

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

33

XUNTA DE GALICIA

33

XANEIRO - ABRIL
2003

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

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



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

Traducción e supervisión lingüística: Lidia Fernández Pastoriza
Raquel Rodríguez Parada

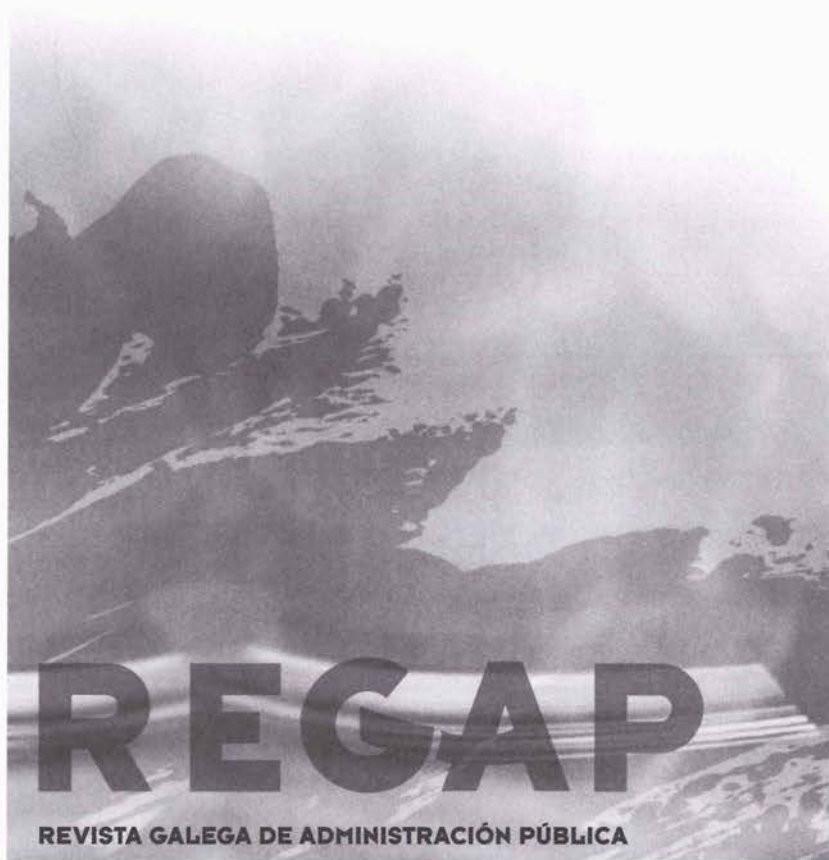
Deseño gráfico: uqui lllll cebra

Imprime: Valladares

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.
Solícitude de subscricións á EDITORIAL GALAXIA.

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



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luis Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal

Secretario xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural

Roberto Luis Blanco Valdés

Catedrático de dereito constitucional da Universidade de Santiago de Compostela

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo

Secretario de Administración local

M^a José Castro Carballal

Xefa do Servizo de Administración e Persoal do Valedor do Pobo

José Ramón Cólera Leirado

Letrado maior do Parlamento de Galicia

María Victoria de Dios Vieitez

Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto

Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Manuel Fernández Areal

Catedrático emérito de periodismo

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña

Eduardo Freire Pousa

Oficial de Administración de Xustiza de Galicia

José Antonio García Caridad

Presidente do Consello Consultivo de Galicia

Ramón García-Malvar y Mariño

Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela

Vicente González Radó

Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

Antonio Grandío Dopico

Decano do Colexio de Economistas da Coruña

José Carlos López Corral

Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Xosé López García

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

Fernando José Lorenzo Merino

Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

Valentín Alejandro Martínez Fernández

Profesor titular de Comercialización e Industrialización de Mercados da Universidade da Coruña

Jesús Martínez Girón

Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade da Coruña

Luís Rodríguez-Ennes

Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste

Conselleiro de Innovación, Industria e Comercio

Antonio Romero Lorenzo

Maxistrado xuíz decano de Vigo

Alfonso Rueda de Valenzuela

Director xeral de Administración local

Luís Ramón Sotelo López

Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Jesús Souto Prieto

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Javier Suárez García

Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

José Ramón Vázquez Sandes

Valedor do pobo

Jesús Vázquez San Luís

Secretario xeral da Consellería de Innovación, Industria e Comercio

Javier de Vicente Remesal

Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo

José Vilas Nogueira

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

Perfecto Yebra Martul-Ortega

Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago de Compostela

SUMMARY

STUDIES

- Javier Gárate Castro** The legal system reform of dismissal by Law 45/2002. Particularly, on the regulation of accrued wages during procedure _____ **15**
- José M^a Pena López** Custom's evidence in our legal system _____ **53**
- Francisco J. Sanz Larruga** Environment authorisations in Galicia: the new jurisdictional articulation arising out of Law 16/2002, on pollution's integrated control _____ **71**
- Juan C. Prado del Valle** Sanction settlement in the Galician town planning regulation: classification of town planning infringements, people responsible for them, sanctions and rules to determine the amount of sanctions _____ **107**

NOTES AND COMMENTS

- Jaime Cabeza Pereiro** Main reform guidelines on unemployment protection _____ **145**
- Luis M. López Fernández** Legal system of owners' rights and duties. Types of land. Its bond with discipline in the Galician law _____ **163**
- Aurelia Álvarez Blanco** Galician law evolution from the Constitution's time till nowadays _____ **193**
- Antonio Sanjuán Pérez** The concept of electronic documentary information _____ **233**

JURISPRUDENCE

- Pablo González Mariñas** Judicial supervision of pardon's grant (Supreme Court decision of 11th December 2002, Court that hears appeals against administrative decisions, 6th Section; rapporteur: Mr. Enrique Lecumberri Marti) _____ **251**

SUMARIO

ESTUDIOS

- Javier Gárate Castro** A reforma do réxime xurídico do despedimento pola Lei 45/2002. En particular, sobre a regulación dos salarios de tramitación _____ **15**
- José M^a Pena López** A proba do costume no noso ordenamento xurídico _____ **53**
- Francisco J. Sanz Larruga** As autorizacións ambientais en Galicia: a nova articulación competencial derivada da Lei 16/2002, de control integrado da contaminación _____ **71**
- Juan C. Prado del Valle** Réxime sancionador da normativa urbanística galega: tipificación das infraccións urbanísticas, persoas responsables, sancións e regras para determina-la contía das sancións _____ **107**

NOTAS E COMENTARIOS

- Jaime Cabeza Pereiro** Principais liñas de reforma da protección por desemprego _____ **145**
- Luis M. López Fernández** Régimen jurídico de los derechos y deberes de los propietarios. Clases de suelo. Su vinculación con la disciplina, en la ley gallega _____ **163**
- Aurelia Álvarez Blanco** A evolución do dereito galego desde a Constitución ata o momento actual _____ **193**
- Antonio Sanjuán Pérez** O concepto de información documental electrónica _____ **233**

XURISPRUDENCIA

- Pablo González Mariñas** A fiscalización xudicial do outorgamento de indulto (Sentencia do Tribunal Supremo do 11 de decembro de 2002, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6^a; relator: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí) _____ **251**

PARLIAMENTARY CHRONICLE

- 261 _____ *Aequitas praefertur rigori: Galician condition and its symbols* Xosé A. Sarmiento Méndez

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- 281 _____ *Conference on building planning Law EGAP, 17th and 18th December, 2001* Isabel Castiñeiras Bouzas
- 299 _____ *Conference on women, administration and political control Ferrol, 23th and 24th April, 2002* Xosé A. Barreiro Pereira

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 323 _____ *Easements and servitudes. Studies on their legal regulation and case law development in Galicia*
Ramón Rodríguez Montero
A Coruña, Editorial Netbiblo, 2001 Luíś Rodríguez-Ennes
- 329 _____ *E-government. Ruling in the knowledge society*
Jordi López Camps
Instituto Vasco de Administración Pública, 2002 Juan M. González Hiltner
- 335 _____ *Rules assessment. Rationality and efficiency*
M^a Jesús Montoro Chiner
Barcelona, Atelier Libros, 2001 Isabel Castiñeiras Bouzas
- 347 _____ *International maritime salvage*
E. Rodríguez Gayán
Tirant lo Blanch, 2003 Xosé A. Barreiro Pereira
- 351 _____ *The Galician Statute (Twenty years of constitutional Parliament and justice)*
Xosé A. Sarmiento Méndez
Ed. Xerais, 2003 Miriam Martínez García
- 359 _____ *The Civil Service statute on debate*
VV.AA.
Madrid, Ed. Colex, 2003 Marcos Almeida Cerredá

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- 261 _____ *Aequitas praefertur rigori: a galegidade e os seus símbolos* **Xosé A. Sarmiento Méndez**

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 281 _____ *Xornadas sobre a Lei de ordenación da edificación EGAP, 17 e 18 de decembro de 2001* **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 299 _____ *Xornadas sobre muller, administración e poder político Ferrol, 23 e 24 de abril de 2002* **Xosé A. Barreiro Pereiro**

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- 323 _____ *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*
Ramón Rodríguez Montero
A Coruña, Editorial Netbiblo, 2001 **Luís Rodríguez-Ennes**
- 329 _____ *E-gobierno. Gobernar en la sociedad del conocimiento*
Jordi López Camps
Instituto Vasco de Administración Pública, 2002 **Juan M. González Hiltner**
- 335 _____ *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*
M^a Jesús Montoro Chiner
Barcelona, Atelier Libros, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 347 _____ *Salvamento marítimo internacional*
E. Rodríguez Gayán
Tirant lo Blanch, 2003 **Xosé A. Barreiro Pereira**
- 351 _____ *O Estatuto de Galicia (Vinte anos de Parlamento e xustiza constitucional)*
Xosé A. Sarmiento Méndez
Ed. Xerais, 2003 **Miriam Martínez García**
- 359 _____ *El estatuto de la Función Pública a debate*
VV. AA.
Madrid, Ed. Colex, 2003 **Marcos Almeida Cerredá**



A REFORMA DO RÉXIME XURÍDICO DO DESPEDIMENTO POLA LEI 45/2002. EN PARTICULAR, SOBRE A REGULACIÓN DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Javier Gárate Castro

Catedrático de dereito do traballo e da Seguridade social
da Universidade de Santiago de Compostela

1. Para comezar

Tiven a oportunidade de sinalar por escrito¹, e reitéroo agora, que un dos aspectos máis preocupantes, quizais o máis preocupante, do «bodrio» ou «bazofia» que constituíu, polo menos desde o punto de vista da técnica xurídica seguida ou aplicada, o polémico Real decreto-lei 5/2002, do 24 de maio, foi o da profunda modificación do sistema de protección fronte ó despedimento que, aínda que aparecía realizada no marco da reforma das prestacións por desemprego, posuía substantividade propia. Tratándose dunha cuestión principal dentro das que eran obxecto de regulación polo citado texto legal, chamaba profundamente a atención que a súa exposición de motivos evitara proporcionar calquera explicación *directa e clara* das medidas adoptadas ó respecto. Neste sentido, non se podía considerar seriamente que semellante explicación emerxese ó

¹ Vid. J. GÁRATE CASTRO: «La reforma del régimen jurídico del despido; en particular, de los salarios de tramitación», *Aranzadi Social*, 2002, 12, páx. 56.

relaciona-las aludidas medidas coas que se indicaba que tiñan como obxectivo o «mellora-lo funcionamento do mercado de traballo», efectos para os que aquela exposición de motivos manifestaba que se establecía «o comezo da percepción da prestación de desemprego desde o cesamento por despedimento, con independencia da súa impugnación, posibilitando a existencia de ingresos no período que medie entre o despedimento e a conciliación ou a sentenza». Cabe pensar que o Goberno optou deliberadamente por eludir da-lo tipo de explicación considerado porque era consciente de que a modificación comentada excedía con moito da do sistema de protección por desemprego ou, se se prefire, pouco tiña que ver con ela e para nada se relacionaba cos obxectivos formulados na exposición de motivos á que se vén facendo referencia. O resultado é que as razóns de oportunidade da reforma –as xurídicas non existían– debía de extraelas o intérprete do contido dos propios preceptos modificados; polo demais, non se descubría en ningún momento que concorrese na regulación da materia unha necesidade extraordinaria e urxente xustificativa, en termos do art. 86.1 Const., da súa realización acudindo á figura do decreto-lei. Neste sentido, a tramitación como lei da reforma, con importantes modificacións que alcanzan, polo que aquí interesa, o réxime do despedimento, que volve, nos seus aspectos laborais, a unha situación que implica un notorio achegamento á anterior ó Real decreto-lei 5/2002, contribúe a privar de razón ós que afirmaron, principalmente desde instancias políticas, a existencia da expresada necesidade e mostra que, en realidade, se actuou con precipitación e moi pouca responsabilidade. Tal é unha das conclusións que cabe extraer da lectura dos preceptos do ET que se ocupan do despedimento, modificados novamente pola Lei 45/2002, do 12 de decembro, que supón, tanto nesta materia coma en moitos aspectos da protección por desemprego, unha reforma con medidas claramente opostas ás introducidas pola anterior.

É laudable o ter regresado, en materia de despedimento, a unha situación máis próxima á anterior á entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002; sen embargo, á parte de que a redacción dada a algúns dos preceptos modificados, principalmente os que repercuten sobre os efectos do despedimento en materia de protección por desemprego, é excesivamente prolixa e deixa moito que desexar en canto á súa claridade e técnica xurídica², segue chamando a atención que a Lei 45/2002 non proporcione, na súa exposición de motivos, ningunha explicación relacionada directamente coa nova regulación do despedimento, que segue excedendo, de forma clara, da reforma da protección por desemprego. Bótase en falta, especialmente, que non se tire ningunha luz sobre a razón pola que se

² Esta resulta máis propia dun regulamento que de disposicións con rango de lei.

considera bo regula-lo despedimento como se fai agora, cando poucos meses atrás o que se estimaba bo era a suxeición deste a un réxime distinto ou significativamente afastado do recentemente establecido.

Para comprender e valorar mellor cómo quedou finalmente a regulación do despedimento e, en particular, o réxime xurídico dos salarios de tramitación, considero oportuno partir dunha crítica xeral dos importantes cambios introducidos naquela regulación polo xa felizmente derogado Real decreto-lei 5/2002.

2. Unha reforma do despedimento que nunca se debeu producir, «pestilente» no concernente á redución dos supostos determinantes da percepción dos salarios de tramitación e as súas consecuencias

Fago referencia nesta alínea á reforma levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002. Con ela, a protección fronte ó despedimento, recortada xa de maneira moi notoria no ano 1994 (consideración como improcedente e non nulo do despedimento disciplinario realizado con defectos de forma; limitación dos salarios de tramitación ós percibidos ata o feito de conciliación extraprocésual en certos supostos de recoñecemento patronal da improcedencia do despedimento no dito feito; supresión da consideración de nulos dos despedimentos dos traballadores con contrato en suspenso non apreciados xudicialmente como procedentes), experimentou un novo debilitamento con respecto ós despedimentos improcedentes, definido, principal, non exclusivamente, pola supresión da percepción, cando non se optase pola readmisión, dos salarios de tramitación. Vínase así ensombrecer aínda máis, alterándoo ata facelo incoherente e sen motivo xurídico que servise de fundamento á intervención normativa desenvolvida (actuábase por razóns extraxurídicas), o cadro dos efectos do despedimento inxustifico e *ilícito*, que o dereito pide que sexa sempre *ineficaz*, o cal pasa, necesariamente, pola eliminación dos efectos que puídesen produci-la decisión empresarial.

Partindo da ilicitude tanto do despedimento improcedente coma do nulo, cabe esperar que a norma estatal asuma que debe haber, senón unha absoluta, polo menos unha importante coincidencia dos principais efectos dun e outro; pois ben, a reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002 afastaba esa coincidencia e, o que é máis grave, facíao a partir da substancial modificación do efecto xeral da improcedencia do despedimento que representaba, ata a súa entrada en vigor, a percepción dos salarios de tramitación tanto no caso de opción pola readmisión como polo pagamento da indemnización. Creábase así unha situación de máxima regresividade e sen precedentes no noso dereito, no que, desde o

desenvolvemento normativo da primeira regulación do contrato de traballo, proporcionada polo Código do traballo aprobado por Real decreto-lei, do 23 agosto 1926, o despedimento inxustificado sempre supuxera o pagamento dos salarios deixados de percibir³. O Goberno en funcións de lexislador tomoulle o relevo á última xurisprudencia da Sala do Social do Tribunal Supremo sobre a materia, de signo igualmente regresivo (privación da natureza salarial ós salarios de tramitación e atribución a estes de non se sabe ben qué condición, a medio camiño entre a salarial e a de indemnización), e procedeu a lanzar un ataque frontal contra a existencia dos salarios de tramitación. Probablemente, esa xurisprudencia, que parte do mantemento da eficacia da decisión patronal de despedir declarada xudicialmente ilícita (despedimento improcedente ou nulo), alentara algúns dos aspectos da reforma agora comentada, como o incorporado ó texto do art. 56.1 ET, que pasou a dispoñer, no caso de despedimento improcedente, que o aboamento da indemnización determinaba «a extinción do contrato de traballo», que se entendería producida «na data do cesamento efectivo no traballo».

Sinalaba ó comezo que as razóns (de oportunidade, porque xurídicas non as había) da reforma, silenciadas polo Goberno, podíanse extraer do contido dos preceptos modificados. Pois ben, a lectura dos que constitúen o núcleo da reforma permite percibir que subxacía nela:

1) A idea de que un despedimento barato, aínda que sexa inxusto ou ilícito, serve ós obxectivos xerais da política de emprego (o fin xustifica os medios, aínda que estes sexan ben inconfesables).

2) A redución –parece que non eliminación, como despois terei ocasión de expoñer; se fose eliminación, aínda se tería feito máis irrisoria ou marxinal a opción pola readmisión– do custo que supón para o Estado (e, polo tanto, da repercusión negativa que ten sobre o déficit público) a súa obriga de aboar parte dos salarios de tramitación e as correspondentes cotas de Seguridade social en caso de sentenza que declare tardíamente a improcedencia do despedimento.

E 3) o propósito de redución do abundante número de litixios sobre despedimentos que se entendía que habería de provocar, con seguridade, a eliminación, no suposto máis frecuente na práctica (despedimento improcedente con atribución ó empresario da posibilidade de optar pola indemnización), do efecto económico (pagamento dos salarios de tramitación) que, pola súa contía, a miúdo superior á da propia indemnización, máis podía animar ó traballador a accionar contra o seu despedimento, o que, certamente, podía chegar a ter, no caso concreto,

³ Sobre o particular vid. J. GÁRATE CASTRO: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL (Madrid, 1994), páxs. 85 e seguintes.

consecuencias incompatibles co dereito á tutela xudicial efectiva na medida en que se disuadise a aquel de acudir ó proceso por non compensarlle economicamente e a pesar de ter poderosas razóns xustificativas do exercicio do correspondente feito⁴.

Manifesta-las anteriores razóns da reforma non era conveniente politicamente, polo que se comprende o esforzo do Goberno por ocultalas.

Coa entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002 despexouse calquera dúbida que puidera existir aínda sobre a flexibilidade como principio rector do réxime xurídico do despedimento en España. Certamente, a flexibilización das relacións laborais non debe tomarse, por si soa, como algo negativo, pero sempre que se sustente sobre unha causa obxectiva suficiente. Pode compartirse en maior ou menor grao a facilitación da contratación de duración determinada a través dunha maior amplitude das causas obxectivas que a permiten ou unha concepción normativa máis ampla do que é a causa económica, técnica, organizativa ou de produción que lexitima o exercicio dos poderes empresariais para a organización do traballo ou para as extincións por despedimento colectivo ou pola vía do art. 52.c) ET; ou ata a redución da indemnización legal que lles corresponde percibir ós traballadores afectados por tales extincións ou, mellor, a limitación por riba das indemnizacións convencionais superiores. Sen embargo, non é admisible e repúgnalle ó dereito o flexibilizar pola vía do seu abaratamento, como facía o Real decreto-lei 5/2002, un despedimento *ilícito*, que non responde a ningunha causa protexida polo ordenamento ou que se produciu coa inobservancia das máis elementais garantías formais que fan posible a defensa do traballador. O despedimento «improcedente» supón un incumprimento do empresario, un ilexítimo exercicio dun feito de autotutela fronte ó cal o ordenamento debe reaccionar coa maior contundencia, tendendo a repoñe-las cousas ó estado anterior ou imponéndolle á empresa que o realice unha carga económica que compense realmente (que atenda tanto o lucro cesante coma o dano emerxente) a quen o sufra, por estar á altura do ben inxustamente atacado, que é o traballo (art. 35.1 Const.) e a ganancia que con el obtén o traballador. As modificacións do ET levadas a cabo

⁴ ¿Que beneficio económico relevante podía obterlo traballador que decidise reclamar xudicialmente, ante un despedimento claramente improcedente, unha diferenza non demasiado importante en termos cuantitativos entre a indemnización ofertada pola empresa e aquela que realmente lle correspondera? ¿Que podía facer un traballador ó que se lle ofertase, partindo da certeza da improcedencia do seu despedimento, o aceptar unha indemnización inferior á legal a cambio de obterla inmediata entrega da comunicación escrita do despedimento ou a comparecencia e o recoñecemento desa improcedencia en conciliación administrativa, necesarias para acreditar, sen demora, a situación legal de desemprego e o acceso á correspondente prestación económica?

polo Real decreto-lei 5/2002 ían polo camiño contrario e estimulaban, por bonificalas, actuacións patronais contrarias ó ordenamento. Non animaban á empresa a actuar correctamente en materia de despedimento, senón que, no límite dos despropósitos, incentivaban ou premiaban actuacións arbitrarias, ilícitas, desviadas ou abusivas. En semellante estado de cousas, a reforma privábase de lexitimidade; non respondía ó valor da xustiza que debe guiar-la elaboración de calquera norma. Sinalei anteriormente que se desanimaba ó traballador a atacar xudicialmente o despedimento de que tivese sido obxecto; pois ben, isto contrasta co feito de que, quizais sen sospeitalo o Goberno, se animaba á empresa, por non ter nada que perder (non ía pagar máis por moito tempo que transcorrera ata a sentenza firme que declarara a improcedencia do despedimento), a forza-lo preito e a non conciliarse ante un despedimento que sospeitase que podía ser declarado improcedente e respecto ó que xa tivese decidido optar pola indemnización.

