o tráfico aéreo nun aeroporto galego. Aplicación da Lei de contratos públicos. Incumplimento dos principios de concorrencia e publicidade.

Unha deputación provincial subscribiu no ano 2006 con determinada compañía aérea un «protocolo» ou convenio de colaboración en virtude do cal, a cambio dunha prestación económica, a antedita compañía se comprometía a manter unha liña aérea de pasaxeiros entre un aeroporto galego e o de Madrid-Barajas a prezos económicos, promovendo ao mesmo tempo o turismo da zona. A *sentenza do TSXG (Sª do Cont.-Ad., Secc. 2ª, relator: Ilmo. Sr. Fernández López) do 3 de marzo do 2011* (recurso 4166/2010) confirma a anulación do referido convenio tras considerar que ostenta a natureza xurídica dun contrato público e que por iso se debeu someter aos principios de concorrencia e publicidade que rexen esa materia. Incide así a sentenza en que *«ya el punto primero de la parte expositiva del protocolo (o convenio) refería con claridad la competencia que el organismo provincial tenía en el ámbito del fomento y la promoción del turismo, como así es verdad a tener de lo dispuesto en los artículos 31 y 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, de modo que si pretendía que tal servicio se prestara de forma indirecta por una empresa externa, tenía que acudir, necesariamente, al contrato de prestación del servicio público contemplado en los artículos 154 y siguientes del TRLCAP, en tanto que si lo que pretendía era que una empresa tan sólo presta-*

ra servicios complementarios de carácter técnico, industrial o comercial, debía acudir al contrato de servicios contemplado en sus artículos 196 y siguientes, todo lo cual revela que aquel contrato (o convenio) era ilegal, ya que su objeto versaba sobre un verdadero contrato administrativo que, a la postre, se sustraía a los principios de publicidad e igualdad y prescindía de forma total y absoluta de todo procedimiento, por lo que incurría en el vicio de nulidad contemplado en el artículo 62 de dicho texto legal».

2.- Parques eólicos. Decreto 242/2007, do 13 de decembro, polo que se regula o aproveitamento de enerxía eólica en Galicia.

A sentenza do TSXG (*Sª do Cont.-Ad., Secc. 3ª*) do 16 de marzo do 2011 (recurso 7728/2008, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) desestima o recurso contencioso-administrativo promovido fronte á totalidade do Decreto 242/2007, do 13 de decembro, da Consellería de Innovación e Industria polo que se regulou o aproveitamento de enerxía eólica en Galicia. Considera a sentenza, entre outros aspectos, que:

- O referido decreto non vulnerou os principios de liberdade empresarial e de produción eléctrica, porque o número limitado de autorizacións dispoñibles e a escaseza dos recursos naturais *«imponen la necesidad de establecer un procedimiento de preselección de solicitudes, ya que, la limitación de megavatios ofrecidos viene impuesta por la necesidad de optimizar las redes de transporte y distribución, imponiendo aquella limitación el procedimiento de selección de las solicitudes con arreglo a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios».*
- A prohibición que estableceu de instalar parques eólicos nos espazos naturais protexidos acomódase ao disposto para ese efecto na normativa medioambiental e urbanística aplicable.
- A previsión de participación pública no capital social das entidades solicitantes *«se trata del ejercicio de una opción que, sin duda, pudiera merecer sus críticas, pero que no puede reputarse ilegal por vulnerar ni el principio de libertad de empresa, ni disposiciones legales o constitucionales».*

3.- Prácticas restritivas da competencia realizadas polo Colexio Oficial de Administradores de Predios de Galicia.

A sentenza do Tribunal Supremo (*Sª 3ª, Secc. 3ª*) do 28 de marzo do 2011 (casación 4598/2008, relator: Excmo. Sr. Campos Sánchez-Bordona) confirma unha resolución do Tribunal de Defensa da Competencia que declarou que o Colexio Oficial de Administradores de Predios de Galicia incorreu en prácti-

cas ilegais restritivas da competencia ao publicar un anuncio advertindo que os administradores de predios colexiados eran os «únicos» que contaban coa «autorización legal necesaria para exercer a súa profesión con total acerto». Afirmación á que o Colexio unía a «advertencia» de iniciar accións «penais e civís contra todas aquelas persoas que exerzan a actividade de administración de predios sen estaren colexiadas».