Os dous termos (readmisión e indemnización) da opción que abre a lei ante a declaración de improcedencia do despedimento obedecen á mesma causa e, polo tanto, explícase que deba procurarse conseguila maior equivalencia posible, no plano material, non puramente formal, entre o alcance de aqueles; noutro caso, a norma, lonxe de dar unha verdadeira opción, deixaría de ser neutral na configuración desta e pasaría a manifesta-la súa preferencia por un dos aludidos termos, cunha elección que forzaría ou favorecería polos efectos menos onerosos dos que lle son atribuídos. Podería darse así o caso de facerse irrisoria ou marxinal a elección do outro dos termos. Isto é, precisamente, o que creo que propiciaba ou provocaba, cando a opción lle correspondese á empresa, a supresión da percepción de salarios de tramitación no despedimento improcedente, que rompía, decididamente, a postulada equivalencia material de efectos, que non pode quedar ó capricho dos que ostentan potestade normativa. Ata o Real decreto-lei 5/2002, a equivalencia de que se trata quedaba reflectida nunha ecuación na que a indemnización máis o importe dos salarios de tramitación ou deixados de percibir por causa do despedimento ilícito, superior, con frecuencia, ó da primeira, eran igual á readmisión máis, novamente, os referidos salarios. A partir da entrada en vigor daquel, pasou a considerarse que para alcanza-lo valor desta segunda parte da ecuación era suficiente co pagamento da indemnización determinada de acordo co mesmo módulo que antes. A perda de incentivo experimentada na opción pola readmisión era moi importante, como tamén o era o fortalecemento da posición do empresario ante un despedimento improcedente.

Podía caerse e, de feito, membros do Goberno ou do partido no Goberno caeron na tentación de excusar ou xustificar publicamente os termos da nova ecuación no feito de que o pagamento da indemnización

pasaba a estar acompañado do da prestación económica por desemprego desde o mesmo momento da efectividade do despedimento (novas alíneas 1 e 4 do art. 208 LXSS). Sen embargo, o argumento perdía toda a súa forza ó introducirse no discurso a comparación: 1) dos distintos importes da prestación por desemprego e dos salarios de tramitación suprimidos, que debían calcularse tomando como referencia o salario percibido no momento do despedimento⁵ e, polo tanto, eran superiores, con carácter xeral, á contía da dita prestación⁶; e 2) do período de cobertura da inactividade provocada pola inxusta ou ilícita decisión do empresario, anteriormente moito maior, pois, ó final do correspondente ó pagamento dos salarios de tramitación, sometidos a cotización, con todo o que isto significaba co fin da xeración do dereito a futuras prestacións de Seguridade social, abríase o propio do abonamento da prestación por desemprego, determinación para a que era período de cotización computable, como non podía ser menos, o correspondente ós indicados salarios de tramitación (art. 3.3 Real decreto 625/1985, do 2 abril)⁷. A inactividade cuberta baixo a vixencia dos cambios introducidos polo Real decreto-lei 5/2002 era unicamente aquela á que alcanzasen as prestacións por desemprego para determinar en función do período de cotización acreditado na data de efectividade do despedimento, ás que se tería dereito, claro está, se nese momento o despedido reunise os requisitos esixidos, entre eles o período de carencia, o que non sempre acaecería.

Ó reduci-lo valor da opción pola indemnización en comparación co mantido na opción pola readmisión, a reforma facía de peor condición, ante o despedimento improcedente, sen causa algunha que o xustificase, ó traballador que perdera o seu emprego fronte a aquel outro que seguise na empresa por ter sido readmitido. Pero, ademais, a eliminación dos salarios de tramitación á que se vén facendo referencia presentaba, na súa configuración normativa, importantes cuestións, algunhas colaterais, non todas con solución ou resposta no Real decreto-lei 5/2002. Sobre esas e outras cuestións relacionadas cos cambios experimentados polo réxime xurídico do despedimento versa a exposición que segue.

⁵ Vid. J. GÁRATE CASTRO, *Los salarios de tramitación ...*, cit., páxs. 293 e seguintes.

⁶ De acordo co art. 211.2 LXSS, a referida contía «determinarase aplicándolle á base reguladora as seguintes porcentaxes: o 70 por 100 durante os cento oitenta primeiros días e o 60 por 100 a partir do día cento oitenta e un».

⁷ Sobre os salarios de tramitación e a percepción das prestacións por desemprego con anterioridade á reforma comentada, vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 274-279.

3. Exame comparado do contido da anterior reforma e da súa modificación pola Lei 45/2002

3.1. En relación cos efectos do despedimento en materia de seguridade social. Un breve apunte

Tanto a reforma do despedimento levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002 como a súa substancial modificación pola Lei 45/2002 proxéc-tanse, ademais de sobre os aspectos *laborais* daquel, sobre os seus complexos efectos en materia de *Seguridade social* (acceso á protección por desemprego e cotización). Coa entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002, estes últimos experimentaron directamente cambios, dentro da LXSS, a través de: 1) a modificación do art. 208.1,1.c); 2) a incorporación das alíneas 4 e 5 do art. 209; 3) a incorporación da nova alínea 1.e) e a modificación da alínea 3.b), ambas do art. 212; 4) o parágrafo segundo da regra segunda da modificada alínea 3 do art. 215; e 5) a nova letra g) do art. 230. Dentro do ET, a través do parágrafo primeiro da alínea 2 e a alínea 3 da nova versión do art. 57, que constituían reiteración, innecesaria, do disposto na xa citada alínea 5 do art. 209 LXSS, ó que podería terse realizado, sen máis, unha remisión. Coa Lei 45/2002, os cambios nos ditos efectos do despedimento sobre as relacións de Seguridade social materialízanse, dentro da LXSS e en comparación tanto coa situación anterior ó Real decreto-lei 5/2002 coma coa creada coa reforma realizada por este, en: 1) o art. 208.1,1.c), cunha redacción que permaneceu sen modificación respecto á dada polo referido texto legal; 2) as alíneas 4 e 5 do art. 209, que experimentan importantes cambios respecto á redacción que tomaron co Real decreto-lei 5/2002, así como a nova alínea 6 deste artigo; 3) as alíneas 1.e) e 3.b) do art. 212, o primeiro sen variación respecto á redacción dada polo Real decreto-lei 5/2002; o segundo modificado levemente para facer referencia á incidencia sobre o reinicio da protección por desemprego do período de vacacións percibido e non gozado ó termo do contrato que determinara a suspensión da prestación ou do subsidio; 4) o substancialmente modificado parágrafo segundo da regra segunda da alínea 3 do art. 215 (a indemnización legal por extinción do contrato deixa de te-la consideración de renda para os efectos do requisito de carencia de rendas do que pode depende-lo subsidio asistencial por desemprego); e 5) a igualmente modificada letra g) do art. 230. Dentro do ET, o único precepto relacionado directamente coas repercusións do despedimento sobre a Seguridade social é o novo art. 57.2, que pasa a ter igual contido que antes da reforma levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002. Dentro da LPL, ha de terse en conta, en relación coa situación que existía antes deste, a alínea 4 incorporada ó art. 295.

En fin, tráense tamén a colación aquí os cambios experimentados pola acreditación da situación legal de desemprego derivada do despedi-

mento, da que se ocupou directamente a disposición transitoria segunda do Real decreto-lei 5/2002 e sobre a que volve tratar, reformando substancialmente a forma de levala a cabo, igual precepto da Lei 45/2002.

A) *Despedimento e Seguridade social tralo Real decreto-lei 5/2002*

Probablemente, a novidade máis relevante en materia de Seguridade social introducida polo Real decreto-lei 5/2002 foi a previsión de que a decisión empresarial de despedir orixina, por si mesma, medie ou non a súa impugnación, a situación legal de desemprego e que o exercicio da acción contra o despedimento non impediría que se producira «o nacemento do dereito á prestación» (nova alínea 4 do art. 209 LXSS)⁸. Dentro da estrutura da reforma realizada polo dito Real decreto-lei, o anterior correspondíase, no plano *laboral*, coa supresión da percepción de salarios de tramitación para o caso de impugnación que culminase coa declaración xudicial ou recoñecemento patronal, en conciliación (administrativa ou xudicial) da improcedencia do despedimento (art. 56.1 ET, na nova redacción dada polo Real decreto-lei); pero tamén, no plano da *Seguridade social*, e por razón do dereito do traballador a obter entón os salarios de tramitación ou «deixados de percibir», coas previsións do que pasou a ser alínea 5 do art. 209 LXSS, segundo o que, cando a impugnación do despedimento levase ou debera levar (despedimento nulo e despedimento improcedente de traballador aforado que optase pola readmisión; art. 280.1 LPL. Probablemente, tamén despedimento improcedente de traballador non aforado que optase pola readmisión facendo uso da facultade outorgada ó respecto por convenio colectivo) á readmisión do despedido, as cantidades percibidas en concepto de prestacións por desemprego, froito da referida orixe da correspondente situación de desemprego, consideraríanse *indebidas* por causa non imputable a aquel e producirían os efectos que o propio precepto sinalaba⁹. Reiteraba as previsións ás que acabo de facer referencia, como xa sinaléi, o que pasaba a ser nova alínea 2 do art. 57 ET («efectos da readmisión»).

⁸ Téñase en conta, sen embargo, que, igual que trala Lei 45/2002, se no momento do despedimento o traballador aínda tivese pendente de gozar días de vacacións, a situación legal de desemprego non xurdiría ata o último deses días (novo art. 209.3 LXSS).

⁹ «En tal caso, a entidade xestora cesará no aboamento das prestacións por desemprego e reclamará as cotizacións á Seguridade social efectuadas. O empresario deberá ingresarlle á entidade xestora as cantidades percibidas polo traballador, deducíndoas dos salarios deixados de percibir que corresponderan segundo o establecido na alínea 57.1 da Lei do estatuto dos traballadores, co límite da suma de tales salarios» [o precepto concordaba coa regra introducida no art. 230.g) LXSS]. Para o moi improbable suposto de que estes excederan do percibido en concepto de prestacións por desemprego, dispuña o precepto que a diferenza lle sería reclamada ó traballador, o que tería lugar a través do procedemento que contén o art. 33, Real decreto 625/1985.

Mantívose a obriga patronal de cotizar polos salarios de tramitación¹⁰, nos casos, claro está, en que seguía procedendo o pagamento destes. Non podía tomarse doutra forma a nova regra incorporada ó parágrafo último da alínea 5 do art. 209 LXSS e á alínea 3 do art. 57 ET, relativa á obriga do empresario de cotizar desde a data do despedimento e polo período cuberto polos salarios de tramitación cando tivese lugar ou debera producirse a readmisión (sobreenténdese que a base de cotización estaría constituída por tales salarios). Esa obriga, á parte de pasar a figurar incluída de forma expresa nunha disposición con rango de lei, quedou felizmente completada, eliminándose calquera dúbida que puidera existir, con algo que doutrina e xurisprudencia xa viñan admitindo: que a cotización contemplada ha de considerarse que o é a tódolos efectos¹¹. Téñase en conta, ademais, que a readmisión transforma en ineficaz a baixa na Seguridade social cursada no seu momento pola empresa, polo que se comprende que debera procederse a solicita-la alta (máis ben a continuidade da situación de alta ou a deixar sen efectos a baixa) con efectos desde a data do despedimento e polo período cuberto polos salarios de tramitación (se se prefire, os «deixados de percibir»)¹². De acordo cos preceptos ultimamente citados, sempre que se producira ou debera producirse (art. 280.1 LPL) a readmisión, o empresario habería de insta-la alta do traballador na Seguridade social «con efectos desde a data do despedimento» e cotizar «por ese período», que se consideraría «como de ocupación cotizada para tódolos efectos».

Noutra orde de cousas, establecía a disposición transitoria segunda do Real decreto-lei 5/2002 que a situación legal de desemprego xerada polo despedimento acreditaríase, mentres non se desenvolvera regulamentariamente o art. 208 LXSS, ben mediante a notificación escrita do despedimento ó que se refire o art. 55.1 ET (a coñecida como carta de despedimento), ben por medio da presentación da acta de conciliación

¹⁰ Sobre as orixes e o desenvolvemento da regulación da indicada obriga vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 68-70. ¿Estendese a obriga á cotización por riscos profesionais?

¹¹ Por exemplo, para cubri-los períodos mínimos de cotización esixibles para o acceso ó goce de determinadas prestacións, para establece-lo período de aboamento da prestación por desemprego ou para fixa-la base reguladora dunha concreta prestación ou a porcentaxe que se deba aplicar sobre a dita base reguladora para obter-lo importe da pensión de xubilación. Con anterioridade, a única previsión normativa relativa ás consecuencias que producía a cotización por salarios de tramitación encontrábase no regulamento de prestacións por desemprego, aprobado por Real decreto 625/1985, do 2 abril, onde o art. 3.3 dispón o cómputo das cotizacións por salarios de tramitación para efectos da determinación do período de ocupación cotizada do que depende a duración da prestación contributiva de desemprego.

¹² Así, xa con anterioridade á reforma de 1994, J. GÁRATE CASTRO, *op. últ. cit.*, páxs. 74-77.

administrativa ou xudicial ou da resolución xudicial declaratoria da procedencia ou improcedencia daquel acompañada, neste segundo caso, da acreditación de que a empresa ou o propio despedido, se se tratase dun traballador aforado, non tería optado pola readmisión. Certamente, se a decisión patronal de despedir pasaba a orixinar, por si mesma, sen necesidade da súa impugnación, a situación legal de desemprego (nova alínea 4 do art. 209 LXSS), debía admitirse que a acreditación desta puidera realizarse a través da simple presentación da comunicación escrita do despedimento; sen embargo, non se resolvían satisfactoriamente os problemas suscitados, desde o punto de vista da referida acreditación, polo despedimento *tácito*¹³. A supresión da percepción de salarios de tramitación en calquera despedimento improcedente, incluídos entre eles, pois, os derivados da inobservancia dos requisitos formais, podía incentivar situacións onde a empresa dificultara ou imposibilitase ó traballador, acudindo ó dito despedimento tácito, o conseguir con prontitude ingresos (prestación por desemprego) para facer fronte a necesidades de cobertura inaprazable, forzándoo, ademais, a acudir ó proceso para obter unha sentenza que declarase a improcedencia do seu despedimento e que servira de medio de acreditación da situación legal de desemprego e para poder acceder finalmente, con efectos retroactivos [art. 209.5.a), parágrafo primeiro, LXSS], pero máis tarde do que tería sucedido de ter mediado comunicación escrita, á correspondente prestación económica. Con anterioridade, a falta de comunicación escrita do despedimento supuña para a empresa, cando menos, a consecuencia de ter que afrontar-lo pagamento de salarios de tramitación, o que, certamente, servía para estimular a observancia daquela; coa reforma do ET que agora se comenta, nos casos –os máis frecuentes– de despedimentos improcedentes sen opción pola readmisión, a eliminación desa consecuencia, á parte de favorecer-la inobservancia da comunicación escrita, facilitaba o que esta puidese chegar a xogar, paradoxicamente, como un instrumento utilizable polo empresario para forzar ó traballador a admitir, a cambio da súa entrega, unha rebaixa nas condicións económicas da súa inxusta saída da empresa, xa reducidas á mínima expresión –supresión dos salarios de tramitación– pola norma estatal. Para impedir situacións como a indicada facíase necesario, cando menos, a tipificación da falta de entrega da comunicación escrita do despedimento como infracción administrativa moi grave.

En fin, dos efectos que produce sobre a percepción da prestación por desemprego a execución provisional da sentenza de despedimento, nos supostos do art. 295 LPL, ocupouse o novo art. 212.1.e) LXSS, que preveu

¹³ Sobre o mesmo, amplamente, J. CABEZA PEREIRO: «El despido tácito», REDT, 1994, número 64.

a suspensión da dita prestación, cun reinicio que, se chegara a proceder, tería lugar na forma establecida polo novo art. 212.3.b) de igual texto legal.

B) Modificacións levadas a cabo pola Lei 45/2002

O art. 209.4 LXSS segue dispoñendo que a decisión empresarial de despedir «entenderase, por si mesma e sen necesidade de impugnación, como causa de situación legal de desemprego» e que «o exercicio da acción contra o despedimento ou extinción non impedirá que se produza o nacemento do dereito á prestación». Sen embargo, a toma en consideración da incompatibilidade entre as prestacións por desemprego e o posible dereito á percepción de salarios de tramitación, restablecidos alí onde a reforma do Real decreto-lei 5/2002 os suprimira (despedimento improcedente con opción pola indemnización), explica que se vise oportuno o intercalar entre as dúas regras transcritas, sen moita fortuna en canto ós termos empregados, que «o nacemento do dereito ás prestacións» producírase, no seu caso, unha vez transcorrido o período correspondente ós salarios de tramitación, que «deberá constar no certificado de empresa para estes efectos». O sentido da nova regra descóbrese, principalmente, nos supostos de despedimento improcedente nos que medie opción pola indemnización acompañada dunha percepción total ou parcial (novo art. 56.2 ET) de salarios de tramitación. En calquera caso, entendo que máis que de postergación do «nacemento do dereito ás prestacións» debería terse feito referencia a unha perda de efectos do posible previo nacemento ou recoñecemento destas, por devir indebidas, e a un eventual novo nacemento con efectos desde o día seguinte ó último cuberto polos salarios de tramitación.

Concordan tamén co restablecemento do dereito ós salarios de tramitación nos despedimentos improcedentes con opción pola indemnización os cambios substanciais introducidos na letra a) da alínea 5 do mesmo art. 209, dirixidos a acomoda-lo dereito ó goce das prestacións por desemprego a unha solución que vai variar, sempre que o despedimento improcedente culmine coa referida opción pola indemnización, segundo que o traballador teña ou non dereito a salarios de tramitación. No primeiro caso, a incompatibilidade entre os salarios de tramitación e a percepción das prestacións por desemprego, da que dá conta expresa a nova alínea 4 do artigo, conduce a dispoñer que o traballador, ademais de ter que «acredita-lo período que lles corresponde ós salarios de tramitación», só poderá percibir tales prestacións «dende a data en que finalice a obriga do aboamento dos ditos salarios» e, se xa estivese percibíndoas (sobrenténdese que ó producirse a opción pola indemnización)¹⁴, re-

¹⁴ Isto resulta posible porque, segundo se indicou (art. 209.4 LXSS), aínda que «o nacemento do dereito ás prestacións producírase unha vez transcorrido» o período

putaranse «indebidas», podendo «volver a percibilas con efectos desde a data» xa sinalada, nas condicións que o propio precepto precisa¹⁵. No segundo caso –inexistencia de salarios de tramitación (o lexislador está pensando, sen dúbida, entre outras posibles situacións, naquelas en que non se ten dereito ós referidos salarios de acordo coas previsións do novo art. 56.2 ET)–, o traballador «continuará percibindo as prestacións por desemprego ou, se non as estivese percibindo, comezará a percibilas con efectos desde a data do cesamento efectivo no traballo».

Para os casos en que o dereito ós salarios de tramitación figure acompañado da readmisión, as regras tendentes a acomoda-lo goce das prestacións por desemprego á percepción daqueles, contidas na letra b) da alínea 5 do art. 209 LXSS, unicamente experimentan unha leve modificación, consistente na precisión de que a reclamación das cotizacións á Seguridade social efectuadas polas prestacións por desemprego gozadas ata a readmisión e consideradas tras esta indebidas por causa non imputable ó traballador, dirixiralla a entidade xestora á Tesourería Xeral da Seguridade Social¹⁶. Por último, tamén dentro do art. 209.5 LXSS, sofre un cambio de localización [pasa do parágrafo segundo da letra a) á que é nova letra c)], pero non de contido, a regra de axuste das prestacións por desemprego á obtención de salarios de tramitación nos supostos de incumprimento ou imposibilidade da readmisión (arts. 279.2 e 284 LPL, respectivamente). Segue concordando co art. 209.5.b) LXSS o art. 230.g) de igual texto legal, que inclúe agora tamén a obriga da empresa de comunicarlle á entidade xestora a readmisión do traballador despedido no prazo de cinco días desde que se produza, o que servirá para controla-lo cumprimento da obriga daquela de ingresar, cando deba producirse a dita readmisión, as cantidades percibidas indebidamente polo traballador en concepto de presentacións por desemprego, as cales continúa estando autorizada a deducir dos salarios de tramitación.

Respecto a cómo quedan as restantes modificacións que indiquei que introduciu o Real decreto-lei 5/2002:

1) Séguese dispoñendo expresamente a obriga empresarial de cotizar polos salarios de tramitación, con independencia de que procedan dun

cuberto polos salarios de tramitación, «o exercicio da acción contra o despedimento ou extinción non impedirá que se produza o nacemento do dereito á prestación».

¹⁵ «Trala regularización pola entidade xestora do dereito inicialmente recoñecido, reclamando á Tesourería Xeral da Seguridade social as cotizacións efectuadas durante a percepción das prestacións e efectuando a compensación correspondente polas prestacións indebidamente percibidas, ou ben reclamándolle o seu importe ó traballador».

¹⁶ A precisión é igual á que contén a letra a) de igual alínea e artigo, en relación coas prestacións por desemprego cun carácter indebido que sobreveña coa declaración de improcedencia do despedimento e a opción pola indemnización (vid. nota anterior).

despedimento improcedente ou nulo ou, se se prefire, que culmine na readmisión ou no aboamento dunha indemnización; que o período cuberto por aqueles «se considerará como de ocupación cotizada a tódolos efectos» e que o empresario deberá insta-la alta do traballador na Seguridade social polo dito período. Para os supostos de despedimentos seguidos da readmisión, as indicadas previsións seguen figurando no art. 209.5.b), parágrafo último, LXSS. Para os casos de despedimentos que conclúan no pagamento dunha indemnización, a regra equivalente é a da nova alínea 6 do dito artigo («o empresario deberá insta-la alta e a baixa do traballador na Seguridade social»), que, aínda que aparece remitida, sen máis, ós «supostos ós que se refire o artigo 56 do Estatuto dos Traballadores», debe ser obxecto dunha interpretación que leve a aplicala, segundo permite concluí-la indicación de que tamén se ha de insta-la «baixa», dun lado, ó despedimento improcedente con opción pola indemnización; e, de outro, a pesar da remisión feita á letra b) pola letra c) do art. 209.5 LXSS, tanto ó incumprimento coma á imposibilidade de readmitir que contemplan, respectivamente, os arts. 279.2 e 284 LPL.