Afirma a sentenza que *«conforme a la nueva redacción dada al artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha desaparecido el carácter de exclusividad que pudiera haberse atribuido al Administrador de Fincas»*. De maneira que o mencionado anuncio, *«además de contravenir la normativa legal existente en el momento en que se emitió, estaba dirigido a -y tenía aptitud bastante para- evitar o restringir la competencia en el mercado de los servicios de administración de fincas, abierto a otros operadores económicos y no monopolizable por los colegiados que agrupaba el Colegio Oficial de Administradores de Fincas de Galicia (...). El anuncio es engañoso por difundir "indicaciones incorrectas", constitutivas de actos de engaño, según el artículo 7 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, incardinable en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto distorsiona gravemente las condiciones de competencia de mercado, y afecta al interés público, pues sin duda, se dirige a la eliminación de otros competidores que pueden ejercer la administración de la Comunidad de propietarios, ofreciendo condiciones más ventajosas y menos onerosas, de tal forma, que el interés de los propietarios usuarios de estos servicios, que trasciende de su esfera particular al ámbito más amplio del general de la sociedad, queda gravemente dañado»*.

4. EXPROPIACIÓN FORZOSA

1.- Anulación de proxecto expropiatorio por non declararse previamente a utilidade pública da obra á que serve. Obriga de restitución 'in natura' do ben expropiado.

A *sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 6ª) do 11 de maio do 2010* (casación 5898/2006, relator: Excmo. Sr. Díez-Picazo Giménez), ratifica a anulación do proxecto expropiatorio aprobado pola Confederación Hidrográfica do Norte para o acondicionamento da marxe dereita do río Avia ao seu paso por Ribadavia, derivado dun Protocolo de Colaboración entre o Ministerio de Medio Ambiente e a Deputación Provincial de Ourense, ao non se declarar previamente, nin expresa nin implicitamente, a «utilidade pública» da obra en

cuestión. Insiste o noso máximo Tribunal en que: *«Interpretar, como hace el Abogado del Estado, que la mera referencia en el Anexo II [del Plan Hidrológico Nacional] a una actuación genérica, como la aquí examinada, sirve para justificar la existencia de una causa expropiandi equivaldría a dar carta blanca a la Administración para expropiar cualesquiera bienes que tengan algo que ver con la protección y regeneración de espacios forestales próximos a los ríos gallegos. Y esto, como es obvio, vaciaría de significado la exigencia de que la expropiación forzosa sólo puede acordarse cuando existe una causa de utilidad pública debidamente justificada y declarada. Es más: no hay que olvidar que la regla general es que la utilidad pública debe ser declarada por una ley ad hoc y que sólo como excepción cabe entender que la declaración de utilidad pública está implícita en ciertos planes de obras y servicios (arts. 9 y siguientes de la LEF), de donde se sigue que esta segunda posibilidad no puede ser ulteriormente relajada, hasta el punto de admitir que la utilidad pública dimanara de proyectos insuficientemente identificados».*

Na posterior sentenza do 14 de xaneiro do 2011 (casación 165/2010) o Tribunal Supremo (S^o 3^o, Secc. 6^o) engade que a nulidade do referido proxecto expropiatorio implica por derivación a de todos os actos ditados na súa execución, incluídas as resolucións do Xurado de Expropiación sobre o prezo xusto, tendo en conta que *«la nulidad de la causa expropiandi arrastra consigo todo lo actuado. Ello implica la ilegalidad de la ocupación del bien expropiado, que debe ser restituído por la Administración a sus propietarios, indemnizando, en su caso, los perjuicios ocasionados por dicha ocupación ilegal (...)».* Sinala, así mesmo, que *«no está demostrado que en el presente caso no sea posible la restitución in natura del terreno expropiado, lo que excluye que los recurrentes deban recibir el justiprecio incrementado en un 25%. Éste es un criterio de origen puramente jurisprudencial para indemnizar la vía de hecho que sólo opera en el supuesto de que la restitución del bien ilegalmente ocupado sea imposible».*

2.- Valoración do prezo xusto na expropiación dun sistema xeral, destinado a equipamento universitario, en solo rústico.

A sentenza do Tribunal Supremo (S^o 3^o, Secc. 6^o) do 11 de marzo do 2011 (casación 6430/2006, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso), considera inaplicable aos terreos expropiados para a ampliación da cidade universitaria de Vigo —clasificados como solo urbanizable non programado, equivalente para os efectos de valoración ao solo non urbanizable ou rústico— a doutrina da xurisprudencia que obriga a valorar os sistemas xerais en solo rústico coma se de solo urbanizable sectorizado se tratase. E iso porque *«la instalación docente de la uni-*

versidad de Vigo se enclava inmersa en un bosque al estar ubicada en el monte, alejado y separado del centro urbano de Vigo y de cualquier núcleo de población o edificaciones residenciales, lo que impide que los terrenos limítrofes con los expropiados para la construcción se beneficien de unas plusvalías de las que carecen en realidad en función de la ubicación de la universidad. [O que]] impide que se aplique aquella jurisprudencia de esta Sala ... fundada en la equitativa distribución de beneficios y cargas, que impondría un sacrificio para el expropiado en beneficio del resto de titulares de fincas limítrofes, que se beneficiarían, -cosa que aquí no ocurre-, de la instalación que motiva la expropiación».

5. AMBIENTE E URBANISMO

1.- Anulación de plan xeral de ordenación municipal por omitirse no procedemento para a súa aprobación o preceptivo informe sectorial de telecomunicacións.

A sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 5ª) do 9 de marzo do 2011 (casación 3037/2008, relator: Excmo. Sr. Peces Morate), confirma a anulación total da revisión do Plan Xeral de Ordenación Municipal da cidade de Ourense por non se solicitar durante a súa tramitación o informe sectorial sobre as necesidades de redes públicas de comunicacións electrónicas esixido no artigo 44.3 da Lei 11/1998, do 24 de abril, xeral de telecomunicacións (actual artigo 26.2 da Lei homónima 32/2003, do 3 de novembro). Considera o máximo Tribunal que a referida omisión constitúe un «defecto que, como vicio sustancial en la elaboración de una disposición de carácter general, debe acarrear su nulidad de pleno derecho, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

2.- Suspensión pola Xunta de Galicia da planeamento xeral municipal.

Mediante Decreto 208/2002, do 20 de xuño, da Xunta de Galicia suspendeuse provisionalmente a aplicación das Normas Subsidiarias de Planeamento Municipal do Grove, co fin «evitar que continúe la caótica expansión urbanística derivada de la aplicación de las determinaciones del planeamiento vigente y que resulte inviable en el futuro cualquier solución razonable para los graves problemas causados» (DOG 119, do 21/06/2002). Tras un longo proceso xudicial, o *Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 5ª)* confirma a validez do decreto nas súas sentenzas do 16 de novembro do 2010 (casación 1457/2006, relator: Excmo.

Sr. Fernández Valverde) e do 21 de marzo do 2011 (casación 3708/2006, relator: Excmo. Sr. Calvo Rojas). Aprecia que, dunha banda, non se vulneraron os principios de autonomía municipal, nin de interdicción da arbitrariedade polos poderes públicos. E doutra, que a entrada en vigor do decreto en cuestión non precisaba da súa publicación no Boletín Oficial da Provincia, bastando coa que se realizou no Diario Oficial de Galicia.

3.- Incremento da reserva de vivenda protexida trala aprobación inicial da revisión dun plan xeral. Modificación non substancial. Ausencia da necesidade de reiterar o trámite de información pública.