2) Mantense a regulación dos efectos que produce sobre a percepción da prestación por desemprego a execución provisional da sentenza que declare a improcedencia ou nulidade do despedimento, nos tres supostos do art. 295 LPL: suspensión da dita prestación e posible reinicio se concorren as condicións previstas para o efecto [art. 212.1.e) e 3.b) LXSS]. A única novidade, pouco ou nada relevante, é a que representa a reiteración da dita suspensión na alínea 4 que se lle engade ó art. 295 LPL, que dispón que nos aludidos supostos «suspenderase o dereito á prestación por desemprego nos termos previstos na Lei xeral da Seguridade social», que non son outros que os que figuran no art. 212.1.e) deste texto legal, cunha redacción vixente que coincide, insisto, coa que lle deu o Real decreto-lei 5/2002. Repárese en que, aínda incluído nun texto legal de natureza predominantemente adxectiva ou procedemental, o citado art. 295.4 LPL posúe natureza substantiva.

E 3) tómase consciencia das dificultades que pode te-lo traballador para acredita-la situación de desemprego e acceder, sen demora, á correspondente protección nos supostos en que medie un despedimento *tácito*. Fronte á situación anterior (disposición transitoria segunda Real decreto-lei 5/2002), que forzaba, a falta de notificación escrita do despedimento, para promove-lo acto de conciliación ou proceso para obter unha acta ou unha sentenza, respectivamente, que declara a existencia daquel (suscitábase a dúbida de se era suficiente con que a acta do acto de conciliación deixara constancia da frustración do intento desta por incomparecencia da empresa), establece agora (disposición transitoria segunda Lei 45/2002), tamén mentres non se desenvolva regulamentariamente o art. 208 LXSS, que a situación de desemprego pode igualmente accredi-

tarse, se non existe notificación escrita nin «certificado de empresa» en que conste o despedimento e a data dos seus efectos, por medio de informe da Inspección de Traballo e Seguridade Social dando conta destes extremos ou «acta de conciliación administrativa na que conste que o traballador impugna o despedimento e o empresario non comparece».

3.2. En relación cos aspectos laborais do despedimento

A) Alcance da reforma do Estatuto dos Traballadores levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002

No plano estrictamente laboral, aínda que as modificacións do réxime xurídico do despedimento introducidas polo art. 2 do Real decreto-lei 5/2002 cinguíronse a determinados preceptos do ET, tamén resultaban afectados os preceptos da LPL que concordaban con eles (por exemplo, os artigos 109, 110.1, 113, 116 ou 123), que deberan someterse convenientemente a unha nova redacción. En concreto, experimentaron directamente cambios de desigual intensidade e consecuencias os artigos 33.1, 55.6 e 7, 56.1 e 2 e 57 ET; ademais, debe terse en conta que tales cambios provocaban indirectamente efectos, á parte de sobre as propias materias afectadas por eles, sobre as reguladas por outros preceptos que non sufriron modificación, podéndose traer a colación, por exemplo, a repercusión que podía ter sobre a comunicación escrita do despedimento (art. 55.1 ET) a supresión das percepcións dos salarios de tramitación no despedimento improcedente indemnizado¹⁷. Quero con isto chama-la atención sobre que a reforma era moito máis complexa e de máis calado do que formalmente puidera parecer. Sexa como for, os salarios de tramitación constituíron, claramente, o eixe da dita reforma, como o acredita o feito de que estivesen presentes, sen excepción, nos cambios introducidos en tódolos preceptos do ET antes relacionados, que serán obxecto de comentario máis ou menos extenso en función da transcendencia das modificacións que incorporaron. Sen dúbida, a principal e máis grave, por regresiva, modificación, non xa do réxime xurídico dos salarios de tramitación, senón do despedimento, era a indicada supresión da percepción daqueles nos casos de despedimentos improcedentes que non estiveran seguidos da opción pola readmisión; sobre esa novidade xira a crítica realizada *supra*, alínea 1. Non foi a anterior, sen embargo, a única modificación que sufriron, como se comprobará, os salarios de tramitación.

¹⁷ Vid. *supra*, alínea III, 1, A).

a) Alínea 1 do artigo 33 ET. No fondo, a cuestión da natureza xurídica dos salarios de tramitación

Polo que respecta ó despedimento, o cambio produciuse, non no parágrafo primeiro do precepto, que se limitou a substituí-la referencia ó Ministerio de Traballo e Seguridade Social pola do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais, senón no parágrafo segundo, en que se suprimiu a precisión anterior segundo a que, a efectos da responsabilidade subsidiaria do Fondo de Garantía Salarial para o pagamento do salario, merecía a consideración de tal «a indemnización complementaria por salarios de tramitación» que puidera ter acordado «a xurisdicción competente», o que comportaba o recoñecemento, polo menos formal, da natureza salarial destes¹⁸.

A impresión que se obtén ó le-lo novo parágrafo é a de que o Fondo de Garantía Salarial deixaba de responder dos salarios de tramitación nos supostos en que subsistía a súa percepción (despedimento nulo e despedimento improcedente con opción pola readmisión), reducíndose en igual medida o ámbito material do aseguramento que tiña encomendado *ex lege* aquel. Así as cousas, o despedimento ó que se lle deberan aboar salarios de tramitación tería que asumir-lo risco de non poder cobralos, en todo ou en parte, cando a empresa obrigada se encontrase en situación de insolvencia, suspensión de pagamentos, quebra ou concurso de acredores, podéndose da-lo caso de que o único crédito impago derivado do contrato de traballo fose, precisamente, o constituído polos referidos salarios, o que conduciría a unha situación que non parece compatible cos obxectivos da Directiva 80/987/CEE, de 20 outubro 1980, do Consello, sobre aproximación das lexislacións dos estados membros relativas á protección dos traballadores asalariados en caso de insolvencia do empresario.

Puidera pensarse que a medida tiña a súa explicación no feito de parti-lo Goberno en funcións de lexislador de que o traballador accedía desde o momento do despedimento ás prestacións por desemprego e que o percibido por tal concepto se consolidaba definitivamente, pero transformado en cantidades a conta dos salarios de tramitación, cando se producise ou debiera producirse a readmisión e a empresa quedaba obrigada a reintegrarlle á entidade xestora a cantidade daquelas, deducible do debido por tales salarios (nova alínea 5 do art. 209 LXSS), ingresados xa no patrimonio do traballador na forma exposta. Sen embargo, non cabe pasar por alto: 1) que a débeda por estes sería, normalmente, superior á cantidade de prestación por desemprego recibida, principalmente pola máis elevada base de cálculo da primeira, pero tamén pola

¹⁸ Sobre a referida responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páxs. 358-371.

posibilidade de que o período cuberto polo segundo resultara inferior ó da percepción dos salarios de tramitación; 2) que, de mediar un despedimento tácito o despedimento, aínda que fora ou debiera ser posteriormente readmitido, non podería acreditar a situación legal de desemprego nin obtido, en consecuencia, a protección por esta continxencia¹⁹; e 3) que podía suceder moi ben que o despedimento non reunise o período mínimo de cotización necesario para acceder á protección por desemprego. En suma, o risco de que se producise un impago dos salarios de tramitación era real e non constituía una mera posibilidade teórica.

Xa que non se descubría ningunha razón que xustificase suficientemente a exención da responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial en relación co pagamento dos salarios de tramitación ou deixados de percibir, debe indagarse se o novo art. 33.1 ET admitía outra interpretación distinta da exposta, que afastara a sospeita da súa incompatibilidade coas esixencias da Directiva 80/987/CEE e casara mellor co que se quería que fosen os salarios de tramitación no novo réxime ó que se lles sometía. Actuando da forma indicada, pódese chegar a advertir que subxacía neste a idea de que o despedimento que culminase ou debiera culminar coa readmisión do traballador quedaba privado retroactivamente (desde a súa data; *ex tunc*) de eficacia e, polo tanto, ó terse que entender que a execución do contrato continuou como se aquel non chegara a producirse, habería de presumirse prestada a actividade no período comprendido entre este e a readmisión²⁰. A semellante subsistencia do contrato obedecería a percepción dos salarios de tramitación («deixados de percibir», na expresión que pasaba a empregar de forma exclusiva a norma estatal), que adquirirían así a natureza de verdadeiros salarios no sentido do art. 26.1 ET posto en relación co art. 30 de igual texto legal. Avala o anterior, ademais da preocupación por despezar calquera dúbida sobre a necesidade de cotizar polos indicados salarios e de instar a alta do traballador con efectos desde a data do despedimento [novos arts. 209.5.b), parágrafo último, LXSS e 57.3 ET], o que dispoñía a nova alínea 1 do art. 56 ET, segundo o cal «o aboamento da indemnización» determinaría «a extinción do contrato de traballo», que se entendería producida «na data do cesamento efectivo no traballo», o que significa, *a sensu contrario*, que a readmisión non orixinaba semellante efecto. Unicamente o despedimento procedente e o improcedente indemnizado validaban (arts. 55.7 e 56.1 ET), no segundo caso, ó meu xuízo, indebidamente ou sen razón xurídica convincente (insisto en que o dereito pide que o despedimento

¹⁹ Cfr. *supra*, alínea III, 1, A).

²⁰ Sobre este tipo de consideracións, con recepción ampla na doutrina e xurisprudencia anterior, vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páxs. 55-60.

ilícito, sexa improcedente ou nulo, non produza, no peor dos casos, efectos *ex tunc*, senón, todo o máis, *ex nunc* e a cambio de compensar suficientemente ó traballador afectado), a extinción do contrato decidida unilateralmente pola empresa.

Seguindo polo camiño que acaba de trazarse, isto é, ó se-los salarios de tramitación verdadeiros salarios, apréciase que deixaba de ser necesaria, por declarativa, a indicación de que se consideraban incluídos como tales na cobertura que dispensa o Fondo de Garantía Salarial e que era posible postular que quedaban comprendidos dentro da referencia ó concepto de salario contida no art. 33.1 ET, coa novidade de que xa non se requiriría en todo caso, como sucedía na versión anterior do precepto²¹, a súa fixación por resolución xudicial e resultaría tamén admisible a efectuada en conciliación (administrativa ou *apud iudicem*). O debate sobre a natureza xurídica dos salarios de tramitación debía abrirse outra vez á vista dos novos elementos achegados pola reforma do réxime do despedimento que agora se comenta. Os tribunais laborais e, á fronte deles, a Sala do Social do Tribunal Supremo, responsable de impor na xurisprudencia un criterio contrario á natureza salarial dos salarios deixados de percibir co tipo de decisións que aparece, entre outras, nas súas sentencias do 14 xuño 1998²² e 28 abril e 9 decembro de 1999²³, todas dictadas en casación para a unificación de doutrina, terían unha nova e boa oportunidade de revisa-la súa posición na materia ó fio, precisamente, de determinar se debía entenderse que subsistía, na forma indicada, a responsabilidade subsidiaria do Fondo de Garantía Salarial respecto ó pagamento daqueles.

b) Alíneas 6 e 7 do artigo 55 ET. Efectos do despedimento nulo e do despedimento procedente

O efecto principal do despedimento nulo seguía sendo a readmisión do traballador, de maneira que, neste punto, ningunha novidade introduce a reforma. O art. 55.6 ET continuaba dispoñendo, igual que antes, que o despedimento nulo tería «o efecto da readmisión inmediata do traballador»; o cambio producíase en relación coa previsión da percepción dos salarios de tramitación. Se antes se indicaba unicamente que a readmisión ía acompañada do «aboamento dos salarios deixados de percibir», agora pasaba a indicarse que o traballador «terá dereito» a eles «nos termos previstos no artigo 57 desta lei», ós que logo se fará referen-

²¹ Lémbrese que se facía referencia nela ós salarios de tramitación «que no seu caso acorde a xurisdicción competente». Cfr. J. GARATE CASTRO, *op. ult. cit.*, pág. 359.

²² Ar. 8544.

²³ Ar. 4648 e 9718, respectivamente.

cia. A consecuencia de semellante remisión non era outra que a suxeición da percepción dos salarios de tramitación ás mesmas regras, con independencia da súa orixe nun despedimento nulo ou un despedimento improcedente con readmisión, o cal, en honor á verdade, era tecnicamente máis correcto.

Respecto ó despedimento procedente, seguíase establecendo que *validaría* a extinción do contrato de traballo producida con el; a diferenza radicaba en que antes se engadía que a extinción se producía «sen dereito a indemnización nin a salarios de tramitación», mentres que coa reforma agora comentada unicamente se sinalaba que a extinción era «sen dereito a indemnización». Preferiuse suprimir esa mención á falta de percepción de salarios de tramitación tendo en conta que estes aparecían agora limitados pola lei a situacións de readmisión do despedimento; senón había readmisión e, ademais, a extinción quedaba validada desde que se producira, devíña innecesaria calquera indicación de que non se tiña dereito ós salarios de tramitación ou deixados de percibir. Con todo, a modificación non deixaba de ter transcendencia na medida en que permitía deducir que non había validación da extinción cando se producise ou debiera producirse a readmisión do despedimento e que nisto residía o fundamento da percepción dos salarios «deixados de percibir» e da súa natureza salarial.

c) Alíneas 1 e 2 do artigo 56 ET. Efectos do despedimento improcedente

Ámbalas alíneas incorporaban a modificación máis importante e rexeitable das introducidas na regulación do despedimento. Ante a improcedencia do despedimento, mantíñase a opción [do empresario ou do propio despedimento, se fose traballador aforado (art. 56.4 ET, non modificado) ou tamén, aínda que non se dixera, se non o fose, cando o convenio colectivo lle atribuíse o correspondente dereito a el, entre a readmisión ou o aboamento dunha indemnización; a gran diferenza residía en que antes calquera desas alternativas ía acompañada do pagamento dos salarios de tramitación e agora estes só se concederían no caso de que se elixise a readmisión, recoñecéndose o dereito a eles, igual que no caso do despedimento nulo (art. 55.6 ET), «nos termos previstos no artigo 57 desta lei».

Con independencia do sentido da posterior opción, seguía sendo obrigado (so pena de nulidade de actuacións) que a sentenza que declarara a improcedencia do despedimento fixase xa o importe dos conceptos económicos comprendidos en cada un dos dous extremos daquela, é dicir, tanto o da indemnización como o dos salarios de tramitación que haberían de ser aboados de ser elixida pola readmisión. O que pasaba a ser art. 56.2, parágrafo último, ET, que impuña ese contido á sentenza,

acomodaba a regra equivalente que figuraba na alínea 1 da súa versión anterior á nova situación en que se deixaban de percibir os referidos salarios en caso de aparecer elixida a indemnización. Tamén se continuaba dispoñendo que a opción entre a indemnización ou a readmisión debía producirse dentro dos cinco días seguintes ó da notificación da sentenza que declarara a improcedencia do despedimento; sen embargo, igual que antes da reforma, a previsión legal dalgún modo impedía que aquela puidera igualmente realizarse no trámite de conciliación, coincidindo co recoñecemento nel da dita improcedencia.

Se se optase pola indemnización (ou só esta coubese, por ter acaecido tralo despedimento unha causa que provocara a extinción regular do contrato), esta levaba consigo, segundo determinaba o novo art. 56.1 ET, a extinción do contrato de traballo, que se entendería producida «na data do cesamento efectivo no traballo», o que xa sinala que non comparto²⁴, por considerar que o apropiado é que tales efectos se produzan *ex nunc*, desde a elección da indemnización (ou desde o acaecemento da aludida causa sobrevida de extinción). Eliminábanse entón, en coherencia, os salarios de tramitación, pero non se modificaba (á alza) o importe da indemnización, que continuaba calculándose a razón de «corenta e cinco días de salario, por ano de servizo, rateándose por meses os períodos de tempo inferiores a un ano [e] ata un máximo de corenta e dúas mensualidades» (novo art. 56.2, parágrafo segundo, ET)²⁵. En calquera caso, debe quedar claro que esa supresión da obriga de aboar os salarios de tramitación non impedía que puidera pactarse, individual ou colectivamente, o pagamento dunha cantidade equivalente a eles, pois os preceptos que establecen as consecuencias económicas de calquera tipo de despedimento son de dereito necesario relativo, polo que cabe a súa mellora por contrato de traballo ou convenio colectivo. Agora ben, de pactarse o referido pagamento, o entregado non admitiría outra consideración que a de constituír unha indemnización adicional á legal, pois coa opción pola indemnización o contrato considerábase extinguido, segundo se indicou, «na data do cesamento efectivo no traballo», regra esta que si era de dereito necesario absoluto. Ademais, non producirían os efectos en materia de Seguridade social previstos nos que eran novas alíneas 2 e 3 do art. 57 ET, reservados para os salarios de tramitación típicos, isto é, para os que debían satisfacerse cando se elixira ou debera producirse a readmisión.

²⁴ Vid. *supra*, alíneas II e III, 2, A), a), *in fine*.

²⁵ Crítico este feito *supra*, alínea II.

d) Artigo 57 ET. «Efectos da readmisión». A cuestión da responsabilidade do Estado nos casos de sentencia que declarara tardíamente a improcedencia do despedimento

Baixo a rúbrica «efectos da readmisión», o artigo agora comentado non contemplaba outra cousa que os principais (non todos) termos e consecuencias da percepción dos salarios de tramitación que operaba cando se estivese ante un despedimento nulo ou un despedimento improcedente con opción pola readmisión. Trátase, pois, dun precepto que complementaba o disposto en relación con eses salarios polos dous artigos precedentes, que, lémbrese, remítífanlles o dereito ós termos sinalados «no artigo 57 desta lei».

Establecía a alínea 1 do artigo que o importe dos referidos salarios debía ser fixado pola propia sentencia que declarase a nulidade ou improcedencia da que trouxera causa a readmisión, o cal, no suposto do despedimento improcedente, constituía unha reiteración do que se prevía no parágrafo último do tamén modificado art. 56.2 ET. Por outra parte, aínda que se indicaba que aqueles comprenderían os deixados de percibir «desde a data do despedimento ata a notificación da sentencia», debe terse en conta: 1) que o precepto se estaba referindo unicamente ós salarios deixados de percibir durante a fase de cognición, polo que habería que engadírlle-las percepcións desde a notificación da sentencia ata a readmisión froito do cumprimento voluntario do fallo²⁶ ou ata o auto que puidera declarar extinguido o contrato por incumprimento da readmisión [art. 279.2.c) LPL] ou imposibilidade de levala a efecto (art. 284 LPL). E 2) que no caso concreto podían concorrer circunstancias que diminuísen o período de percepción normalmente computable²⁷, ás que, se invocadas e probadas, tería que atender oportunamente a dita sentencia. Entre tales circunstancias figura, sen ánimo exhaustivo, a presenza dunha causa determinante da suspensión do contrato no momento do despedimento ou unha extinción sobrevida e eficaz producida por outra

²⁶ Así, expresamente, en relación co despedimento improcedente con opción patronal pola readmisión, art. 276 LPL. No caso do despedimento nulo ou improcedente con opción do traballador pola readmisión, os salarios correspondentes ó indicado período de tempo resultan garantidos (antes e durante a vixencia do réxime xurídico do despedimento instaurado coa reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002; pero tamén agora, tralos cambios introducidos pola Lei 45/2002) tanto pola facultade que ten o despedido de solicitarlle ó xuíz a adopción das medidas que lle permitan percibi-lo salario ata a readmisión (art. 280.2, en relación co art. 282, ambos da LPL) como pola aplicación analóxica do citado art. 276 LPL, que lle impón ó empresario, ó cumpra-la readmisión elixida por el en despedimento improcedente, o pagamento dos «salarios percibidos desde a fecha de notificación da sentencia ... ata aquela en que teña lugar a readmisión».

²⁷ Vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páxs. 175 e seguintes.

causa; pero tamén a percepción de ingresos por colocación noutra empresa con posterioridade a aquel. A esta última circunstancia referíase, precisamente, o parágrafo segundo do que pasou a ser novo art. 57.2 ET, que establecía, con bo criterio, que o importe deses ingresos podería descontarse do dos salarios de tramitación tanto no caso do despedimento nulo coma improcedente, algo que antes unicamente se prevía en relación co segundo [versión inicial do art. 56.1.b) ET] e suscitaba dúbidas, resoltas en sentido afirmativo pola xurisprudencia de unificación de doutrina, sobre se tamén debía aplicárselle ó primeiro. O novo precepto confirmaba ou asumía o criterio desa xurisprudencia pero non resolvía outros moitos e importantes problemas asociados á posibilidade do indicado desconto, os cales tiveron ocasión de tratar con certa extensión noutro lugar, ó que me remito²⁸, non sen advertir que non hai razón para que decaian as solucións que os tribunais laborais lles viñan aplicando. Polo que se refire ó parágrafo primeiro do art. 57.2 (efectos da percepción de prestacións por desemprego sobre os salarios de tramitación) e 57.3 (solicitude de alta con efectos desde a data do despedimento e cotización durante o período de percepción dos salarios de tramitación) remito ás observacións realizadas *supra*, alínea III, 1, A).

En nada se parecían o anterior e o novo art. 57 ET que se comenta. O anterior ocupábase de establecer un moi importante efecto sobre o que gardaba absoluto silencio o novo e que tamén regulan, con máis detalle, os artigos 116 e seguintes LPL, que é o do pagamento polo Estado dunha parte dos salarios de tramitación nos supostos de sentencia que declare de forma tardía a improcedencia do despedimento; en concreto, dispuña aquel que se a sentencia que declara tal improcedencia se tivese dictado transcorridos máis de sesenta días hábiles desde a data de presentación da demanda, o empresario podería reclamarlle ó Estado o pagamento dos salarios de tramitación que excederan deses sesenta días, así como o das correspondentes cotas de Seguridade social. Coa reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002, desapareceu do ET toda referencia sobre tan excepcional e específico suposto de responsabilidade directa do Estado, o cal podía inducir a pensar que se eliminara e só quedaba en pé a posibilidade de obter resarcimento con fundamento no disposto no art. 121 Const.²⁹, a través do recurso ó máis complexo procedemento xeral regulado nos artigos 292 e 293 LOPX, aplicable tamén, igual que antes, ó pagamento dos salarios de tramitación derivados do despedimento nulo. Sen embargo, existían razóns para considerar que a apuntada res-

²⁸ Vid. *op. últ. cit.*, páxs. 259-274, ambas incluídas.