A sentenza do TSXG (S^o do Cont.-Ad., Secc. 2^o) do 20 de xaneiro do 2011 (recurso 4476/2008, relator: Ilmo. Sr. Fernández López) considera que o incremento da porcentaxe de vivenda protexida (do 20% ao 40% de media en todos os ámbitos de solo urbano non consolidado e solo urbanizable) que se produciu logo da aprobación inicial da revisión do plan xeral de ordenación municipal de Vigo, non implicou unha modificación substancial ou estrutural do modelo de cidade que obrigase a reiterar o trámite de información pública antes da súa aprobación definitiva. Insiste así a sentenza en que *«(...) deben tenerse en cuenta dos extremos: el primero, que ninguna de esas reservas (ya del 20%, del 30% o del 40%) supone la alteración del uso residencial de los ámbitos, ni la tipología de vivienda colectiva, y el segundo, que tal porcentaje es mínimo, por lo que puede elevarse cuando lo exija el interés público (sentencias de esta sala de 14.02.08 y 05.03.10), "ius variandi" que aquí está justificado para adaptar la reserva a las exigencias de ese tipo de viviendas en la zona, como se aprecia en el llamado "Estudio (...)", que justifica el aumento del 20% a un total del 47% en el conjunto del plan para ese tipo de viviendas, sin que haya acreditado la adversa que tal porcentaje sea excesivo o improcedente en los ámbitos que le interesan; por lo demás, y aunque la ley autonómica citada [Ley 6/2008, de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo] no sea aquí aplicable, resulta clarividente su disposición transitoria primera cuando refiere que la adaptación de los planes aprobados provisionalmente a esa ley no implica el sometimiento del texto a nuevo trámite de información pública».*

4.- Construción dunha Estación Depuradora de Augas Residuais (EDAR) a distancia inferior a 2000 m dun núcleo de poboación. Imposibilidade de aplicar o RAMINP na Comunidade Autónoma de Galicia. Ausencia da necesidade de licenza urbanística municipal.

A sentenza do TSXG (S^o do Cont.-Ad., Secc. 2^o) do 30 de setembro do 2010

(recurso apelación 4498/2009, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) declara inaplicable en Galicia o antigo Regulamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas e Perigosas, aprobado polo Decreto 2414/1961, do 30 de novembro (RAMINP), trala súa derogación pola Lei 34/2007, do 15 de novembro, de calidade do aire e protección da atmosfera, e substitución polo Decreto autonómico 133/2008, do 12 de xuño, de avaliación de incidencia ambiental. En especial o antigo artigo 4 do RAMINP, no que se prohibía que as industrias fabrís perigosas ou insalubres se situasen a unha distancia inferior a 2000 metros desde o núcleo de poboación agrupada máis próximo. Engade, por outra banda, que tampouco lle resulta exixible á EDAR en cuestión a licenza urbanística, pois «*con independencia de lo que establece el artículo 127 de la Ley de Aguas tras el Real Decreto Legislativo 1/2001, el otorgamiento de una licencia es un acto de control preventivo del cumplimiento de la legalidad que realiza la autoridad municipal en relación con la actividad de los ciudadanos o de otras Administraciones, por lo que cuando es el Ayuntamiento el que realiza una obra pública propia, como es el caso, ese control se lleva a cabo mediante la aprobación del correspondiente proyecto técnico, ya que las cualidades de controlador y controlado coinciden en la misma entidad. Y lo mismo hay que decir cuando son otras Administraciones las competentes en relación con determinadas obras y actividades*».

6 PERSOAL

1.- Dereito do persoal funcionario interino ao recoñecemento e retribución de trienios con carácter retroactivo sobre períodos anteriores á data de entrada en vigor do Estatuto Básico do Empregado Público.

A sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 22 de decembro do 2010, asuntos C-444/2009 e C-456/2009, ditada en cuestións prexudiciais formuladas polos Xulgados do Contencioso-Administrativo núm. 3 da Coruña e núm. 3 de Pontevedra conclúe que as autoridades competentes están obrigadas, en virtude do Dereito da Unión Europea e en relación coa cláusula 4 do Acordo marco da Directiva 1999/70/CEE do Consello, do 28 de xuño de 1999, sobre o traballo de duración determinada, dotada de efecto directo, a conferir-lles aos funcionarios interinos o dereito ao pagamento de trienios con efecto retroactivo desde a data de expiración do prazo de transposición da directiva, sen prexuízo do respecto ás disposicións pertinentes do Dereito español en materia de prescrición. Diso se deriva, tal e como sinalou o *Tribunal Supremo* (S^o

3ª, Secc. 7ª) na súa *sentenza do 7 de abril do 2011* (casación en interese da Lei 39/2009, relator: Excmo. Sr. González Rivas) a primacía do Dereito comunitario sobre o disposto no artigo 25.2 da Lei 7/2007, do 12 de abril (Estatuto Básico do Empregado Público), debéndoselle recoñecer ao persoal interino os trienios con efectos retributivos retroactivos sobre períodos anteriores á data de entrada en vigor de devandita lei, dado que *«la tardía transposición del Gobierno de España de la Directiva 1999/70/CE al Derecho interno a través del Estatuto Básico del Empleado Público, no puede perjudicar a los funcionarios interinos»*.

2.- Improcedencia de rebaixar o 5% do salario aos traballadores das sociedades mercantís de capital público.

A *sentenza do TSXG (Sª do Social, Secc. 1ª) do 4 de novembro do 2010* (recurso 15/2010, relatora: Ilma. Sra. Catalá Pellón) estima a demanda de conflito colectivo promovida polo comité de empresa da Sociedade Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia (SODECO), declarando nula de pleno dereito a decisión empresarial de reducir nun 5% todos os conceptos das nóminas dos seus traballadores. Sinala a sentenza que: *«La cuestión a la que se ciñe el debate es si a través de un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, puede practicarse una reducción salarial a todos los trabajadores de SODECO. Y a ese interrogante debemos responder contundentemente que no. La Disposición Adicional Novena del Real Decreto-ley 8/2010 establece de forma meridiana que la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación.»*

Son hechos no controvertidos en el proceso que los trabajadores afectados por el conflicto no tienen la condición de personal laboral directivo y que la Sociedad Anónima para el Desenvolvemento Comarcal de Galicia, es una Sociedad Mercantil Pública cuyo capital social pertenece íntegramente a la Administración Autónoma Gallega.

Los términos y expresiones gramaticales de la norma son absolutamente diáfanos, debiendo atenernos a una interpretación literal, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación como postula la Sociedad demandada.

Es la vinculación al resultado final o mejor dicho, la contribución de los sujetos legitimados para negociar junto con el empresario, en la elaboración de un pacto o convenio, lo que diferencia la "negociación" de un "período de consultas".

Y esto es lo que aquí sucede, sin que el debate pueda realizarse sobre la probanza o no por la empresa, de la situación económica negativa que aconseja

la reducción salarial, porque en este sentido sí convenimos con el Letrado de la Xunta de Galicia, en que la difícil situación económica que atraviesa actualmente nuestro país, es un hecho que goza de notoriedad absoluta y general (artículo 281.4 de la LEC).»

7. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1.- Impugnación do decreto do Presidente da Xunta de Galicia do nomeamento dos titulares das distintas Consellerías por incumprir a lei de igualdade. Falta de lexitimación activa dos recorrentes.

Un particular e un grupo político parlamentario impugnaron o Decreto 81/2009, do 19 de abril, polo que se nomean os titulares dos departamentos da Xunta de Galicia por incumprir o índice de paridade establecido na Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes. A *sentenza do TSXG (S^o do Cont.-Ad., Pleno) do 17 de novembro do 2010* (recurso 519/2009, relator: Ilmo. Sr. Cambón García) non admite o recurso tras apreciar a falta de lexitimación activa dos recorrentes. Incide, dunha banda, en que *«no existe ningunha lei que conceda acción popular para impugnar un Decreto de nombramiento de Conselleiros»*. E doutra, en que *«es pacífica la posición de la jurisprudencia que niega la "legitimación" a los partidos políticos para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento (así Ss. 6-4-2004; 18-1-2005; 30-5-2008; 20-1-2009)... No siendo suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política (...). La conexión específica entre las organizaciones no gubernamentales que tienen como objeto de actuación su protección y las cuestiones que les afectan no puede predicarse de los partidos políticos, que por su naturaleza y fines no pueden incluirse como "grupos de intereses sociales, económicos y colectivos", que está referido a las asociaciones... cuya finalidad primordial es la defensa de esos intereses, mientras que los partidos políticos tienen su propio campo de actuación en la representación política»*.

2.- As declaracións de impacto ou de efectos ambientais son meros actos de trámite non impugnables en vía contencioso-administrativa.