²⁹ «Os danos causados por erro xudicial, así como os que sexan consecuencia do funcionamento anormal da Administración de Xustiza darán dereito a unha indemnización a cargo do Estado, conforme á lei».

ponsabilidade do Estado mantíñase cinxida, claro está, ó despedimento improcedente con opción pola readmisión, que era o único caso en que o dito despedimento seguía orixinando a percepción de salarios de tramitación. Á parte de que a disposición derogatoria única do Real decreto-lei 5/2002 non derogaba expresamente os artigos 116 e seguintes LPL, non se aprecia incompatibilidade entre a vixencia e aplicación deses artigos e o silencio gardado polo ET sobre a cuestión aquí contemplada, polo que tampouco se estaría no caso de ter que consideralos comprendidos na indicación de que «quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ó establecido no presente Real decreto-lei», contida naquela disposición derogatoria. Non parece que fose propósito do Goberno o ir máis lonxe da extracción da responsabilidade examinada do ámbito do ET; noutro caso, é incomprendible que non o tivese manifestado expresamente e qué motivo puidera ter para xerar incerteza ó respecto.

B) Os cambios introducidos pola Lei 45/2002

Coa entrada en vigor da Lei 45/2002 nada queda da reforma dos aspectos estrictamente laborais do despedimento realizada polo Real decreto-lei 5/2002. Vólvese a unha situación próxima á que este tiña modificado; pero non igual. En concreto, descóbreanse dous cambios substanciais: un de mellora e outro regresivo, desde o punto de vista, obviamente, da protección fronte o despedimento. Este segundo cambio, de natureza polémica, refírese á percepción dos salarios de tramitación cando o empresario recoñeza a improcedencia do despedimento e a opción entre a readmisión ou o pagamento da indemnización lle corresponda a el. Trátase dunha modificación que presenta, como o fixo o seu precedente lexislativo, importantes problemas de aplicación do precepto que a incorpora, ós que o intérprete terá que esforzarse por encontrar unha resposta satisfactoria. Podería terse aproveitado a nova reforma para introducir algunhas melloras técnicas nos preceptos restablecidos, suxeridas pola doutrina e pola súa anterior aplicación por parte dos tribunais laborais; probablemente, razóns de oportunidade aconsellaron volver, sen máis, á anterior redacción daqueles.

Non constitúe un cambio substancial o que incorpora a modificación do art. 110.1 LPL, que non fai máis que actualiza-la referencia ó precepto que regula a responsabilidade do Estado co fin do pagamento dos salarios de tramitación nos supostos de sentencia que declare tardiamente a improcedencia do despedimento. O dito precepto é hoxe, igual que desde 1995, coa promulgación do texto refundido do ET, e ata a reforma realizada polo Real decreto-lei 5/2002, o art. 57 ET.

a) A fuxida, importante, á situación anterior á entrada en vigor do Real decreto-lei 5/2002

Queda materializada a referida fuxida na modificación dos seguintes preceptos, que volven ter, exactamente, a mesma redacción que antes da reforma de maio de 2002:

1) As alíneas 6 e 7 do art. 55 ET. Pode obxectarse que non se aproveitase a ocasión para precisar, na primeira desas alíneas, que no despedimento nulo tamén é posible deducir dos salarios de tramitación («deixados de percibir») o percibido noutra ocupación encontrada polo traballador tralo seu despedimento, tanto por conta allea coma propia, así como que o traballador terá dereito, no seu caso, ademais de a aqueles, a unha indemnización polos danos causados pola lesión do dereito fundamental cunha apreciación en que se fundamente a declaración de nulidade do despedimento. Ámbolos extremos contan coa admisión, en casación para a unificación de doutrina, do Tribunal Supremo³⁰.

2) A alínea 1 do art. 56 ET, salvo no concernente á indicación, agora omitida, de que «o empresario deberá manter en alta ó traballador na Seguridade social durante o período correspondente ós salarios» de tramitación. Téñase en conta, sen embargo, que se trata dun efecto do despedimento que non é laboral, senón de Seguridade social, o que serve para xustificala supresión da súa mención no ET; ademais, tal supresión acompáñase da referencia para o dito efecto, que é común tanto ós salarios de tramitación derivados do despedimento improcedente coma nulo, na LXSS e, en concreto, nas novas alíneas 5.b), parágrafo último e 6 do seu art. 209, do que me ocupei *supra*, alínea III, 1, B). En suma, só queda afectada a situación legal do efecto.

E 3) o art. 57 ET, relativo á responsabilidade do Estado para o pagamento de salarios de tramitación nos supostos de sentencia que declare tardiamente a improcedencia do despedimento; desaparece así a incerteza sobre a subsistencia desa responsabilidade, provocada pola supresión de calquera referencia a ela no ET, levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002.

³⁰ Así, respecto ó segundo, sentencias do 12 de xuño de 2001 (Ar. 5921: non é admisible «afirmar que a única consecuencia legal do despedimento discriminatorio deba se-la readmisión e aboamento de salarios de tramitación, pois poden existir danos morais ou incluso materiais, cunha reparación que ha de ser compatible coa obriga legal de readmisión e aboamento de salarios de trámite») e do 23 de marzo de 2000 (Ar. 3121).

b) Modificacións en relación coa regulación do despedimento anterior ó Real decreto-lei 5/2002. Consideración especial do novo art. 56.2 ET e as súas consecuencias para a percepción (reducción e eventual eliminación) dos salarios de tramitación

Xa indiquei que as substanciais son dúas, das que me ocuparei aquí. A primeira delas, que constitúe unha indubidable mellora, aparece no novo art. 33.1, parágrafo segundo, ET, que despexa calquera dúbida sobre a cobertura dos salarios de tramitación por parte do Fondo de Garantía Salarial. Vólvense incluír expresamente na consideración de salario e do seu pagamento responde subsidiariamente o Fondo, o que non difire do que xa establecía o precepto antes da súa reforma polo Real decreto-lei 5/2002. O cambio e mellora reside en que agora dispónse que a inclusión daqueles ten lugar «nos supostos en que legalmente procedan», cando antes aparecía referida ós que «no seu caso» acordase «a xurisdicción competente», o que facía necesario, para o seu aseguramento polo Fondo, que figurasen fixados por resolución xudicial. Coa nova redacción, non ofrece dúbida que o aseguramento se estende tanto ós salarios de tramitación recoñecidos por resolución xudicial (sentencia ou auto) coma ós acordados en conciliación (extraxudicial ou *apud iudicem*), o que, dito sexa de paso, contribúe á promoción dos medios de solución extraxudicial de conflitos individuais, entre eles, de modo especial, os que teñen a súa orixe e fonte de regulación na autonomía colectiva. Polo demais, a indicación de que o Fondo de Garantía Salarial cobre o pagamento dos salarios de tramitación «nos supostos en que *legalmente* procedan» expulsa do aseguramento os salarios de tramitación cunha percepción total ou parcial, non prevista pola norma estatal, que traia causa dun pacto ou acordo entre a empresa e o despedido, como pode suceder en certas relacións laborais de carácter especial (por exemplo, despedimento improcedente de deportistas profesionais e do persoal de alta dirección)³¹.

Polo que respecta á segunda e última das apuntadas modificacións, está constituída polo disposto no novo art. 56.2 ET, que é un precepto cun contido que, aínda que se sitúa no mesmo camiño ou obedece a igual propósito que o que tiña antes da súa radical reforma polo Real decreto-lei 5/2002³², vai máis alá e permite, non só unha reducción da carga patro-

³¹ Sobre o particular, vid. J. GÁRATE CASTRO, *op. ult. cit.*, páxs. 43 e seguintes.

³² Sobre este contido, precedente do que ten agora o precepto, vid. J. GÁRATE CASTRO: «Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56, núm. 2, del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores», no volume J. GÁRATE CASTRO, coordinador, *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela*, Departamento de Dereito Mercantil e do Traballo da Universidade de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 1997), páxs. 367 e seguintes.

nal por salarios de tramitación nos supostos de despedimento improcedente, como sucedía ata esa reforma, senón, incluso, que poida darse o caso de que estes non cheguen a percibirse. Pero non acaban aí as diferencias, pois a estrutura, o contido e os problemas do novo precepto resultan máis complexos. En efecto, ocupa o novo art. 56.2 ET, en primeiro lugar, a diferenza da súa versión anterior ó Real decreto-lei 5/2002, de establecer unha regra especial sobre cando se deberá considerar producida a extinción do contrato no suposto dun despedimento improcedente en que a opción entre a readmisión ou o aboamento da indemnización lle pertenza ó empresario. De estar ante o expresado suposto, dispón aquel que «o contrato de traballo se entenderá extinguido na data do despedimento, cando o empresario recoñecera a súa improcedencia e ofrecese a indemnización prevista no parágrafo a) da alínea anterior [a de corenta e cinco días de salario por ano de servicio], depositándoa no Xulgado do Social a disposición do traballador e poñéndoo en coñecemento deste» (parágrafo primeiro)³³; semellante recoñecemento da improcedencia prevese (parágrafo último) que «poderá ser realizado polo empresario desde a data do despedimento ata a da conciliación» (propriadamente, do acto de conciliación). Tras situarse a extinción do contrato no indicado momento, o efecto ligado a isto, obxecto da segunda regra que proporciona o precepto, contida no seu parágrafo segundo, ten que ver coa percepción dos salarios de tramitación: tanto se o traballador acepta o ofrecemento («cando o traballador acepte a indemnización», son os termos empregados) como se o rexeita e impugna o despedimento, obtendo unha sentenza confirmatoria da improcedencia admitida no seu momento pola empresa (en termos do precepto, «cando non a acepte e o despedimento sexa declarado improcedente»), «a cantidade a que se refire o parágrafo b) da alínea anterior [a relativa ós «salarios deixados de percibir»] quedará limitada ós salarios percibidos desde a data do despedimento ata a do depósito, salvo cando o depósito se realice nas corenta e oito horas seguintes ó despedimento, caso en que non se percibirá ningunha cantidade» ou, se se prefire, non existirá dereito a salarios de tramitación.

³³ ¿Significa isto, *a sensu contrario*, que nos supostos de despedimentos improcedentes nos que non concorran as circunstancias mencionadas e nos de despedimentos nulos o contrato non se considera extinguido na data de efectividade do despedimento? Temos aquí unha previsión legal o suficientemente relevante como para que os tribunais laborais, comezando polo propio Tribunal Supremo, e algúns autores deban volver sobre a súa posición contraria e revisala ou manifestar, se entenden que han de mantela, os motivos que a xustifican a partir da reforma agora comentada. Dito sexa de paso, a indicada previsión legal amosa que non pode darse por pechada a cuestión, en extremo polémica, da natureza de salarios ou de indemnización que lles corresponde ós salarios de tramitación ¿Cando vai toma-lo lexislador unha posición clara e coherente ó respecto, que poña fin á dita polémica?

Estase ante un precepto que tende a facilita-lo despedimento mediante o abaratamento dos seus custos económicos, polo que pode afirmarse que responde ó proceso de flexibilización que xa indiquei que domina o réxime xurídico daquel. Ese abaratamento de custos favorece directamente ó empresario e, indirectamente, ó Estado, cando medie impugnación xudicial do despedimento e proceda a aplicación do precepto, pois non haberá entón salarios de tramitación dos que deba responder en caso de sentenza que declare tardiamente a improcedencia do despedimento. En calquera caso, descóbrese no novo art. 56.2 ET outra finalidade non menos relevante, que é a de evita-la situación abusiva que constitúe o feito de que o traballador acuda ó proceso co único obxecto de obter, nun período de tempo no que non cabe prestación de servizos, unha maior cantidade en concepto de salarios de tramitación, algo que os tribunais laborais deben procurar corrixir con ou sen unha previsión legal expresa como a que agora se comenta. Tal previsión, por descontado, proporciona seguridade xurídica e a base para unha actuación uniforme por parte daqueles, que haberán de decidi-la posible inexistencia ou limitación da prestación dos salarios de tramitación de acordo coas pautas que proporciona o precepto. Pero, aínda que se pretende disuadir do emprego innecesario e abusivo do proceso, o dereito á tutela xudicial efectiva existe que só caiba a aplicación do art. 56.2 ET ante un emprego do proceso que presente as características indicadas; se estas non aparecen claras e o uso do proceso se presenta razoable, a salvagarda do dereito á tutela xudicial efectiva pide, por riba de calquera interpretación literal do art. 56.2 ET, que o despedido que refai o ofrecemento patronal e impugne o seu despedimento poida obter unha sentenza que conceda os salarios de tramitación como se tal ofrecemento non se tivese producido. Por restrinxir dereitos (do traballador), o precepto comentado debe ser interpretado restrictivamente, na forma que permita mellor a conservación destes.

Ó meu xuízo, unha vez que concorran as circunstancias necesarias que contempla o parágrafo primeiro do art. 56.2 ET para que deba entenderse, *ope legis*, que a extinción do contrato se produciu na data de efectividade do despedimento³⁴, o parágrafo segundo daquel tería que ter disposto a inexistencia, en tódolos casos, de calquera percepción en concepto de salarios de tramitación ou «deixados de percibir». Tal coherencia plena entre os dous parágrafos non existe, pois a posibilidade de que non se perciban salarios de tramitación circunscríbese, no segundo, ó suposto en que o depósito ó que se refire o primeiro «se realice nas co-

³⁴ Pode verse nisto un vestixio do que dispuña o art. 56.1 ET, na súa redacción dada polo Real decreto-lei 5/2002 («o aboamento da indemnización determinará a extinción do contrato de traballo, que se entenderá producida na data do cesamento efectivo no traballo»).

renta e oito horas seguintes ó despedimento», de modo que, de non ser así, rexerá a regra establecida en primeiro lugar, como xeral, segundo a cal o traballador terá dereito ós salarios de tramitación correspondentes ó período comprendido entre a data do despedimento e a do depósito ó que se vén facendo referencia. Non é correcto ou coherente dispor que o contrato se considere extinguido na data do despedimento e, a pesar disto, poidan percibirse «salarios deixados de percibir». Esa incoherencia ou contradicción que se aprecia no art. 56.2 ET, xunto con outros problemas que suscita o precepto, debería conduci-la súa reforma, en termos iguais ou similares ós seguintes:

«No suposto de que a opción entre readmisión ou indemnización lle pertenza ó empresario, o contrato de traballo entenderase extinguido na data do despedimento cando aquel recoñecera a improcedencia deste e ofrecese a indemnización prevista no parágrafo a) da alínea anterior, depositándoa no Xulgado do Social no prazo das corenta e oito horas seguintes ó despedimento, a disposición do traballador e poñéndoo no seu coñecemento, a máis tardar, o día seguinte ó do depósito. En tal caso, cando o traballador acepte a indemnización ou cando non a acepte e o despedimento sexa declarado improcedente, non se percibirá ningunha cantidade polo concepto indicado no parágrafo b) da alínea anterior.

No mesmo suposto de opción, recoñecemento de improcedencia e oferta, se o depósito se efectuase a partir das corenta e oito horas seguintes ó despedimento, deberá comprender tamén o importe correspondente ós salarios deixados de percibir reportados ata a data en que teña lugar, ata a cal non se entenderá entón extinguido o contrato de traballo. En tal caso, cando o traballador acepte a oferta patronal ou cando non a acepte e o despedimento sexa declarado improcedente, a cantidade a que se refire o parágrafo b) da alínea anterior quedará limitada ós referidos salarios. O depósito deberá realizarse e poñerse en coñecemento do traballador antes dos vinte días hábiles seguintes ó do despedimento.

Para os efectos do disposto na presente alínea, o recoñecemento da improcedencia poderá ser realizado polo empresario desde a data do despedimento ata a da conciliación previa ó proceso».

Repárese en que coa proposta de reforma que acabo de realizar, resólvense, polo menos, outros tres dos graves problemas que presenta a actual redacción do precepto, dos que dou conta a continuación.

Un deses problemas é o da conciliación (propriadamente, acto de conciliación) á que se está referindo o ET, ata a cal o empresario pode recoñece-la improcedencia do despedimento (e, aínda que non se diga, ofrece-lo pagamento da indemnización e, no seu caso, como logo indicarei, tamén o dos salarios de tramitación que procedan). A referencia á «conciliación», sen máis, fai xurdi-la dúbida de se esta é a preprocesual regulada nos arts. 63 e seguintes LPL, ou a *apud iudicem*, contemplada no art. 84 de igual texto legal, a cal pode ter lugar, incluso, con posteriori-

dade á apertura do xuízo («en calquera momento antes de dictar sentenza»). Na miña proposta, feita desde a óptica de que un precepto restrictivo de dereitos debe ser interpretado restrictivamente e de que o art. 56.2 ET pretende evita-lo proceso, a dita conciliación é a previa á presentación da demanda e, polo tanto, ó inicio do proceso, isto é, a regulada nos arts. 63 e seguintes LPL; se a empresa a deixase pasar sen realiza-lo recoñecemento da improcedencia do despedimento, os salarios de tramitación non poderán xa quedar afectados pola limitación examinada. O tempo que media entre o despedimento e a realización do acto de conciliación preprocesual é máis que suficiente para que a empresa poida adoptar unha decisión segura sobre se lle convén ou non actuar no sentido que permita a aplicación do art. 56.2 ET. Recoñezo, sen embargo, que a omisión de calquera precisión ó respecto por parte do art. 56.2 ET podería chegar a estimarse razón suficiente (onde a lei non distingue non debemos distinguir) para admitir que o recoñecemento da improcedencia do despedimento e o ofrecemento da indemnización e, no seu caso, dos salarios de tramitación percibidos poida ter lugar ata a conciliación *apud iudicem* (e formar parte, que sería mellor, dos termos dunha avinza nela), algo que, polo demais, hai que pensar que intentará evita-la empresa, pois canto máis demore o recoñecemento e o ofrecemento de que se trata (e, polo tanto, tamén o depósito das cantidades que este debe incluír), maior será a carga por salarios de tramitación que haberá de soportar, polo que o normal será que anticipe aqueles todo o que poida e, se non os realiza nas corenta e oito horas seguintes ó despedimento, xunto co correspondente depósito (o que evita, como indiquei, calquera percepción de salarios de tramitación), procurará levalos a cabo sen esperar ata o último momento, que é, precisamente, o da conciliación *apud iudicem*.

O segundo dos aludidos problemas é o dos conceptos ós que debe entenderse o depósito. Está claro que se este se realiza dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento unicamente incluírá o importe da indemnización contemplada no parágrafo a) do art. 56.1 ET. Agora ben, se se realiza con posterioridade e, polo tanto, se perciban xa salarios de tramitación ata que teña lugar, xorde a dúbida de se os termos do parágrafo primeiro do art. 56.2 ET, que unicamente fan referencia á mencionada indemnización, conducen a considerar suficiente o ofrecemento e o depósito que tamén se limite a esta. Certamente, choca cos principios que rexen o pagamento das obrigas o entender que o traballador deba aceptar unha proposta que non cubra a totalidade do seu crédito fronte a quen a fai³⁵; pero, ademais, carece de sentido que un precepto que ten

³⁵ Sendo obrigado o pagamento dos salarios deixados de percibir e líquida a débeda por eles, igual que a correspondente á indemnización do art. 56.1.a) ET, non

entre os seus fins o evita-lo proceso obrigue a seguilo co único obxecto de obte-los salarios deixados de percibir e percibidos ata o depósito que se contempla e sobre o pagamento que o debedor (a empresa) gardara silencio ou, incluso, ata puidera poñer de relevo a súa negativa a efectualo. Así mesmo, sendo outro dos fins do art. 56.2 ET a redución da carga por salarios de tramitación, non parece lóxico que o empresario, favorecido directamente pola medida, non teña que realizar ningún ofrecemento en relación con eles, máxime se se repara en que tales salarios son inherentes ó propio recoñecemento da improcedencia do despedimento con posterioridade ás corenta e oito horas seguintes á súa data, nacendo dunha imposición do precepto comentado e non dun pacto entre as partes. Por todo isto, unha interpretación do art. 56.2 ET efectuada en relación co contexto, o seu antecedente lexislativo³⁶ e o seu espírito e finalidade levan a concluír, como fixeron os tribunais laborais en relación con ese antecedente³⁷, que o ofrecido pola empresa e o que debe cubri-lo depósito que realice ha de se-lo cumprimento íntegro da súa obriga derivada do recoñecemento da improcedencia do despedimento; isto é, tanto o pagamento da indemnización coma o dos salarios deixados de percibir reportados ata o momento do dito depósito.

En fin, o terceiro dos problemas vén definido pola incerteza e inseguridade que pode chegar a xerar para o traballador, sobre todo en relación co exercicio da acción contra o despedimento, sometida a un breve prazo de caducidade, non suspendido pola oferta patronal e durante o período que media entre ela e o depósito ou a comunicación da súa realización, o que non figure ningunha determinación de ata qué momento pode realizarse e cándo debe comunicarse o depósito posterior ás corenta e oito horas seguintes ó despedimento. Aínda que o art. 56.2 ET garda silencio sobre ámbolos aspectos e por moito que a demora no depósito non faga máis que agrava-la situación da empresa respecto á carga por salarios de tramitación, paréceme oportuno traer novamente a colación que aquel precepto pretende evita-lo proceso; así as cousas, xulgo razoable propor que exista unha data tope xeral para efectua-lo depósito (podería exceptuarse da súa aplicación o caso en que a oferta da empresa e a aceptación

pode compelerse ó acreedor (o traballador) «a recibir parcialmente as prestacións en que consista a obriga» (art. 1169 Código civil), nin pode entenderse pagada a débeda (ou ofrecido o seu pagamento) «senón cando completamente se entregase [ou ofrese] a cousa ... en que a obriga consistía» (art. 1157 Código civil).