A *sentenza do Tribunal Supremo (S^o 3^o, Secc. 5^o) do 26 de novembro do 2010* (casación 5395/2006, relator: Excmo. Sr. Calvo Rojas), revoga a sentenza do

TSXG que anulou a Declaración de Efectos Ambientais do proxecto de planta de almacenamento e regasificación de gas licuado de Mugardos e non admite o recurso contencioso-administrativo interposto fronte á devandita Declaración. E iso porque *«la Declaración de Impacto Ambiental, a la que ha de equipararse, a los efectos que aquí interesan, la Declaración de Efectos Ambientales de la legislación autonómica gallega, tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto; por lo que dicha declaración ambiental no constituye un acto administrativo definitivo que pueda ser impugnado de forma autónoma en vía jurisdiccional, de manera que su enjuiciamiento sólo podrá llevarse a cabo con motivo de la impugnación que se dirija contra el acto que ponga fin al procedimiento»*.

3.- Suspensión cautelar automática das sancións tributarias, sen necesidade de constituír garantía.

O auto do TSXG (S^o do cont.-ad., Secc. 4^o), do 8 de novembro do 2010, (recurso 15165/2010, relator: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro) declara a procedencia de suspender automaticamente na vía xudicial, ata a notificación da sentenza e sen necesidade de constituír garantía, as sancións tributarias cuxa execución fose previamente suspendida na vía económico-administrativa. Afirmo no devandito auto o Tribunal que: *«(...) En lo que atañe a las sanciones, dispone el párrafo segundo del artículo 233. 8 LGT que "la suspensión se mantendrá, en los términos previstos en el párrafo anterior y sin necesidad de prestar garantía, hasta que se adopte la decisión judicial". Sobre el significado y alcance de la "decisión judicial" de referencia han sido varias las posiciones mantenidas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, bien refiriéndola a la decisión en la pieza de medidas cautelares, bien refiriéndola a la decisión de fondo que recaiga en los autos principales.*

Esta Sala ha mantenido, hasta la fecha, las dos posiciones, siendo el criterio actual, que rectificaba el inicial, el que la referencia a la decisión judicial atañe a la sentencia que pone fin al procedimiento.

(...) A tenor de los criterios de interpretación de las normas que el Código civil impone (artículo 3.1) y del mandato del artículo 53 CE en orden a que los derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica informen la práctica judicial, se está en el caso de rectificar el criterio anterior, en el sentido de mantener la suspensión automática de la sanción acordada en sede administrativa, siempre que por el interesado se haya dado cumplimiento al trámite antes mencionado del artículo 233.8 LGT si bien, en otro caso, la suspensión automática también es procedente aunque solo podrá tener efectos

desde la fecha de solicitud ante el Tribunal, sin efecto retroactivo de la suspensión así acordada en el caso de que por la Administración se hayan practicado ya actos de ejecución.

Y ello como consecuencia, tanto de las exigencias normativas referidas, entre las que es de mencionar la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), como la adaptación de las resoluciones cautelares a la situación social y económica concurrente, de suerte que los derechos de los contribuyentes no se vean afectados por exigencias complementarias para su ejercicio ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

8. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRACIÓN

1.- Denegación de indemnización pola anulación dun acto administrativo. Restricións á edificación impostas pola Consellería de Cultura para protexer a contorna non delimitada dun Ben de Interese Cultural.

O Concello de Cambre concedeu licenza para a construción dun edificio de vivendas a 50 metros da igrexa de Santa María (Ben de Interese Cultural, monumento nacional). A Consellería de Cultura paralizou no ano 1994 a execución das devanditas obras, obrigando a rebaixar a altura e edificabilidade proxectadas, co fin de protexer a contorna do BIC. O TSXG anulou posteriormente esta última resolución na súa sentenza do 17 de outubro de 1996 porque a «entorno» do monumento non fora previa e formalmente delimitada. Como consecuencia diso, a promotora solicitou da Consellería de Cultura unha indemnización de 321.000 euros. A *sentenza do Tribunal Supremo (S^o 3^o, Secc. 6^o) do 1 de abril do 2011* (casación 5187/2006, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) confirma a desestimación da devandita pretensión de indemnización, tras constatar que a suspensión da obra ordenada pola Consellería de Cultura, ao aplicar conceptos xurídicos indeterminados, resultou «razonada y razonable», inda que finalmente fose anulada en vía xudicial, polo que non incorreu en «antijuridicidad» xeradora de responsabilidade patrimonial. Incide así a sentenza en que «no sólo en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración cabe descartar la antijuridicidad del daño cuando su actuación se mantiene en unos márgenes de apreciación razonados y razonables, sino también en aquellos otros en el que la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no se limita a atender solo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no de derecho en la esfera del administrado sino que requiere, antes de ser aplicada, una apreciación de marcado carácter