³⁶ Representado polo contido que tiña o precepto antes da reforma levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002.

³⁷ Incluso o Tribunal Supremo, en casación para a unificación de doutrina [entre outras, sentencias do 4 de marzo de 1997 (Ar. 3039) e 27 de abril e 29 de decembro de 1998 (Ar. 3869 e 452)].

do traballador figurasen nun acordo conseguido en conciliación, executable como se dunha sentenza se tratase) e que esta sexa a sinalada na proposta de reforma do precepto que formulei, anterior ó esgotamento do prazo de caducidade da acción de impugnación do despedimento. Así mesmo, parécese que é oportuno esixir, para evitar que posibles atrasos inxustificadas na comunicación do depósito poidan chegar a prexudica-lo traballador, que o efectuado dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento teña que poñerse en coñecemento daquel de modo inmediato. Habería entón que determina-las consecuencias que debería produci-la inobservancia de tal esixencia.

Á parte das anteriores, o novo art. 56.2 ET presenta outras moitas cuestións, das que dou conta, sen ánimo exhaustivo, na exposición que segue:

1) Suscita certa dúbida que as administracións públicas poidan facer uso do disposto no precepto. A dúbida xorde a consecuencia da indicación deste segundo a que «o recoñecemento da improcedencia poderá ser realizado polo empresario desde a data do despedimento ata a da conciliación», intento que, tratándose da preprocesual, se exclúe, como se sabe, cando o empresario resulta ser unha administración pública, pois o que debe mediar entón é unha *reclamación administrativa previa* (art. 69 LPL), que poderá ou non ser contestada por aquela. En calquera caso, debería mediar unha indicación legal expresa que elimine a dúbida aquí exposta; doutro lado, é evidente a imposibilidade material de que unha Administración pública poida sortealos controis internos que permitan realiza-lo depósito da indemnización dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento.

2) É presuposto para a aplicación do disposto no art. 56.2 ET que o empresario realice o *depósito xudicial* da cantidade ofertada, o cal tende a garantir ou asegura-la percepción desta polo despedimento, máxime cando a aceptación da oferta patronal por parte do traballador non figure seguida da simultánea entrega da cantidade ofertada e aceptada e non se inclúa nun acordo de conciliación (preprocesual ou *apud iudicem*) susceptible de levarse a efecto polos trámites de execución de sentenza. Pero, ademais, tamén é preciso que o empresario, en declaración *recepticia*: a) recoñecese a improcedencia do despedimento e ofrecese o pagamento da indemnización e, no seu caso, como xa advertín, tamén dos salarios de tramitación percibidos ata o depósito; e b) dese a coñece-la realización deste. Non basta, pois, co depósito nin, moito menos, co mero anuncio da disposición a realizalo. Para os efectos indicados, non equivale a recoñecemento da improcedencia do despedimento o postular que, aínda que non se produciu este, senón outra causa extintiva, ofrécese as mesmas cantidades que terían correspondido de ter existido. Polo que respecta ó indicado ofrecemento, debe ser actual e efec-

tivo, non vinculando ó traballador o que consista na mera promesa de pagamento dunha cantidade ou nun compromiso de futuro pagamento, sen concreción de importe que se deba satisfacer. Ha de tratarse dun ofrecemento de pagamento incondicional, efectuado en termos tales que o acredor non teña razón para o seu rexeitamento³⁸; só así permitirá, ante este, que o depósito/consignación da cantidade ofertada sexa hábil para desencadea-lo efecto liberatorio previsto no precepto. O anterior require: *a)* a correcta cuantificación dos conceptos ós que debe estenderse o pagamento, directamente ou, polo menos, mediante a precisión dos elementos de cálculo necesarios que lle permitan ó traballador coñecer, sen maior dificultade, o importe que se lle ofrece e se o mesmo é correcto. *b)* Segundo se anticipou, a comunicación ó despedido de que o dito importe se depositou xudicialmente e queda á súa disposición, o que debe ter lugar tivese ou non aceptado xa o ofrecemento feito, salvo, parece, que se tivese acordado prescindir do depósito por ir acompañada a aceptación do dito ofrecemento da entrega efectiva da cantidade ofertada. Se esa comunicación ó interesado, que constitúe un requisito para a efectividade do depósito ou consignación (art. 1178, parágrafo segundo, Código civil), non chegara ó seu coñecemento e mediara impugnación do despedido, a sentenza haberá de condenar ó pagamento dos salarios de tramitación sen aplica-la restricción que ó respecto establece o art. 56.2 ET. E *c)* que o depósito xudicial comprenda o ingreso efectivo da cantidade ofertada, non sendo suficiente, pois, coa substitución dese ingreso por un mero aseguramento do pagamento.

3) A xeral necesidade do depósito efectivo da cantidade ofertada é clara, sobre todo, se se repara en que non é requisito para a aplicación do precepto o que a oferta e a aceptación da dita cantidade forme parte dun acordo conseguido en conciliación e, por isto, susceptible de levarse para o efecto polos trámites de execución de sentenza³⁹. Nin que dicir ten que o traballador, salvo que teña manifestado a súa aceptación e esta se integre nun acordo como o sinalado, haberá de estar moi atento, para non prexudica-lo seu dereito a impugna-lo despedido e cando ten intención de aceptar *apud iudicem* ou xa aceptou extraxudicialmente a oferta patronal, pero non recibiu aínda a cantidade ofertada, por terse acordado o seu depósito, a que a data deste, non suxeita pola lei a termo algún, non exceda, en ningún caso, do prazo de caducidade para o exercicio da acción contra o despedido, que non se ve afectado polo feito de existir unha oferta patronal como a que contempla o art. 56.2 ET, que, volvo a recordalo aquí, non provoca a suspensión daquel mentres non se

³⁸ Cfr. art. 1176, parágrafo primeiro, Código civil.

³⁹ Cfr. arts. 68 e 84.4 LPL.

efectúe o depósito. Tal prazo segue sendo o dos vinte días hábiles computados desde o seguinte ó da efectividade do despedimento (art. 59.3 ET); por isto, calquera manifestación da empresa sobre a súa intención de realiza-lo depósito non debe conducir a que o traballador deixe esgotar aquel á espera de que o dito depósito se produza con posterioridade, pois, se finalmente non ten lugar, podería intentar obter as cantidades ofertadas, con maiores ou menores dificultades, sobre todo de proba (dependendo da documentación da oferta e da aceptación), por outra vía distinta á do proceso de despedimento, pero non a través deste, por caducidade da correspondente acción.

4) Unha vez que o despedido teña coñecemento do depósito e de que o importe a que ascende «está á súa disposición», isto non significa que poida xa, sen máis, retirar ou obter-lo dito importe. Para isto é preciso que medie a súa aceptación *apud iudicem* do depósito e, polo tanto, da oferta patronal. Se aínda non manifestase nada sobre esta ou se a tivese rexeitado anteriormente, ten agora unha nova oportunidade de aceptala, quizais, por exemplo, porque co depósito desapareceran as dúbidas que tiña sobre a seriedade da oferta e a efectividade do pagamento. Pero pode tamén ocorrer que aceptara no seu momento a dita oferta á marxe dun acordo de conciliación e que agora, tralo depósito, non se mostre conforme con este e deixe sen efecto a súa aceptación previa, condicionada ós termos do depósito posterior. Efectuado o depósito, mentres non se produza a aceptación contemplada, o empresario pode retirar-lo seu ofrecemento e reclama-la devolución da cantidade depositada⁴⁰, aínda que isto, como é obvio, implicará que a súa obriga para o pagamento dos salarios de tramitación non poida verse modificada polo disposto no art. 56.2 ET. Entre as causas que poden conducir a que a empresa decida o retiro da súa oferta figura o seu convencemento da caducidade da acción de despedimento, a cal, de confirmarse xudicialmente, liberaría o de toda responsabilidade relacionada con este e a que puidera se-la súa cualificación [relaciónese isto co exposto no punto 3) anterior].

5) O ofrecido pola empresa está vinculado á consecución da súa aceptación polo traballador, polo que, no alcanzada esta, ningún compromiso ten aquela co fin do mantemento do que se mostrase disposta a admitir para obter un acordo; postula-lo contrario equivale a descoñecerlo equilibrio interno, ás veces delicado, ó que responde calquera oferta transaccional. O anterior conduce a postular que o contido da oferta patronal que aquí se examina non condiciona o obxecto do proceso, o que permite que se poida defender neste a procedencia do despedimento ou calquera outra posición distinta da do mantemento da súa improceden-

⁴⁰ Cfr. art. 1180, parágrafo segundo, Código civil.

cia (inexistencia de relación laboral ou de despedimento, nulidade do contrato de traballo, caducidade da acción, etc.). A improcedencia do despedimento que a empresa se mostra disposta a aceptar prodúcese nun contexto tendente a alcanzar un acordo, polo que non é equiparable a unha alleación nin vincula ó xulgador, que é a quen lle compete efectuar, de acordo coas normas aplicables, a cualificación xurídica dos feitos axuizados (no noso caso, si existe un despedimento e se este é procedente, improcedente ou nulo), con independencia das observacións que as partes puidesen realizar ó respecto.

6) Para que o depósito xudicial impida a percepción de salarios de tramitación debe ter lugar, segundo prescribe o propio art. 56.2 ET, dentro das corenta e oito horas seguintes ó despedimento, as cales, non indicándose o contrario, ha de entenderse que corresponden a días hábiles⁴¹. Tal prazo é *perentorio e improrrogable*, de onde o depósito efectuado tralo seu esgotamento xera xa, ata a súa data, a percepción daqueles. De existir na circunscrición territorial máis dun Xulgado do Social, a empresa, con carácter xeral, poderá realiza-lo depósito no Xulgado Decano. Por suposto, esta regra vale tamén para o depósito realizado máis alá das corenta e oito horas seguintes ó despedimento. En calquera caso, deberían darse canto antes (¿polo Consello Xeral do Poder Xudicial?) as instrucións necesarias para a tramitación deste tipo de depósitos, con indicación dos pasos que deben segui-la empresa e o traballador, así como das actuacións que debe desprega-lo órgano xurisdiccional.

7) Pode presentar controversia a determinación de cando a discrepancia do traballador respecto ó cálculo da cantidade ofrecida será suficiente para xustifica-lo rexeitamento desta e que o seu posterior depósito xudicial non sirva para acurtar ou elimina-la percepción de salarios deixados de percibir. Non hai razón para entender que a cuestión non poida te-la mesma solución que a que mereceu con ocasión da aplicación do disposto na versión do art. 56.2 ET anterior ó Real decreto-lei 5/2002. Partindo de que o ofrecemento patronal debe estenderse, insisto, á indemnización e, no seu caso, tamén ós salarios de tramitación percibidos ata o depósito, aquel non pode ser arbitrario ou de calquera suma. A cantidade ofrecida ha de se-lo resultado de aplica-la base salarial e os factores temporais apropiados, debéndose concretar, ademais, debidamente separados, qué cantidade corresponde á indemnización e cál ós salarios deixados de percibir, cando procedan. A falta da apuntada separación, así como o desacerto total ou parcial en canto ós parámetros de cálculo manexados pola empresa para fixa-la suma ofertada (salario regulador ou conceptos

⁴¹ Tería sido mellor facer referencia ós dous días hábiles seguintes ó despedimento.

que deben integralo, antigüidade do despedido), de confirmarse posteriormente pola sentenza, conducirá a que a condena ó pagamento dos salarios de tramitación se realice como se non tivese lugar o ofrecemento patronal salvo, acaso, aqueles supostos en que se aprecie un erro escusable, que non evidencie mala fe por parte da empresa⁴², aínda que, ó meu xuízo, nin sequera tal tipo de erro debería admitirse como excepción á inaplicación do actual art. 56.2 ET, polas razóns que tiven ocasión de expoñer en relación coa redacción deste precepto anterior ó Real decreto-lei 5/2002, ás que me remito⁴³.

8) O rexeitamento xustificando da oferta patronal non se circunscribe á situación anterior, así como á xa indicada dun depósito que non implique o ingreso efectivo da cantidade ofrecida. Tamén pode provocar aquel rexeitamento a crenza do traballador de que lle corresponde a el, por disposición legal ou convencional, a opción entre a readmisión ou o pagamento da indemnización; ou de que a cualificación que merece o despedimento é a de nulo e non a de improcedente. Por suposto, o recoñecemento xudicial dunha ou outra cousa debe determina-la inaplicación do art. 56.2 ET. Máis problemas presenta o resolver se esa inaplicación pode ser posible a pesar de que a nulidade ou a perseguida atribución da opción non teñan sido confirmadas pola sentenza. Unha resposta negativa, sen maiores matizacións, pode ser apropiada para certos casos, quizais a maioría, onde o pretendido polo traballador se mostre inconsistente ou falto de todo fundamento; pero non creo que se axuste ben ás esixencias do dereito á tutela xudicial efectiva o descartar, *a priori*, a solución contraria se se descubren na posición do traballador motivos bastantes para facer *razoable* a súa defensa no proceso. Non se trata de deixar en mans do traballador a posibilidade de facer inaplicable o art. 56.2 ET

⁴² O novo art. 56.2 ET pode, quizais, reabri-la polémica, suscitada por esa redacción, sobre se o rexeitamento do efecto que prevé ha de depender da valoración das circunstancias que definan en cada caso o erro da empresa. Como se sabe, a xurisprudencia que fixou o alcance do disposto polo art. 56.2 ET antes da súa reforma polo Real decreto-lei 5/2002 entrou en se a motivación do cálculo da suma ofertada pola empresa evidenciaba ou non o propósito serio de cumprir de modo axustado á cantidade ou importe que legalmente procedese, de forma que, apreciado só un mero desacerto no momento do cumprimento por erro material ou aritmético de escasa contía ou por discrepancia xurídica razoable sobre os elementos necesarios para o cálculo (salario regulador ou conceptos comprendidos nel, antigüidade do despedido), isto é, un erro escusable, que eximise toda sospeita de conducta abusiva, de mala fe ou fraudulenta por parte da empresa, descubriase razón suficiente para concluír que o correspondente ofrecemento patronal seguía sendo eficaz para afecta-la percepción dos salarios de tramitación [así, entre outras, sentencias TS do 24 de abril de 2000 (AS 4795) e 11 de novembro de 1998 (AS 9627)].

⁴³ «Notas sobre a redución do período de percepción de salarios de tramitación...», cit., páxs. 379-381.

a través da mera solicitude de que se declare a nulidade do despedimento ou de que se lle atribúa o dereito de opción; semellante inaplicación haberá de quedar limitada ós casos excepcionais, nos que xudicialmente se considere que a pretensión daquel é razoable e conta con fundamento a pesar de non poder admitirse. Tales casos operarían como excepción á regra xeral, que é a redución ou eliminación do período de percepción de salarios de tramitación.

C) *Despedimentos afectados por ámbalas reformas*


Desde o punto de vista *temporal*, a reforma do despedimento levada a cabo polo Real decreto-lei 5/2002 alcanza só ó producido a partir da entrada en vigor deste texto legal, isto é, desde o 26 de maio de 2002 (disposición transitoria primeira en relación coa disposición final segunda, dous, Real decreto-lei 5/2002). As extincións de contratos de traballo producidas con anterioridade á expresada data continuaron rexéndose, «no que se refire ós seus aspectos substantivo e procesual, polas disposicións vixentes na data en que tiveran lugar as ditas extincións» (disposición transitoria primeira, cit.), o cal comprendía, sen dúbida, se se entende que o Fondo de Garantía Salarial deixaba de ser, en diante, responsable do pagamento dos salarios de tramitación, a subsistencia da súa obriga de abonalos de acordo co disposto no anterior parágrafo segundo do art. 33.1 ET. Para tales efectos, a data que se debe ter en conta para determina-la expresada subsistencia era, por se-la responsabilidade do Fondo, sen dúbida, un aspecto máis do despedimento, a deste, non a posterior en que se constituíse o título (resolución xudicial declarando a insolvencia do obrigado ó pagamento dos salarios de tramitación) en que aparece sustentada a solicitude da asunción da responsabilidade por parte do Fondo. Polo que respecta á reforma que introduce a Lei 45/2002, esta aféctalles tamén unicamente ós despedimentos producidos a partir da entrada en vigor desta (disposición transitoria primeira), producida o 14 de decembro de 2002 (disposición final primeira, dous).

Desde unha perspectiva material, resulta afectado de modo inmediato polas dúas reformas calquera tipo de despedimento; isto é:

1) O *despedimento disciplinario*, sobre o que versan directamente as dúas sucesivas modificacións sufridas polos artigos 55, 56 e 57 ET.

2) O *despedimento por causas obxectivas*, en virtude da remisión dos efectos da súa cualificación a «os indicados para o despedimento disciplinario» (art. 53.5 ET; termos similares no art. 123.2 LPL). Ó despedimento obxectivo impropio alcanza, pois, coa reforma realizada pola Lei 45/2002, as consecuencias co fin da percepción de salarios de tramitación previstas no vixente art. 56.2 ET; igualmente, alcanzábao, coa primeira das reformas, a completa supresión desa percepción en caso de opción pola indemnización.

3) Os *despedimentos colectivos nulos*, en virtude da remisión que fai o art. 124 LPL ó 113.

E 4) calquera outra extinción por vontade unilateral do empresario á que os tribunais (e a doutrina) veñen aplicando, a falta de expresas previsións legais sobre a súa impugnación baseada na discusión da concorrencia da causa extintiva invocada por aquel, o réxime inicialmente establecido para o despedimento disciplinario. Se se considera que un importante número de despedimentos improcedentes afectan a contratos de traballo de duración determinada e teñen a súa orixe no feito de non ser admisible a eficacia da chegada do termo invocada como causa de extinción, é fácil adverti-lo beneficio que experimentaba o empresario que na situación exposta optase, baixo a vixencia da primeira das reformas, pola indemnización. A supresión da percepción dos salarios de tramitación facilitáballo economicamente a extinción. Para esas extincións asimiladas ó despedimento rexen tamén as previsións do vixente art. 56.2 ET. 

A PROBA DO COSTUME NO NOSO ORDENAMENTO XURÍDICO

José María Pena López

Decano da Facultade de Dereito
da Universidade da Coruña

Antes de entrar na análise do tema obxecto de estudio: a proba do costume; vou expoñer, a modo de introducción, a normativa aplicable a este punto:

Art. 1º do Código Civil: «1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho [...]

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada [...]

7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Art. 2º da Compilación de Aragón: «Los tribunales apreciarán la existencia de una costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes».

Ley 3ª da Compilación Navarra: «La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada».

Art. 1º aptdo. 2 da Lei de Dereito Civil Foral do País Vasco: «La costumbre que no sea notoria deberá ser probada».

Art. 2 aptdo. 1 da Lei de Dereito Civil de Galicia: «Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

Arts. 281 e 282 da Lei de axuizamento civil:

«Capítulo V
De la prueba: disposiciones generales

Sección 1ª

Del objeto necesidad e iniciativa de la prueba

Art. 281. Objeto y necesidad de la prueba

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

2. También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Art.282. Iniciativa de la actividad probatoria.

Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

O costume, de acordo co brocardo xurídico «*da mihi factum dabo tibi ius*», ó constituír unha norma xurídica, non tería que ser probada, por quen a alegase, para que puidese ser aplicada polo órgano xurisdiccional correspondente.

Mentres a antiga LAC gardaba silencio sobre a proba do costume. É, sen embargo, como acabamos de ver, o noso CC, no título preliminar reformado, o que prescribe, no seu art. 1º.3, que o costume «regirá [...] siempre que resulte probada [...]».

Na nosa doutrina, tanto procesualista como civilista, discútense o alcance desta esixencia de proba contida no CC reformado, perpetuando así un debate multiseccular.

En xeral, enténdese, tanto pola doutrina civilista coma pola xurisprudencia, que a prescrición, do art. 1º.3 do CC constituía, seguindo a orientación anterior dunha e outra, unha mera tradución do principio dispositivo ó campo do costume; de maneira que o órgano xurisdiccional correspondente non podería tela en conta se o costume non fose probado polas partes ás que lles interesara a súa aplicación¹.

¹ Séguese, así, o criterio sentado por DE CASTRO, antes de reformarse o título preliminar do CC, de que: «*Mientras los jueces deben de conocer las leyes [...] como fundamento que son del Estado, no existe igual obligación respecto del Derecho consuetudinario;*

Postura esta que funde as súas raíces na glosa, ó considerar que: «*ius non scriptum pendet ex facto; factum est necesse probari*», a excepción do caso de notoriedade². Como se ve, esta posición parte da orixe e conservación de natureza fáctica do costume, para sometela, no concernente ó réxime da proba, ó correspondente ós feitos, dominado, como se sabe, polo principio dispositivo.