subjetivo de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución (...). En estos últimos supuestos lo que es exigible a la Administración es que actúe dentro de los parámetros de la razonabilidad, y ello sin duda cabe afirmar con respecto a las actuaciones que nos ocupan, con independencia de su conformidad o no a derecho, pues ha de calificarse de razonable que ante la indefinición de la extensión de la protección de un bien declarado de interés cultural hasta que se produce la delimitación de su entorno, se adopten las medidas proteccionistas que se adoptaron».

2.- Responsabilidade sanitaria por non informar o paciente do posible risco neurolóxico que supón a anestesia intradural. Cálculo da indemnización.

A sentenza do TSXG (S^o do Cont.-Ad., Secc. 3^o) do 26 de abril do 2011 (recurso 7031/2011, relator: Ilmo. Sr. Cambón García) considera que a Administración sanitaria incorreu en responsabilidade patrimonial por non informar debidamente o paciente dos riscos neurolóxicos que lle podería carrexar a aplicación da anestesia na operación cirúrxica á que se someteu. Pero engade tamén que, no entanto, «a la hora de concretar el importe de la indemnización a conceder, no se pueden tener en cuenta las secuelas e incapacidad de la actora, puesto que cuando se aprecia únicamente la vulneración de las normas del consentimiento informado, lo indemnizable es el daño moral derivado de haber privado a la paciente de la información necesaria sobre los posibles riesgos y complicaciones, a fin de que adoptase la decisión que reputaba más conveniente, debiendo siempre tener en cuenta que el previo estado físico de la paciente era deficitario ya que precisamente acudió a la Administración Sanitaria por padecer enfermedad. Y teniendo en cuenta lo apuntado se considera procedente conceder una indemnización de 36.000 euros como 'deuda de valor' a la fecha de la presente sentencia».

9. TRÁFICO E CIRCULACIÓN

Ausencia da necesidade de someter o GPS do «multamóbil» a control metrolóxico

A sentenza do TSXG (S^o Cont.-Ad., Secc. 3^o) do 9 de decembro do 2010 (recurso 7355/2010, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) considera que o aparato de GPS do vehículo de vixilancia de tráfico da policía municipal, popularmente coñecido como «multamóbil», non se debe someter a control metrolóxico porque «el

GPS sólo proporciona unos datos de localización señalado en grados que resulta, de una parte, absolutamente indescifrable para cualquiera que no tenga un sistema similar. De otra trataría de un dato adicional que, en su caso, permitiría cuestionar la dirección fijada en cualquier documento (sea o no sancionador) de no resultar coincidente, pero que resulta intrascendente, por no condicionar los derechos de las partes sometidas al procedimiento sancionador, ya que de ordinario se referirán a una dirección sañada de modo convencional y no a las coordenadas o magnitudes indicadas por el localizador. Pero finalmente, lo que resulta absolutamente determinante es que no se trata de un instrumento que pese, mide o cuente, por lo que ha de concluirse que no está sometido al control metrológico que el recurrente reclama, sin que pueda acogerse su pretensión de que la Administración autonómica debiera interesar de la Administración estatal su inclusión en los anexos del RD 889/2006».

10. TRIBUTOS

1.- Indebida imposición dunha taxa por un concello a outro pola prestación do servizo de abastecemento de auga potable.

A sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 2ª) do 14 de xuño do 2010 (casación 4144/2005, relator: Excmo. Sr. Huelin Martínez de Velasco) confirma a anulación da taxa esixida polo concello de Pontevedra ao de Marín polo servizo de abastecemento de auga potable que o primeiro lle presta ao segundo. Sinala o alto Tribunal que «la noción de tasa local, además de la presencia para el sujeto pasivo de la afección y el beneficio referidos, requiere otras dos notas: la primera consiste en que, en casos como el presente, se exija por la prestación de servicios públicos de competencia local y la segunda precisa que la prestación no sea de solicitud o recepción voluntaria (artículo 20.1 de la Ley reguladora de las Haciendas locales en relación con el artículo 26 de la Ley General Tributaria de 1963, en la redacción dada a ambos preceptos por la Ley 25/1998). Pues bien, a juicio de esta Sala ninguna de tales condiciones concurre en el caso de la tasa que el Ayuntamiento de Pontevedra exige a los concellos colindantes y, en particular, al de Marín. La índole local del servicio y su carácter de obligatorio no ha de examinarse en abstracto sino en relación con el destinatario. Por supuesto que el suministro de agua a sus vecinos por parte de la Corporación pontevedresa constituye un servicio de su irrenunciable competencia y, además, no voluntario, en cuanto viene impuesta por una disposición legal, resultando imprescindible para la vida, ya privada ya social, de los vecinos del municipio

[artículo 20.1.B).a) de la Ley reguladora de las Haciendas locales, en relación con el 26.1.a) de la Ley de bases del régimen local]; ahora bien, no es competencia de dicha corporación el suministro de agua al Ayuntamiento de Marín ni a sus vecinos, para quienes, por consiguiente, su recepción resulta voluntaria».

2.- A anulación, en dúas veces sucesivas, da liquidación tributaria por falta de motivación da valoración do ben inmueble que constitúe a base imponible impide que se efectúe unha terceira valoración, debendo en tal caso prevalecer a declarada polo contribuínte.

A sentenza do Tribunal Supremo (S^o 3^o, Secc. 2^o) do 28 de outubro do 2010 (casación unificación doutrina 13/2006, relator: Excmo. Sr. Montero Fernández) anula a sentenza do TSXG impugnada, así como a liquidación tributaria en cuestión, ao considerar que: «El derecho de la Administración a corregir las actuaciones producidas con infracción de alguna garantía o formalidad o insuficiencia de motivación en las comprobaciones de valores, no tiene carácter ilimitado, pues está sometido en primer lugar a la prescripción, es decir puede volver a practicarse siempre que no se haya producido dicha extinción de derechos y en segundo lugar a la santidad de la cosa juzgada, es decir si se repite la valoración con la misma o similar ausencia o deficiencia de motivación, comportaría la pérdida -entonces si- del derecho a la comprobación de valores y en ambos casos (prescripción o reincidencia) la Administración había de pasar por la valoración formulada en su día por el contribuyente».

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- 1. As propostas de colaboración coa Revista Galega de Administración Pública remitiranse como arquivo adxunto a unha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico: regap@xunta.es. Ademais, a ou o autor ou os autores enviarán o orixinal nun disco compacto, USB, ou dispositivo similar, en soporte informático Microsoft Word, así como dúas copias impresas asinadas ao seguinte enderezo:

Revista Galega de Administración Pública
Servizo de Estudos e Publicacións
Escola Galega de Administración Pública
Rúa de Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela (A Coruña)

- 2. O disco compacto, USB, ou dispositivo similar, remitido por correo postal deberá conter un único arquivo ou documento co texto da proposta da colaboración.
- 3. Non serán aceptadas propostas de colaboración enviadas por fax ou por correo postal sen estaren acompañadas do correspondente soporte electrónico.
- 4. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
- 5. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Seren inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estaren redactados en galego, español, portugués, francés italiano, inglés e alemán.
- 6. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido, nome, apelidos e profesión ou cargo da ou do autor ou dos autores.
 - b) Un resumo (dun máximo de 150 palabras) no idioma no que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de

dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.

- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU. (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
- 7. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
 - a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, Título da publicación, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo". Título da fonte (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
 - c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
 - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo. Por exemplo: http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html.
 - 8. Dereitos de autoría. Unha vez que o consello editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).