Outra parte, menos ampla, daquela doutrina (liderada por De Diego e Ferrara, en España e Italia respectivamente; e, xa, no ámbito procesualista español, secundado pola maioría desta doutrina, por Alcalá Zamora seguindo ó pandectista Puchta, que obedecía, parangonando o costume

*derogadas las antiguas costumbres, reducido su ámbito a la costumbre local y el uso, ha perdido valor jerárquico-normativo, está más cerca del privilegio local o profesional que de la ley y su aplicación se deja a la libre iniciativa de los interesados»; «La costumbre es norma de significado secundario [...] se le ha suprimido toda posibilidad de actuar como directriz en la vida jurídica de la Nación. Por ello, queda más cerca de la concesión privilegiada que de la Ley [...] no se aplicarán de oficio, sino que será preciso la alegación y la prueba aportadas por las partes» [DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984 (edic. facsímil das de 1949 e 1952 edit. polo CEP), páxs. 402 e 386]. Nesta dirección militan, despois de reformado o título preliminar, as posturas, entre outros, de tódolos seguintes autores: Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2001 (10ª edic.), pág. 133; BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, 1998, pág. 46; GARCÍA AMIGO, M.: *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. EDESA, Madrid, 1979, pág. 175; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Una teoría del Derecho (introducción al estudio del Derecho)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993 (6ª edic.), páxs. 274-275; GETE ALONSO y CALERA, Mª. C.: «Las fuentes del Derecho Civil», en PUIG FERRIOL, L. et al.: *Manual de Derecho Civil I (Introducción y Derecho de la persona)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 56; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. I, Ed. Trivium, Madrid, 1992, pág. 78; DE PABLO CONTRERAS, P.: «Las normas jurídicas de Derecho privado», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. et al.: *Curso de Derecho civil. Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 107. No que se refire á xurisprudencia, existe un abundante número de resoluciónns que se pronuncian nesta mesma dirección (cfr. SSTS de 24-3-1947, 23-12-1948, 5-4-1950, 1-5-1951; 10-10-1951, 22-1-1953, 3-2-1953, 21-2-1957, 12-2-1959, 24-2-1962, 20-3-1964, 17-10-1974, 4-7-1982, 4-10-1982, 19-1-1987, 2-4-1993, 16-11-1994). Sen embargo, con respecto a esta xurisprudencia ALBALADEJO observa: «La verdad es que la mayor parte de las sentencias citadas [...] o de las más antiguas sobre el tema, hablan de que se demuestre o justifique o se pruebe la existencia o práctica de la costumbre. Pero hay que señalar que algunas de ellas más bien darían la impresión de que lo que se debe probar es el elemento material o externo, es decir el uso [...] En cuanto a las expresiones que utiliza el Tribunal Supremo hay que [...] pensar que se refieren, al hablar de elemento fáctico o uso, no a la distinción uso-opinio sino a la de hecho (elemento fáctico) de que realmente se practique la costumbre como norma» [ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002 (15ª edic.), pág. 108, nota 14].*

² DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, Ed. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, pág. 346. Tamén ALCALÁ ZAMORA nos refire que DERNBURG resume a situación así: «a partir de los glosadores se generaliza el principio de que el juez había de conocer ex officio el Derecho, pero que las costumbres, como hechos, en cuanto no fueran notorias, habían de ser probadas por las partes» (ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», en RDP, 1934, páxs. 146-147).

coa lei, por constituír aquela a máis xenuína expresión do espírito do pobo, ás concepcións da Escuela Histórica del Derecho-) sostíña, partindo da condición de norma xurídica do costume e aplicando o principio «*iura novit curia*», que o xuíz podería, e incluso, debería, investigala de oficio³; como o declaran tamén as SSTs do 12-III-1964 e 20-I-1966.

Porque como nos explica De Diego: «es ilógico, en efecto, y contra razón, que cuando la ley prescribe al juez juzgar según la costumbre como lo hace nuestro Código Civil en el art. 6º (hoy 1º.3), para defecto de solución legal, se cruce aquél de brazos esperando que se invoque y pruebe ésta, ya que aquella prescripción implica el mandato de investigar *ex officio* si en el punto en cuestión hay o no verdadera y legítima costumbre»⁴.

³ DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páxs.346 e ss.; ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páxs. 147 e ss, e especialmente a páx. 149. FERRARA posiciónase fronte á «antiga doutrina» desta forma: «Come può aversi un ius, la cui dimostrazione eventualmente fa carico alle parti in giudizio? Parrebbe dunque che la consuetudine dovesse considerarsi come un fatto, se l'interessato per ottenere la vittoria della lite deve sforzarsi a provarlo, ma anche questa teoria riesce insufficiente, perciò che a differenza degli altri fatti, il giudice può farne applicazione, se ne ha privata notizia, ed indipendentemente da una prova in giudizio, non solo, ma il suo convincimento può formarsi liberamente in base ad altri elementi extra processuali, e in contraddizione agli acta et probata [...] Domina qui il concetto che il giudice possa utilizzare la propria conoscenza e che possa servirsi dei mezzi processuali per procurarsela, sentendo quindi l'avviso di periti e di tecnici, i quali riferiscano su ciò che è oggetto di generale sapere. Con questo potere d'inquisizione ufficiale concorre naturalmente la spontanea cooperazione della parte, la quale ha interesse di aiutare il tribunale nella ricerca, perchè se il principio non è riconosciuto, la sua domanda è respinta. Si ha qui non onere della prova, in senso giuridico, ma interesse alla prova [...] Ma questa libertà [...] dimostra che non si tratta di vera prova, sia di fatto che di diritto, ma di un'attività dipendente dall'iniziativa delle parti, ausiliaria e concorrente a quella del tribunale, nell'esplicamento di quel potere ufficiale inquisitorio che gli compete ai fini dell'applicazione della legge» (FERRARA, F.: *Trattato di diritto civile italiano*. Vol I. *Dottrine generali*, Parte I, Ed. Athenaeum, Roma, 1921, páxs. 148-149). No ámbito civilista seguen a DE DIEGO, na doutrina española: DE COSSIO y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Alianza, Madrid, 1977, páx. 48 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., páxs. 107 e ss.; O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil*. T.I. *Parte general*, Ed. EDESA, Madrid, 1997 (3ª edic.), páxs. 149-150; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, T. I, Vol.1, Ed. EDESA, Madrid, 1986 (12ª edic. actualizada por J.L. De los Mozos); LA LAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Madrid, 1969, páxs. 294 e ss.; MASPONS y ANGLASELL, F.: «La prueba de la costumbre en el Derecho catalán», en *RDP*, 1916, páxs. 1 e ss. No que se refire á doutrina italiana, *vid.* BARBERO, D.: *Sistema del Derecho privado I. Introducción*, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967 (traduc. da edic. italiana de 1962), páxs. 98 e ss; e BARASSI, L.: *Istituzioni di diritto civile*, Ed. Giuffrè, Milano, 1955, páx. 32. Polo que se refire á doutrina procesualista, afirma GARCIMARTÍN MONTERO que «la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de la posibilidad de que el juez averigüe la costumbre aplicable, con base en el carácter excepcional que tienen en nuestra legislación los supuestos de prueba del Derecho» (GARCIMARTÍN MONTERO, R.: *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, páx. 123).

⁴ DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páx. 352.

Pola súa parte, Alcalá Zamora exclama: «¿Cabe algo máis anómalo que cuando el juzgador tenga certeza del precepto consuetudinario, se vea obligado, no obstante, a aguardar la prueba por las partes, y si éstas sucumben en su empresa, no pueda para nada tener en cuenta tales normas?»⁵.

Dentro dos textos legais, sitúase nesta mesma liña de pensamento, claramente, o art. 2.2 da Compilación de Derecho Civil de Aragón, ó prescribir que «Los tribunales apreciarán la existencia de una costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes». Liña, en que tamén se encontra o art. 293 da Lei procesual alemana ó establecer que: o costume só requirirá proba en tanto que sexa descoñecida polo tribunal, e que o tribunal para a súa indagación non está limitado polas probas achegadas polas partes, senón que ten a facultade de utilizar outras fontes de coñecemento e de decretar providencias para tal fin.

Ó meu modo de ver, a segunda concepción, sobre a proba do costume, é a que encontra máis fácil acollida no art. 1º.3 do CC; porque, nesta prescrición, non se esixe nada máis ca un resultado de proba do costume, dado que non se fai ningunha referencia ás persoas que deban orixinar ou provocar este resultado. Omisión tanto máis significativa canto que o lexislador que reformou o título preliminar do CC era coñecedor do debate doutrinal existente ó respecto⁶.

Interpretación que, gardaría, ademais, consonancia coa natureza de norma xurídica, que o propio CC lle recoñece, no mesmo artigo, ó costume, e, conseguintemente, co carácter excepcional da carga de probala.

⁵ ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páx. 155

⁶ Efectivamente, segundo nos refire ALBALADEJO, ante a proposta dun procurador de acoller no CC a solución consagrada na Compilación aragonesa «*la ponencia rechazó ese extremo de la enmienda alegando[...]* La ponencia estima, sin embargo, que este precepto de Derecho foral aragonés no debe aplicarse a todo el territorio nacional, ya que existe una antigua tradición, justificada por la naturaleza de la costumbre, según la cual quien alega una costumbre ha de probarla, permitiéndose a la otra parte la prueba contraria. Por otro lado, este precepto afecta, fundamentalmente a los principios básicos de la justicia y, en concreto, al tan discutido problema de la «ciencia propia del juez», cuestión sobre la que no parece que deba interferirse una ley civil, cuando, como es sabido, existen varios proyectos, ya elaborados, sobre la función judicial y sobre la regulación de los procesos civiles y criminales». ALBALADEJO comenta, al respecto, «de todo ello se deduce, aunque algunas palabras den otra impresión[...] que la Ponencia, más que excluir con su desestimación la tesis de que los Tribunales aprecien la costumbre en virtud de su propio conocimiento, lo que quiso fue no tocar el tema, y dejarlo como estaba. Lo que, en el fondo, lleva, ni más ni menos, a seguir admitiendo –como se ha visto que tenía declarado la jurisprudencia– la apreciación de la costumbre en virtud del propio conocimiento del Tribunal» (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., páxs. 109-110, nota 17). En todo caso, se a ponencia pretendiera decantarse a favor da aplicación do principio dispositivo, sen excepcións, isto constituiría nada máis que a *intentio* de lexislador que, como é sabido, non é determinante para a interpretación dun precepto, senón un criterio interpretativo máis dos contidos dentro do art. 3º do CC.

Desde esta perspectiva, o carácter fáctico, da norma xurídica constituída polo costume, en canto á súa orixe e conservación, relevaría ó xuíz da obriga que existe, con respecto ás normas non consuetudinarias, de coñecerlas; en razón da posible e ata probable dificultade de coñecemento dos costumes; pero non, dada a súa proxección normativa, da lexitimación e, incluso, da obriga de investiga-la súa existencia; porque, de acordo co propio art. 1º do CC, agora no seu número 7º: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido»; fontes que son, por prescripción do art. 1º.1 do CC, as de «nuestro ordenamiento jurídico»; ó cal, integrado, a teor do mesmo artigo, por: «la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», estarían, de acordo co réxime correspondente ó Estado de Dereito, proclamado no art. 1º da nosa Constitución, «sujetos», por aplicación do seu art. 9.1 «todos los ciudadanos y los poderes públicos»; e, polo tanto, tamén, obviamente, o poder xurisdiccional.

Por outra parte, á marxe da súa transcendencia exoneratoria, para o deber dos xuíces de coñece-lo dereito, este carácter fáctico do costume outorgaríalles ás partes a facultade de solicitar ou achega-las probas que estimasen pertinentes; ou, incluso, no caso de que o xuíz así o determinase, atribuírille-la carga de probala.

A normativa dalgúns dereitos civís especiais, como vimos, non esixe a carga da proba cando se trate de usos notorios. Prescribindo a de Galicia, en particular, que son usos notorios: «[...] os usos compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ou pola antiga Audiencia Territorial de Galicia», seguindo, así, a traxectoria trazada, pola nosa xurisprudencia, para os feitos, tal e como os trata, tamén, o art. 291 da Lei procesual alemana.

Pero, ¿cando estamos ante un uso notorio? ¿Cando se trate dun costume notorio, en sentido obxectivo, é dicir, segundo o *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* «pública y conocida por todos»? ¿Cando se trate dun costume notorio en sentido subxectivo, é dicir, coñecido polo xuíz ou as partes litigantes? E, en particular, para Galicia ¿só serán notorios os usos mencionados no art. 2 da Lei de dereito civil de Galicia (LCDG)?

Se lle damos resposta á segunda cuestión, ó meu xuízo, os costumes notorios non se poden limitar ás mencionados no art. 2 LDCG, porque o decisivo é que resulten probados; pero tampouco a mención ten, ó meu xuízo, a solitaria transcendencia de outorgarles a eses costumes a calidade *iuris et de iure* de notorios⁷. Significa algo máis, significa que esa notoriedade, en consonancia co seu significado literal primario, ten que

⁷ Neste sentido xa se pronunciou o TSX de Galicia, cando afirma en sentenza de 12-5-2000: «lo que establece la norma es que si el uso o costumbre está compilado o recogido

ser de carácter obxectivo, tal e como acontece nos usos mencionados. Expresaría a preocupación bastante xeneralizada, con respecto a un ilimitado poder dos xuíces, na apreciación do costume.

Desta forma, respondendo agora xa a primeira cuestión, o xuíz só podería e debería apreciar sen necesidade de proba o costume cando este fose notorio, en sentido obxectivo, porque neste caso non se precisaría a súa proba. Fóra deste suposto sería preciso proceder á práctica da proba, sería preciso probala: ben de oficio, ben a instancia de parte.

Para Sancho, non obstante, no seu comentario da Lei 3^a alínea 2^a da Compilación Navarra, é suficiente a notoriedade en sentido subxectivo. Afirma este autor: «[...] parece obrigado establecer un criterio de notoriedad; formular, en fin, un concepto de costumbre notoria. Dentro de su acepción gramatical y hasta vulgar, notoria es la costumbre ostensible, cognoscible por cualquiera, conocida por los miembros de la sociedad en que se observa. Nótese que, aun en este concepto, la notoriedad no es un atributo objetivo de la costumbre, sino un estado intelectual de los sujetos, independiente de la norma en sí considerada [...] Es, pues, la notoriedad un accidente del sujeto, no un atributo de la norma consuetudinaria. Por ello, la aludida naturaleza procesal de la ley 3.2^a, induce a referir el conocimiento concretamente al juzgador, y, con diferente alcance, a quienes sean parte en el proceso [...] Todo ello induce a pensar que la norma en examen cumple funciones más bien negativas: Por una parte, dispensar al juzgador del *iura novit curia* cuando la costumbre no sea notoria [...] Y, por otra parte, dispensar a la parte de probarla (será inverosímil que no la alegue; pero si así fuere, también a esta omisión alcanzaría la dispensa) cuando sea notoria: cuando el juez la conozca. La notoriedad, así, en la práctica funciona como una cualidad subjetiva de los sujetos intervinientes en el proceso: conocimiento que el juzgador tiene –o debe tener– de la vigencia de una costumbre: si no tiene conocimiento ni obligación de hacerlo, la parte debe alegarla y, sobre todo, probarla; si el juzgador, pese a la ausencia de notoriedad, la conoce, debe aplicarla aunque no haya sido alegada ni probada. En su caso acordando diligencias probatorias para mejor proveer»⁸.

Sen embargo, Garcimartín Montero, no seu libro sobre o obxecto da proba, di «[...] erróneamente se ha sostenido en ocasiones que el hecho notorio no necesita prueba porque ya es conocido por el juez, postura que

en las sentencias de los citados tribunales adquiere la condición de notorio y no precisa prueba de su existencia, pero no quita que existan otros usos o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado».

⁸ SANCHO REBULLIDA, F.: «Comentario de la Ley 3 del Fuero Nuevo de Navarra», en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXV, Vol. 1º, Ed. EDERSA, Madrid, 1994, páxs. 258-259.

resulta insostenible. En primer lugar, el hecho notorio no tiene necesariamente que ser conocido por el juez para ser considerado notorio y producir efectos como tal, lo habitual es que el juez lo conozca, pero no es requisito imprescindible: en segundo lugar, como señaló Guasp, este razonamiento se contradice abiertamente con la prohibición de que el juez haga uso de su saber privado en el pleito, puesto que si afirmamos que puede tener en cuenta el hecho notorio por el solo motivo de conocerlo ¿Por qué no admitir lo mismo para los hechos que no son notorios?»⁹.

Nesta mesma liña obxectiva sitúase a STS de 10-I-1979, cando declara: «Afirmado el carácter notorio de un suceso se realiza la fijación fáctica en virtud del conocimiento no meramente privado que el órgano jurisdiccional tiene».

Unha vez examinadas tódalas prescricións contidas nos textos legais referentes ó dereito civil, existentes no noso ordenamento xurídico, respecto á proba do costume; imos proceder á análise da incidencia da nova Lei de axuizamento civil no tratamento desta cuestión.

Por primeira vez, trátase este tema na LAC; e prescribese no nº2 do art. 282, intitulado «Objeto y necesidad de la prueba», e situado dentro do capítulo V –do título I do libro II– denominado «De la prueba. Disposiciones generales» (despois de preceptuar no nº 1 que «La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso»), que: «También serán objeto de prueba la costumbre [...]. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público».

A primeira precisión que é conveniente facer, arredor da proxección deste precepto na normativa anterior, do CC e das leis civís territoriais especiais, é a de que esta normativa non queda modificada, senón complementada.

No que se refire ó CC; este, establecía un requisito material do costume: a súa proba, que agora se somete, sen intención de alteralo, a un determinado réxime xurídico procedemental; como o confirma o feito de que nas disposicións derogatorias non se contempla a derogación da prescrición do CC referida á proba do costume, en perfecta sintonía, coa alínea XI da exposición de motivos, en que se fai referencia á «derogación de los preceptos del Código Civil carentes de otra relevancia que la procesal». Sen intención de alteralo, dixen, aínda que, a exoneración de proba para o caso de conformidade dos litigantes coa existencia e contido do costume poida producir como resultado, como logo veremos, que non se cumpra o requisito da proba.

⁹ GARCIMARTÍN MONTERO, R.: *El objeto de la prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 85.

No que afecta ós dereitos civís especiais, que relevan da necesidade de proba, no caso de costumes notorios; agora (por se houbese algunha dúbida, sobre o límite das competencias da Comunidade Autónoma, en materia de dereito procesual), ó establecer, o nº4 deste artigo 282, que: «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general», xeneraliza a exoneración de proba para os costumes notorios; e, precisa, ó noso xuízo, acertadamente, que a notoriedade exonerará de proba só cando sexa de natureza «absoluta y general»; é dicir, cando sexa de natureza obxectiva, por ser de coñecemento indubidado por parte da xeneralidade das persoas pertencentes ó núcleo social onde se aplique o costume.

Obxectivación da notoriedade, que non só resulta da súa caracterización como xeral, senón tamén da reforma do texto do proxecto; que substituíu a expresión: «los hechos que el tribunal considere de notoriedad absoluta y general», pola de: «los hechos que gocen» desa notoriedade, suprimindo así toda referencia á apreciación do tribunal.

Obxectivación, que non pode alcanzar, a nega-la relatividade normal dos feitos notorios e, por ende, a súa operatividade, tamén normal. Por esta razón á cualificación da notoriedade, ademais de como absoluta, de xeral, haberá que darlle outro sentido, que o que desembocaría en feitos de notoriedade, poderíamos dicir, universal, que faría facticamente inoperantes os supostos de exoneración. O que, á parte de absurdo, iría en contra do principio de economía procesual, que figura como cardinal a todo o longo da lei.

O sentido da absolutividade, entón, non pode ser outro que o que resulta de referilo, non xa ós suxeitos coñecedores dos feitos, senón á súa certeza e contido. Todo o que traducido ó costume implicaría que esta fora xeralmente coñecida, e, ademais, de forma plena e indubidada.

Como estamos vendo, o réxime xurídico procedemental arbitrado para o costume, é o réxime xurídico aplicable ós feitos.

Así resulta de: a súa necesidade de proba, da súa localización sistemática, e da aplicación, ata as súas últimas consecuencias, do principio procesual aplicable a estes: o principio dispositivo (con total esquecemento de que o costume tamén participa, pola súa natureza bifronte, dos atributos propios dunha norma xurídica); como se manifesta, de forma nítida, a través da relevancia concedida coa conformidade das partes, para a exoneración da proba do costume; e, a través do impulso procesual, dado que o art. 282, intitulado «iniciativa de la actividad probatoria», prescribe: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes y otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

Ademais, é de observar que, mentres, para o dereito estranxeiro, se es-

tablece a potestade do seu descubrimento, non ocorre así para o costume: o que non pode atribuírse a un *lapsus*, pois esta excepción non estaba no proxecto e, agora, introduciuse pero só para o dereito estranxeiro.

Principio dispositivo que, por outra parte, aparece, clarisimamente, como eixe da reforma na exposición de motivos, na que se chega a consagrar como «inspiración fundamental do proceso».

Así ocorre nos puntos seguintes daquela:

«VI: La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

[...] Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela [...].

Esta inspiración fundamental del proceso –excepto en los casos en que predomina un interés público que exigen satisfacción– no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir [...]. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.»

«IX: Las normas de carga de la prueba, [...] son, asimismo, reglas, que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos [...].»

«X: Aquí como en otros puntos, la Ley acentúa las cargas de las partes, restringiendo al máximo las posibilidades de remitirse a expedientes, archivos o registros públicos [...].»

«XI: Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, [...] salvo las excepciones aludidas no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de [...] probar. [...]

[...] carga de la prueba, pieza clave de un proceso civil en el que el interés público no sea predominante [...]

En conclusión, con respecto, ás dúas posicións existentes, sobre a proba do costume, ó principio examinadas, a nova LAC, partindo de que o costume é un feito, aplícalle «tódalas consecuencias» do principio dispositivo:

- a) Instancia de parte (de acordo co art. 282), salvo nos casos en que a lei lle atribúe ó Tribunal a facultade de actuar de oficio, ou se trate de costume dotado de notoriedade absoluta e xeral.
- b) Exoneración da proba cando houberse un acordo das partes sobre a existencia e contido do costume, sempre que esta non afectase á orde pública (de acordo, agora, co art. 281.2).

Reina, pois, nesta materia probatoria do costume, o principio de autonomía privada (cos límites vistos) que é, no ámbito procesual, o correspondente ós feitos; como nos é revelado no nº 3 do art. 281 desta lei, ó prescribir: «Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes».

Sobre o suposto de exención de proba do costume por conformidade das partes, en canto á súa existencia e contido, procede cuestionarse: 1º) Se a exención de proba por conformidade das partes é unha consecuencia «razoable» (por utiliza-la expresión, antes referida, da exposición de motivos), e 2º) O alcance da expresión «costumbres que no afecten al orden público», que aparece como límite, de conformidade coa relevancia exoneratoria da proba.

Vaiamos coa primeira cuestión. Supoñamos que as partes se poñen de acordo, co fin da composición dos seus intereses, para recoñecer, como existente, e co contido que lles interese, un costume inexistente. Encontrámonos con que: o xuíz ou tribunal se verá compelido a aplicar, consagrándoa como existente¹⁰, e, por ende, obrigatoria, para todo o grupo social

¹⁰ Aínda que, como vai subliñar DE DIEGO, que, segue, neste punto, a «Bartolo, GREGORIO LÓPEZ, SUÁREZ, SOTO y otros muchos de nuestros jurisprudencistas», as sentencias non son «elementos constitutivos esenciais» do costume, o mesmo autor advirtenos, sen embargo, da súa transcendencia probatoria, así: «No es posible negar toda intervención ni desconocer todo valor a las sentencias judiciales en el establecimiento de costumbres ju-

ó que se refira, unha norma inexistente, dotando, ademais, a relación axuzada e sedicentemente regulada por ela, da forza de cousa xulgada; con que as partes actúan con poderes normativos e, enriba, para unha relación concreta e, por isto, carente da abstracción subxectiva propia das normas xurídicas; e, co que o xuíz, en principio, nada pode facer con relación á práctica da proba, porque, esta, só procede a instancia de parte. ¿Cabe concibir unha maior suma de violacións flagrantes da orde pública que se invoca no propio precepto, *in fine*; sexa calquera o concepto que deste se teña? Sen embargo, esta cadea de vulneracións frontais das bases, poderíamos dicir, do ordenamento xurídico, pode vir propiciada pola conformidade aludida. E aínda que estas vulneracións serían reprobables a través da interdicción da fraude, do abuso do dereito, da violación da propia orde pública; así como en razón da inexistencia de tal costume, polo incumprimento do requisito, prescrito no CC, da súa proba; trataríase sempre de remedios, como se sabe, de difícil aplicación na práctica.

Precisamente o abuso desta conformidade, con respecto ó dereito estranxeiro, foi o que produciu, no art. 12 do CC, e, agora, nesta lei, esa potestade de indagación xudicial.

¿Por que non se procedeu desta forma co costume? ¿É que acaso o seu carácter de fonte normalmente subsidiaria elimina a súa natureza, con tódalas súas consecuencias, de norma xurídica? ¿Que é o que explica que ese feito, constituído por un comportamento usual observado como xuridicamente debido, que é o costume, sexa considerado exclusivamente como tal, –aínda máis, peor valorado ca eles; pois, é de observar, que mentres a conformidade cos feitos ha de ser «plena», non se esixe o mesmo para o costume– con total preterición de que ese mesmo feito constitúe tamén unha norma xurídica?

Por outra parte, esta eficacia exoneratoria da conformidade, sobre a proba da existencia e contido do costume, ¿alcanzaría *vgr.* a non necesidade de proba-la existencia nela da denominada *opinio iuris*?¹¹ ¿Quen

*rídicas, lo que sería contrario a la razón y la Historia, ya que su carácter declaratorio y de prueba no puede ponerse en duda y hasta pudieran iniciarlas y encauzarlas y afinarlas, y ser su más claro e indubitado elemento revelador[...]*pero de esto a considerarlas como elementos constitutivos esenciales, hay una distancia inmensa» (DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páx. 257). No mesmo sentido, pero máis intensamente, pronúnciase ALCALÁ ZAMORA cando afirma: «no creemos que la realidad de una costumbre jurídica que haya sido anteriormente investigada o probada necesite serlo de nuevo cada vez que vuelva a suscitarse el problema de su aplicabilidad a relaciones jurídicas litigiosas de idéntica o análoga naturaleza a aquella en que quedase registrada la presencia del precepto consuetudinario oportuno. En este supuesto, dicho se está, deberá haber una inversión en la carga de la prueba» (ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páx. 155).

¹¹ LACRUZ afirma ó respecto: «El objeto de la prueba se contrae, en todo caso, al uso; la opinión, donde sea exigida, será apreciada por el juzgador, siquiera pueda serlo a partir de la

son as partes para cualificar un comportamento, por moi usual e xeneralizado que estea, nun núcleo social, como xuridicamente debido?¹²

Como afirma Alcalá Zamora: «finalmente la subsunción la realiza el juez teniendo en cuenta si los actos que le acredita el testigo caen o no bajo el concepto jurídico de costumbre»¹³.

Con relación á segunda cuestión: a inoperancia exoneratoria da «conformidade» co costume con respecto á súa proba, cando se trate de «costumes que afecten á orde pública», cabe formularse tódalas seguintes interrogantes:

prueba de hechos indiciarios) [LACRUZ BERDEJO, J. L. et. alt.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, Vol.I, Ed. Dikinson, Madrid, 1998 (nova edic. revisada e actualizada por J. DELGADO ECHEVERRÍA), páx. 162].

¹² DE DIEGO subliña a natureza bifronte do costume e a súa transcendencia para o réxime da proba nesta esclarecedora pasaxe: «*Se dice en contra que la costumbre se insinúa, crece y se formaliza a virtud de hechos, y que siendo en definitiva cuestión de puro hecho la de su existencia o inexistencia, esto es terreno vedado para el alto Tribunal, que sólo en cuestiones de derecho desenvuelve su principal función. Pero no se tiene en cuenta que esos hechos consuetudinarios no son como otros cualesquiera, sino que son, ante todo y sobre todo, productores de una norma jurídica obligatoria [...] que si en la resolución o nuda constatación de esos hechos puede haber, y hay, en efecto, un quid facti que predomina sobre todo otro aspecto, en cambio [...] en el examen de si reúnen o no los caracteres de una costumbre propiamente dicha, hay un quid iuris que [...] entra por entero en la función del juzgador, y a cuyos alcances puede ir el Tribunal de casación como cuestión que es plenamente de Derecho [...]. Preciso es no olvidar que el problema que se ofrece al juez ante una costumbre que se invoca [...] como ésta no existe sin hechos que revelen una regla jurídica en las condiciones requeridas por el Derecho objetivo, aquél problema se desdobra en una triple investigación [...] dirigida a constatar los hechos mismos, a descubrir la regla ínsita o latente en ellos y a contrastar las exigencias formales que el Derecho pida para la valoración propiamente jurídica de esas manifestaciones de la actividad humana [...] el juicio del juzgador tendrá que ir enderezado, pues, a constatar: 1º, que hay o no efectivamente un uso; 2º, que tiene esta o la otra transcendencia y valor jurídicos, en su caso, que constituye una regla de Derecho consuetudinario. La investigación de si un uso es o no seguido en tal o cual territorio o clase social, está abierta a todo el mundo: basta el conocimiento de la vida social; la de si ese uso, efectivamente seguido, tiene o no las condiciones de una costumbre verdadera por cumplir todas las exigencias del Derecho, es función genuina del juez: aquello es cuestión de hecho, esto otro es cuestión de Derecho» (DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páxs. 354-357). No que respecta á proba do lugar onde existe o costume, se ben a supresión da especificación, contida no CC, antes da reforma, de que o costume fose «do lugar», non ten, ó meu xuízo, ningunha transcendencia [como expresei, seguindo a ALBALADEJO, no meu comentario ós artigos do título preliminar da Lei de dereito civil de Galicia (PENA LÓPEZ, J. M.: «Comentario de los arts. 1º, 2º y 3º de la LDCG» en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T.XXXII, Vol. 1º, Ed. EDERSA, Madrid, 1997, páxs. 5 e ss.)] para a supresión do requisito de que o costume sexa propio do lugar onde se pretenda a súa aplicación; si o ten no campo probatorio, pois probado un costume xeral, presumirase que tamén se practica no lugar dese territorio en que se pretende a súa vixencia, salvo proba en contrario. Opinión compartida tamén por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, op. cit., páx. 46.*

¹³ ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páx. 151.

¿Significa esta expresión, dado que, xunto coa orde pública, constitúen límites do costume, segundo o CC, tamén, a lei e a moral, que valería a conformidade cun costume contrario á lei ou á moral, por non afectar á orde pública?

Obviamente, esta consecuencia sería inadmisibile, non só por absurda (polo menos no que se refire ó costume ilegal –o requisito de moralidade do costume é máis cuestionado–)¹⁴, senón por vulnera-los límites substanciais do costume, fixados por lei, ou quen corresponda fixalos: o CC.

Tampouco cabería entender, ó meu xuízo, que a lei procesual, pretenda declarar, neste artigo, a inadmisibilidade do costume contraria á orde pública; porque se así fose, a Lei de axuizamento civil, ademais de ser reiterativa, con respecto ó CC, asumiría un cometido impropio dunha norma procesual.

¿Significa esta expresión, en congruencia coas declaracións da exposición de motivos, que cando se fala de orde pública estase facendo referencia ó interese público?

Se isto fose así (o que non parece lóxico, porque se tería mantido o termo «interese público», insistentemente utilizado, como vimos, na exposición de motivos, no lugar de cambialo polo de orde pública; aínda que é moi posible, desde esta perspectiva da exposición de motivos, que cando o lexislador se refire á orde pública, teña presente antes que nada o interese público) a palabra utilizada sería incorrecta, porque unha cousa é o interese público e outra a orde pública (como se fai patente, *vgr.*, no art. 6.2 CC) calquera que sexa o concepto que deste se teña; aínda que, evidentemente, ámbalas ideas gardan sempre unha relación equivalente á existente entre dous círculos concéntricos.

Se se mantén a concepción, chamada moderna dentro do dereito privado, que entende por orde pública a conformada, poderíamos dicir, polas bases do ordenamento xurídico, é evidente que hai cuestións de interese público que non son, sen embargo, de orde pública. Se, pola contra, se é partidario da denominada concepción clásica da orde pública, que o identifica coas normas imperativas; tamén é obvio que hai cuestións de interese privado que, por estar reguladas por normas imperativas, son, sen embargo, de orde pública.

Por outra parte, os intereses afectados pola relación regulada polo costume, aínda que sexan privados, pertencen, pola súa natureza de norma xurídica, a tódalas persoas do núcleo social onde rexe que estean implicadas nunha relación deste tipo; a persoas distintas, polo tanto, das

¹⁴ Remítome, neste punto, a canto expusen, nos comentarios ó título preliminar da LDCC, para a moral como límite do costume (PENA LÓPEZ, J. M.: «Comentario dos arts. 1º, 2º e 3º da LDCC», *op. cit.*, páxs. 50-53).

que prestan a «conformidade», a terceiras persoas; intereses que por esta razón estarían (utilizando a expresión do proxecto para os feitos) «fuera del poder de disposición de los litigantes». Por outra parte, desde logo, os feitos usuais que constitúen o costume tampouco son particulares senón colectivos.

¿Significa esta expresión que a conformidade exoneratoria da proba sería inoperante cando tivese por obxecto costumes constitutivos da orde pública concibida como límite da autonomía privada?

Ó meu xuízo, non queda outra alternativa, descartada a anterior; e, porque, aquí, os límites se fixan non para o costume, senón para o feito de exercicio de autonomía privada, constituído por aquela «conformidade»¹⁵.

Situados, xa, ante o obxecto limitado pola orde pública: non o costume atentatorio contra aquel, senón a «conformidade» sobre un costume constitutivo ou regulador da orde pública; resta, só, fixa-lo límite, isto é, delimitar este concepto de «orde pública».

Fronte á concepción, que poderíamos chamar moderna, de orde pública e que vén identificar este non con calquera norma imperativa, senón coas normas ou principios básicos do ordenamento xurídico, pódese soste, ó meu xuízo, no campo da autonomía privada, que a fusión de orde pública coa categoría xurídica das normas imperativas é aínda maior, do que cabe admitir se se parte desta concepción, porque creo que non só se trata de que a orde pública estea composta polas normas imperativas desta natureza fundamental ou estea suxeita a elas, senón tamén de que a orde pública se estenda a toda norma imperativa.

Entendo que é válida a afirmación de que toda norma imperativa é, no campo da autonomía privada, de orde pública, porque entronca non só cunha corrente prestixiosa e tradicional do pensamento xurídico, que integraría a que, neste punto, poderíamos denominar como doutrina clásica, senón tamén co significado orixinario, técnico e lóxico que a palabra orde pública adquire no campo da autonomía privada¹⁶.

Argumentación que tiven ocasión de desenvolver no prólogo do libro da miña discípula Natalia Álvarez Lata: «Cláusulas restrictivas de res-

¹⁵ Sen embargo, ALBALADEJO dinos ó respecto: «En cuanto a lo que dice el artículo 281.2 sobre que «la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público» más bien parece que si afectan no es que sí sea necesaria la prueba, sino que no es admisible la costumbre» (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., páx. 110).

¹⁶ Para a doutrina española, *vid.*, por todos: DE BUEN (*Derecho civil español común*, Madrid, 1930, páx. 537): «[...] Imperfecciones de los negocios jurídicos [...] El acto viola una prescripción. Por ejemplo, contiene disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres. A los actos que están en esta situación puede denominárseles actos nulos. Su nulidad es absoluta y de orden público»; CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y*

ponsabilidad civil»¹⁷, e que, non é do caso repetir aquí, por razón do espacio dispoñible.

En conclusión, e aplicando estas dúas nocións de orde pública ó «costume cunhas normas que afectasen á orde pública», desde estas dúas perspectivas da orde pública, para finalizar, cabe preguntarse, ¿cando se fala de normas consuetudinarias que afectasen á orde pública, pódese facer referencia a hipotéticas normas de tal natureza que conformen as bases do ordenamento xurídico?

Parece impensable que poidan existir normas consuetudinarias no que poderíamos denomina-lo vértice da pirámide kelseniana, que faría a reserva arbitrada, a través da orde pública, absolutamente inútil.

Máis lóxico –en congruencia, por outra parte, ex art. 281.3, co «poder de disposición [...] de los litigantes sobre el objeto del proceso», que se esixe, para a eficacia exoneratoria de proba na conformidade cos feitos–

foral, 10ª ed., Madrid, 1962, páxs. 293-294): «Las normas imperativas que integran el *ius cogens* [...] las normas permisivas... *ius dispositivum* [...] Esta distinción es sustancialmente equivalente a la que se suele establecer entre normas de orden público y las de interés privado»; e LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, Tomo I, op cit., páx. 132): «Advirtiéndose DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que «orden público y Derecho imperativo son conceptos que no coinciden...» El artículo 6º.2[...] no parece darle razón [...] A la distinción entre leyes imperativas y dispositivas, apunta el artículo 6º.2, del que se deduce que las primeras son aquéllas cuya exclusión voluntaria contraría el interés o el orden público».

Para a doutrina francesa, *vid.*, por todos: PLANIOL, MARTEL e RIPERT (*Traité pratique de Droit français*, Tomo IV-I, París, 1932, páx. 20): «[...] La théorie de l'autonomie de la volonté ne se content pas de cette exaltation de la volonté souveraine créant les rapports juridiques. Elle enseigne que cette volonté ne doit être limitée que par des motifs impérieux d'ordre public (art. 6 C.c.)»; SAVATIER (*Cours de Droit civil*, Tomo II, París, 1949, pgs. 18, 44 y 69): «[...] A la vérité, la société ne s'est jamais désintéressée de l'obligation... elle a toujours limité le champ des obligations par des règles d'ordre public [...] Liberté de la volonté humaine [...] Toutefois, ce vieux principe est de plus en plus restreint par les interventions impératives ou prohibitives de la loi. L'économie dirigée et la socialisation du droit, ont multiplié les règles d'ordre public, c'est-à-dire, s'implantant aux volontés particulières [...] Contrats inconciliables en soi avec l'ordre public ce sont d'abord ceux que condamne formellement une loi impérative ou prohibitive».


Para a doutrina italiana, *vid.*, por todos, DE CUPIS (*Teoria e pratica del Diritto civile*, 2ª ed., Milano, 1967, páxs. 3, 4 e 5): «Gli scrittori escludevano che la prima categoria enunciata dall'art. 12 (leggi proibitive) avesse una vera autonomia rispetto a quella successiva (leggi riguardanti l'ordine pubblico), atteso che le leggi proibitive cui riferivasi il legislatore erano in sostanza quelle, inderogabili, d'ordine pubblico, o per lo meno, ne facevano parte: trattavasi di norme capaci di congiungersi nel concetto unico e comprensivo dell'ordine pubblico».

En xeral, PALADIN (Voz «Ordine pubblico», *Novissimo Digesto Italiano*, páxs. 133-134) lémbra que: «[...] giova tener ferma la classica opinione –già confermata dai lavori preparatori del Codice napoleonico e poi ripresa da una nostra autorevole dottrina– per cui l'ordine pubblico in campo civile... rappresenta una sintesi verbale degli innumerevoli divieti normativi, altrove frapposti all'azione dei soggetti privati».

¹⁷ Cfr. PENA LÓPEZ, J. M.: «Prólogo» a ÁLVAREZ LATA, N.: *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998, páxs. XVII-XXIX.

sería entende-la orde pública, como contraposta á orde privada, isto é, á orde configurable pola autonomía privada.

Sería, pois, dentro deste ámbito, que afectaría, obviamente, só a intereses privados, sempre que estes non estivesen regulados por normas consuetudinarias imperativas, onde a conformidade sobre a existencia e contido dun costume, podería exonerar da súa proba.

Conformidade que, á súa vez, por constituír un feito de autonomía privada, non poderá contraria-la orde pública. Entendido este, como todo aquel espacio xurídico onde a autonomía privada non sexa operativa, por estar (utilizando unha expresión referida pola LAC ós feitos) «fóra do poder de disposición dos litigantes». 

AS AUTORIZACIÓNS AMBIENTAIS EN GALICIA: A NOVA ARTICULACIÓN COMPETENCIAL DERIVADA DA LEI 16/2002, DE CONTROL INTEGRADO DA CONTAMINACIÓN

Francisco Javier Sanz Larruga

Prof. titular de dereito administrativo
Universidade da Coruña

1. Introducción

O obxecto deste relatorio encadrado nas *Xornadas sobre o novo réxime xurídico das autorizacións ambientais* –que se dedican fundamentalmente ó estudio monográfico da Lei estatal 16/2002, do 1 de xullo, de prevención e control integrados da contaminación (en diante, LPCIC)¹– débese limitar ó estudio dos efectos e as repercusións futuras desta nova norma ambiental sobre o dereito ambiental da Comunidade Autónoma de Galicia. Presuponse, polo tanto, que a estas alturas se ten un com-

¹ BOE n° 157, do 2 de xullo de 2002; trata da transposición da *Directiva 96/61/CE, do Consello, do 24 de setembro, relativa á prevención e ó control integrado da contaminación* (DOCE n° 257, do 10 de outubro de 1996).

pleto coñecemento do réxime xurídico da Directiva 96/61/CE² e da propia LPCIC³.

E como queira que en Galicia non existe aínda, a diferenza doutras comunidades autónomas⁴, unha «norma adicional de protección» que teña desenvolvido para Galicia o réxime contido na nova LPCIC, limitáremos a expo-las bases estatutaria e legal para a súa incorporación, así como as técnicas de protección ambiental estreitamente vinculadas co réxime de prevención e control integrados da contaminación xa existentes na nosa Comunidade Autónoma e outros elementos normativos que necesariamente se han de ter en conta á hora de proceder ó dito desenvolvemento (o sistema da disciplina ambiental e a lexislación sectorial galega sobre protección ambiental).

Non cabe a menor dúbida de que o novo réxime previsto pola LPCIC –que deixa en mans das comunidades autónomas boa parte das súas funcións e o protagonismo para a súa aplicación efectiva– vai supor na nosa Comunidade Autónoma un importante reto para o futuro da protección ambiental, en particular polo que se refire ás instalacións e actividades industriais que se relacionan no seu anexo I⁵.

² Para o estudio desta directiva poden consulta-los traballos de: FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: «El régimen jurídico del control integrado de la contaminación», en *Revista de Derecho Ambiental*, 22 (1999); FUENTES BODELÓN, F.: «Comentarios a la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación», en *Revista de Derecho Ambiental*, 19 (1997) e *El nuevo régimen de licencias en la Directiva 96/61/CE sobre prevención y control integrados de la contaminación*, Comares, Granada, 1999; HERRERA FERNÁNDEZ, E.: «Reto y novedad de la Directiva 96/61 IPPC. Algunas consideraciones jurídicas» (I e II), *Diario La Ley*, 5030 e 5031, 7 e 10 de abril de 2000; PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M.: «La Directiva relativa a la prevención y el control integrado de la contaminación (IPPC) 96/61/CE do Consello, do 24 de setembro: o seu contido», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 182 (2000); VALENCIA MARTÍN, G.: «El réxime jurídico del control integrado de la contaminación», en *Noticias de la Unión Europea*, 153 (1997), e «Aplicación y perspectivas de futuro en la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación», en *Noticias de la Unión Europea*, 190 (2000).

³ Cfr. as dúas recentes monografías de OLANO, J. M. e POVEDA GÓMEZ, P.: *Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, La Ley, Madrid, 2002; e LÓPEZ-JURADO, F. y RUIZ DE APODACA, A.: *La autorización ambiental integrada. Estudio sistemático de la Ley 16/2002, de Prevención y Control integrados de la contaminación*, Civitas, Madrid, 2002. Tamén, con anterioridade á aprobación da lei estatal: BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: «Los retos de la prevención y control integrados de la contaminación: comentarios al borrador del anteproyecto de ley de prevención y control integrados de la contaminación», en *Revista de Gestión Ambiental*, 26 (2001).

⁴ En particular, la Lei catalana 3/1998, do 27 de febreiro, da intervención integral da Administración ambiental, que incluso se adiantou ó Estado na transposición da Directiva 96/61/CE. Tamén existen outras normas que teñen en conta a operatividade desta nova técnica no País Vasco e en Murcia.

⁵ Segundo un estudio da «Fundación Entorno»: *La Directiva IPPC en la industria española*, Guía Tecnológica, esta directiva vai afectar a 117 centros de Galicia, o que supón o 4,3% do total de centros industriais afectados en España (un total de 2.740).

2. As bases estatutarias e legais do dereito ambiental de Galicia⁶

2.1. O Estatuto de Autonomía de Galicia de 1981 e as competencias en materia de medio natural

A Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, pola que se aproba o Estatuto de Autonomía de Galicia (en diante, EAG), recolleu no seu art. 27,30⁷ a «competencia exclusiva» en materia de:

«normas adicionais de protección e da paisaxe, nos termos do art. 149,1,23 (CE)».

Así mesmo, no art. 29,4^o do Estatuto prevé a competencia de Galicia para a execución da lexislación do Estado en materia de:

«vertidos industriais e contaminantes nas augas territoriais do Estado correspondentes ó litoral galego»

Esta restricción da competencia autonómica á execución da lexislación estatal, débese á reserva en exclusiva realizada en favor do Estado sobre as materias que afectan ós límites do territorio nacional.

Pero xunto con estes títulos netamente ambientais podemos encontrar outros que encerran unha importante significación ambiental:

- *«ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda»* (art. 27, 3^o EAG).
- *«montes aproveitamentos forestais, vías pecuarias e pastos...»* (art. 27, 10^o EAG).
- *«régime dos montes veciñais»* (art. 27, 11^o EAG).
- *«aproveitamentos hidráulicos, canles e regadíos...»* (art. 30, 12^o EAG).
- *«augas minerais e termais. As augas subterráneas...»* (art. 30, 14^o EAG).
- *«A pesca nas rías e demais augas interiores, o marisqueo, a acuicultura, a caza, a pesca fluvial e lacustre»* (art. 30, 15^o EAG).

O proceso de traspaso de funcións e servizos á Comunidade Autónoma de Galicia efectuouse en virtude de varios RRDD sobre medio natural⁸,

⁶ Sobre a evolución e contido da lexislación ambiental de Galicia vid. *in extenso* a monografía de SANZ LARRUGA, F. J.: *Derecho Ambiental de Galicia*, Fundación Caixa-Galicia, A Coruña 1997.

⁷ Cfr. comentario ó art. 27,30 do EAG por CARBALLEIRA RIVERA, M. T. en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia* (Dirixidos por J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR), MAP, Madrid 1991.

⁸ RD 971/1984, do 28 de marzo, sobre traspaso de funcións e servizos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de medio natural (BOE n^o 125, do 25 de maio).

sobre conservación da natureza⁹, sobre estudos de ordenación do territorio e medio natural¹⁰, sobre ordenación do litoral e vertidos do mar¹¹ e sobre abastecemento e saneamento de augas¹².

En canto ó alcance das «normas adicionais de protección» que, en correlación co art. 149,1,23 da Constitución española, as comunidades autónomas poden asumir –como é o caso de Galicia– debe acudirse á interpretación do Tribunal Constitucional quen determina os obxectivos de tales normas:

«completar ou reforza-los niveis de protección previstos nesa lexislación básica, sempre que esas medidas legais autonómicas sexan compatibles, non contradigan, ignoren, reduzan ou limiten a protección establecida na lexislación básica do Estado» (STC 170/1989).

Polo que se refire á relación entre as normas adicionais de protección reservadas ás comunidades autónomas e lexislación básica do Estado –afirmou tamén o Alto Tribunal na mesma Sentencia 170/1989, do 19 de outubro:

«... aquí (art. 149,1,23 CE) a lexislación básica posúe a característica técnica de normas mínimas de protección que permiten «normas adicionais» ou unha gratificación de protección. É dicir, a lexislación básica do Estado non cumpre neste caso unha función de uniformidade relativa, senón máis ben de ordenación mediante mínimos que han de respectarse en todo caso, pero que pode permitir que cada unha das comunidades autónomas, con competencia na materia, establezan niveis de protección máis altos que non entrarían por só iso en contradición coa normativa básica do Estado»¹³.

As comunidades autónomas, no exercicio das súas competencias ambientais, non só han de ter en conta a lexislación básica relativa ó am-

⁹ Á parte dos RRDD xa citados do período preautonómico, os RRDD 1234/1983, do 20 de abril, «de adaptación de transferencias efectuadas á Xunta de Galicia en materia de conservación da natureza» e 1535/1984, do 20 de xuño, de ampliación e adaptación de funcións e servizos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de conservación da natureza» (BOE nº 209, do 31 de agosto).

¹⁰ RD 3564/1983, do 5 de outubro, sobre traspaso de funcións e servizos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de estudos de ordenación do territorio e medio natural (BOE nº 61, do 12 de marzo de 1984).

¹¹ RD. 659/1985, do 17 de abril, sobre traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de ordenación do litoral e vertidos ó mar (BOE nº 115, do 14 de maio).

¹² Real decreto 1870/1985, do 11 de setembro sobre traspasos de funcións e servizos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de abastecemento de augas, saneamento, canalización e defensa das marxes (BOE nº 247, do 15 de outubro).

¹³ O subliñado é noso.

biente, senón tamén toda a lexislación que incida sobre esta materia (industria, sanidade, desenvolvemento económico, etc.), xa que, como declarou o Tribunal Constitucional:

«... cando o exercicio dunha competencia autonómica sobre unha materia ha de moverse dentro da lexislación básica do Estado que se refire a ela e non só pola relativa á materia concreta sobre a que recaía esa competencia» (STC 64/1982).

2.2. A Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de protección ambiental de Galicia

A Lei de protección ambiental de Galicia¹⁴ (en diante, LPAG) constitúe unha lei marco sobre a regulación do medio natural na nosa Comunidade Autónoma que vén desenvolver-lo título competencial recollido no art. 27,30 do Estatuto de Autonomía de Galicia¹⁵. Trátase, en definitiva da plasmación xeral das «normas adicionais de protección» de Galicia. Esta mesma opción –de aprobación de leis xerais sobre o medio natural– seguirona, ata o momento, outras comunidades autónomas como Madrid¹⁶, Andalucía¹⁷, Murcia¹⁸ e o País Vasco¹⁹.

Como sinala a exposición de motivos, coa aprobación desta lei preténdese «a través dunha norma adicional de protección autonómica e no marco dunha necesaria lexislación básica, darlle cumprimento ó art. 45 da Constitución e ás esixencias ambientais derivadas do ingreso de España na Comunidade Económica Europea dentro do ámbito da nosa autonomía».

A LPAG componse de corenta e nove arts. –distribuídos en catro títulos–, catro disposicións adicionais, dúas disposicións transitorias, unha disposición derogatoria e dúas disposicións finais.

¹⁴ DOG n° 29, do 10 de febreiro de 1995.

¹⁵ Como sinala NOGUEIRA LÓPEZ, a Lei 1/1995 de protección ambiental de Galicia é a primeira norma con rango de lei en materia de ambiente que se dicta na nosa Comunidade Autónoma («La regulación medioambiental en la Comunidad Autónoma de Galicia. La Ley de Protección Ambiental de Galicia y decretos de desenvolvemento», en *Revista de Administración Pública de Andalucía*, n° 24 (1995), pp. 319-337).

¹⁶ Lei 10/1991, do 4 de abril, para a protección do medio natural (BOCM, do 18 de abril de 1991).

¹⁷ Lei 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental (BOJA n° 79, de 31 de mayo de 1994).

¹⁸ Lei 1/1995, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia (BORM, n° 78 de 3 de abril de 1995).

¹⁹ Lei 3/1998 (País Vasco), de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco (DOPV, número 59, de 27 de marzo de 1998).

O título primeiro –sobre «disposicións xerais»– establece o obxecto xeral da lei, un «*sistema de defensa, protección, conservación e restauración (...) do ambiente en Galicia*», así como o aseguramento da «*utilización racional dos recursos naturais*» (cfr. art. 1º).

Esta regulación baséase nos principios e obxectivos de prevención, de avaliación do impacto, dos efectos e da incidencia ambiental, de información pública, obxectiva, permanente e completa –como base dunha efectiva participación cidadá que posibilite o establecemento dun pacto ambiental na defensa dos valores colectivos–, o nivel de acción adecuada complementado co principio de subsidiariedade e de colaboración das instancias autonómica e local, e de coordinación e unidade de acción mediante o adecuado deseño da Administración ambiental no ámbito autonómico (cfr. art. 2º). Neles obsérvase unha clara inspiración do dereito comunitario ambiental.

A lei opta por un concepto moi amplo de dereito ambiental²⁰ ó incorporar ó seu ámbito de protección os seguintes elementos: «*o medio natural constituído pola poboación, a fauna, a flora, a diversidade xenética, o solo, o subsolo, a auga, o aire, o clima e a paisaxe, así como a interrelación entre os elementos antes mencionados, os recursos naturais e culturais, incluído o patrimonio arquitectónico e arqueolóxico, en canto poidan ser obxecto de contaminación e deterioro por causas ambientais*».

O título segundo, que contén as «técnicas e medidas de defensa», contempla, en primeiro lugar, as normas esenciais que han de orientar os mecanismos que se viñeron utilizando na nosa Comunidade Autónoma, a saber: a avaliación do impacto ambiental, a avaliación dos efectos ambientais e a avaliación da incidencia ambiental (cfr. arts. 5º a 19º)²¹. Así mesmo, menciónanse outros instrumentos de protección como: os rexistros, catálogos e inventarios ambientais (cfr. art. 20º), os instrumentos de planeamento urbanístico (cfr. art. 21º), a educación ambiental (cfr. art. 22º), a investigación científica e técnica (cfr. art. 23º), a información e participación cidadá (cfr. art. 24º), o «pacto am-

²⁰ Cfr. sobre este tema os traballos de: FUENTES BODELÓN, F.: «Planteamientos previos a toda formulación de un dereito ambiental», *Documentación Administrativa*, 190 (1981), pp. 113-132; MARTÍN MATEO, R.: «El medio ambiente como objeto del Derecho», en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid 1981; PÉREZ MORENO, A.: «Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho ambiental», *Revista de Administración Pública*, 100-102 (1983), pp. 2767-2786.

²¹ Cfr. os decretos da Xunta 442/1990, do 13 de setembro, de avaliación do impacto ambiental e 327/1991, do 20 de outubro de avaliación de efectos ambientais, e o Decreto estatal 2414/1961, do 30 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas. Mantéñense en vigor todos eles, segundo a disposición transitoria segunda, mentres non se aproben as normas regulamentarias de desenvolvemento da lei.

biental» –da Administración cos sectores sociais e económicos afectados, e para os supostos máis conflictivos– (cfr. art. 25º), as auditorías ambientais (cfr. art. 25,3), e as «ecoetiquetas» (cfr. art. 26º).

O título terceiro trata da «Administración ambiental», establecendo os obxectivos xerais que debe cumprir (cfr. art. 27º) e contempla a creación dun «Consello Galego de Medio Natural» co fin de facilita-la participación de tódolos sectores implicados (cfr. art. 28º).

O cuarto e último título da lei –o máis extenso de todos– regula a «disciplina ambiental» (ou dereito ambiental sancionador), detallando as funcións de inspección e vixilancia ambiental e os organismos competentes (cfr. arts. 29º a 32º), a tipificación das infraccións e sancións ambientais (cfr. arts. 33º a 38º), as medidas accesorias do procedemento sancionador (cfr. arts. 39º a 42º), o réxime de responsabilidades (cfr. art. 43º), e o propio procedemento sancionador (cfr. arts. 44º a 49º).

2.3. O réxime de prevención e control integrados da contaminación e os principios orientadores do dereito ambiental de Galicia²²

De cara á futura regulación galega do novo réxime de «prevención e control integrado da contaminación» resulta esencial a aplicación dalgúns dos principios recollidos na LPAG, en particular, os relativos á «integración» e á «acción preventiva», xa que como se deduce daquela denominación a integración e a prevención constitúen os dous eixes fundamentais da súa estrutura normativa. Pasamos a expoñelos en profundidade.

A. O principio de integración e de coordinación

O marcado carácter de horizontalidade das accións derivadas da política ambiental obriga a que as demais políticas sectoriais con repercusións sobre o medio natural teñan en conta os obxectivos daquela. Ademais, dado o carácter estrutural da política ambiental, esta non debe formularse de forma illada senón estreitamente xunto con outros problemas como o desenvolvemento económico, a enerxía, o transporte, a agricultura, etc, o que dá lugar a «unha consolidación de políticas de acordo cunha estratexia global»²³.

Este principio foi formulado inicialmente pola norma norteamericana «*Environmental Policy Act* de 1969» e máis tarde asumido pola polí-

²² Cfr. neste punto o meu traballo sobre: «La Ley de Protección Ambiental de Galicia: sus bases y sus principios ordenadores», en *Revista Xurídica de Galicia*, 28 e 29 (2000).

²³ MARTÍN MATEO, R. *Tratado de Derecho Ambiental*, I, Trivium, Madrid, 1991. pp. 448-449.

tica comunitaria do medio natural²⁴. Finalmente, a reforma do Tratado da Unión Europea de Amsterdam elevou o rango deste principio –que ata entón só afectaba á propia política ambiental– ó incluílo no título preliminar do TCE. Así, o artigo 6 establece que:

«As esixencias da protección do medio deberán integrarse na definición e na realización das políticas e accións da comunidade á que se refire o artigo 3, en particular con obxecto de fomentar un desenvolvemento sostenible».

A integración é un dos piares fundamentais do 5º Programa de acción ambiental da UE aínda que segundo os seus documentos de revisión se advirte a necesidade de seguir profundando na súa máis efectiva aplicación.

O principio de integración implica, doutra parte, a necesidade de adapta-la xestión e a organización administrativa ó carácter globalizador e integrador do medio natural. É o que se veu denominando «principio de xestión integrada». Unha tendencia que se observa no dereito comparado mediante a reagrupación ou integración nun órgano, chámese axencia, departamento ou ministerio²⁵. En España un paso importante nesta dirección produciuse coa creación do Ministerio de Medio Ambiente²⁶.

A LPAG non permaneceu allea a esta tendencia e recolle entre os seus principios orientadores:

«Principio de *integración* da protección ambiental no resto das políticas públicas» (art. 2,k).

Desde a vertente organizativa do principio que comentamos, a LPAG impón tamén esta directriz ó establecer que a Administración ambiental de Galicia desenvolverá:

²⁴ O Terceiro Programa de Acción da CEE de 1983 incluía entre os seus obxectivos o da integración da dimensión ambiental con outras políticas, e o Cuarto Programa (1987-1992) explicitaba os campos da dita integración (agricultura, industria, competencia, rexións, enerxía, mercado interior, turismo, transporte, aspectos sociais, consumidores e cooperación ó desenvolvemento). Posteriormente, trala reforma operada pola Acta Única Europea, pasaría a formar parte dos principios recollidos no propio texto do TCE (art. 130 R 2).

²⁵ Cfr. JORDANO FRAGA, op. cit. p. 140.

²⁶ Por R.D. 1894/1996, do 2 de agosto (BOE, nº 189, do 6 de agosto). Produciuse unha acertada concentración de competencias ambientais no novo Ministerio que, ata o momento, se encontraban dispersadas en varios ministerios (de Obras Públicas, de Agricultura e de Industria) e que permite homologalo co modelo dominante en outros países do noso medio. A reforma operada en 1996 supón a culminación dun proceso, iniciado nos anos setenta, no que a función administrativa ambiental veu «escalando» sucesivos niveis da Administración do Estado.

«A súa organización, composición, funcións e competencias desenvolverán regulamentariamente de acordo cos *principios de integración e coordinación de xestión,...*» (art. 27,3).

A creación da Consellería de Medio Ambiente en Galicia²⁷ –que agrupou un bo número de competencias ambientais– constitúe un sinal organizativo fundamental que debe propiciar a xestión integrada do medio natural na nosa Comunidade Autónoma.

A integración aparece aquí intimamente ligada á coordinación, pero como di Jordano Fraga: «A desexable coordinación departamental non debe ser una aspiración baseada en elementos estritamente organizativos. Os instrumentos de coordinación funcional deben alcanzarse a través da planificación, os convenios, a avaliación do impacto ambiental, etc.»²⁸.

Se ben a coordinación non é un principio específico do dereito ambiental²⁹, adquire uns trazos moi característicos nesta materia polo seu carácter horizontal ou transversal das súas accións. Como sinala Lopera, «da coordinación derivan un aumento na calidade do proceso decisional e, sobre todo, a eliminación das frecuentes políticas contradictorias que neutralizan esforzos e malgastan recursos públicos»³⁰.

A coordinación fórmulase igualmente entre os principios que han de orientar a política ambiental de Galicia:

«De *coordinación*, tanto no que fai referencia ás distintas administracións e regulacións, xa sexan sectoriais, xa de actividades con incidencia ambiental, coma ós seus compoñentes, a fin de asegura-la súa coherencia, de maneira que se facilite a súa aplicación e xestión administrativa, ó obxecto de potenciar e axilizar a actividade administrativa» (art. 2,f) LPAG).

Obsérvase que nesta disposición se distinguen dúas modalidades de coordinación: a coordinación administrativa e a coordinación normativa.

A primeira constitúe un dos principios e técnicas clásicos da organización administrativa e en Galicia ten a súa regulación específica na Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia (cfr. arts. 205 a 209). Ademais, seguindo as directrices do 5º Programa de acción ambiental da CE, creáronse na Administración galega uns órganos orienta-

²⁷ Cfr. os decretos 347/1997, do 9 de decembro e 482/1997, do 26 de decembro. A súa organización actual está contida no Decreto 14/2002, do 24 de xaneiro.

²⁸ *Los Principios del Derecho Ambiental*, Civitas, 1998. p. 140.

²⁹ É un dos principios clásicos da organización administrativa que ten rango constitucional (cfr. art. 103,1 CE) e foi recollido en case tódalas leis relativas á organización administrativa: así, a Lei 30/1992 sobre réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (cfr. arts. 9 e 10), a Lei reguladora das bases de réxime local de 1985 (cfr. arts. 55-61), etc.

³⁰ *Los principios del Derecho Ambiental*, cit. p. 112.

dos á súa aplicación que son os «Comités de integración e coordinación»³¹: un de ámbito autonómico –o «Comité galego»– e outros catro «comités provinciais», un por cada unha das catro provincias galegas. Trátase dunha boa iniciativa que trata de fomentar a perspectiva integrada do medio natural pero que terá eficacia na medida en que logre suscitar a participación dos órganos e autoridades que os compoñen³².

En canto á coordinación normativa, á parte do que poida lograrse a través dos citados «Comités de integración e coordinación», pensamos que o organismo máis adecuado para lograla é a Comisión Delegada da Xunta de Galicia para o Medio Ambiente, creada en 1984³³, cunhas funcións que son xustamente:

- a) a adecuada coordinación da política de medio natural coas demais políticas sectoriais.
- b) a elaboración das liñas básicas e plans xerais de actuación en materia de medio natural e desenvolvemento sostible.
- c) elaboración de informes e propostas para o Consello da Xunta de Galicia en materia de medio natural e desenvolvemento sostible, e
- d) as funcións e competencias que expresamente lle delegue o Consello da Xunta de Galicia.

Outra manifestación do principio de integración na propia LPAG é a que deriva sobre a planificación urbanística. Efectivamente, o art. 21,1 establece que:

«Nos instrumentos de planeamento urbanístico de carácter xeral, plans xerais de ordenación urbana e normas subsidiarias *haberá de terse en conta a defensa do medio natural e dos recursos naturais*. A este fin determinaranse regulamentariamente as medidas ou condicións tipo de protección da natureza e a paisaxe, así como da calidade ambiental, que haberán de incorporarse ó planeamento».

³¹ Cfr. o Decreto 72/1998, do 30 de xaneiro. O preámbulo deste decreto xustifica esta medida indicando: «estímase preciso a creación duns órganos que promovan e impulsen a integración do referente ambiental coa coordinación administrativa de tódalas actuacións sectoriais tanto a nivel autonómico coma local, que poidan ter algunha repercusión no medio natural». Cfr. a disposición adicional única do Decreto 14/2002, do 14 de xaneiro polo que se reforma parcialmente o decreto anterior.

³² No caso do Comité Galego, que preside o Conselleiro de Medio Ambiente, componse de dezaseis directores xerais das diferentes consellerías da Xunta de Galicia e varios representantes das organizacións locais, así como dos representantes do Ministerio de Medio Ambiente.

³³ Cfr. os decretos 80/1984, do 24 de maio, 15/1994, do 4 de febreiro e, máis recentemente, o Decreto 239/1999, do 29 de xullo.

Esta prescripción legal é, ó noso xuízo, de grande importancia pola estreita relación existente entre a protección ambiental e o urbanismo³⁴. Sen embargo, esta disposición podería ter mellorado se tivese feito referencia a outras planificacións territoriais posibles no ordenamento xurídico galego: a ordenación do territorio³⁵ e a planificación comarcal³⁶.

B. O principio de prevención

O principio de prevención é, segundo KISS, «a regra de ouro da loita pola defensa do medio natural» e supón, tanto no plano nacional, comunitario e internacional, «unha estratexia de acción que se traduce en preferencia pola actuación previa ó deterioro ambiental»³⁷. Como di Jordano Fraga, «en calquera momento en que xurda un conflito entre os obxectivos de reparación ou prevención, o principio obrigará ó interprete a inclinarse polo sentido preventivo»³⁸.

Martín Mateo recolle entre os caracteres fundamentais do dereito ambiental a «énfase preventiva», e sinala que se ben aquel «se apoia á fin nun dispositivo sancionador, sen embargo, os seus obxectivos son fundamentalmente preventivos»³⁹. Ante a alternativa represión-prevenición que domina o campo das técnicas de protección ambiental, a solución preventiva preséntase hoxe como a máis eficaz e prometedora. «Certo que –segue dicindo o mestre do dereito ambiental español– a represión leva implícita sempre unha vocación de prevención en canto que o que pretende é precisamente por vía da ameaza e admonición evitar que se produzan os supostos que dan lugar á sanción, pero no dereito ambiental a coacción *a posteriori* resulta particularmente ineficaz, por un lado en canto que de térense producido xa as consecuencias, biolóxica e tamén socialmente nocivas, a represión poderá ter unha transcendencia moral, pero dificilmente compensará graves danos, quizais irremediabilmente...»⁴⁰.

En poucas realidades coma no medio natural é oportuno o tradicional refrán de que «máis vale previr que curar». Por isto as máis importantes técnicas do vixente dereito ambiental como a avaliación de impacto,

³⁴ Cfr. SANZ LARRUGA, F. J.: «El medio ambiente y la actuación urbanística. Especial referencia a Galicia», *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, nº 2, 1998. (pp. 481-502).

³⁵ Cfr. a Lei 10/1995 do 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia (DOG núm. 233 de 5 de decembro de 1995).

³⁶ Cfr. a Lei 7/1996, do 10 de xullo, de desenvolvemento comarcal de Galicia.

³⁷ Kiss, A. Ch.: *Los principios generales del derecho del medio ambiente*. p. 73.

³⁸ *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995. p. 137.

³⁹ *Tratado de Derecho Ambiental*, I, cit. p. 93.

⁴⁰ Op. cit. p. 93.

as autorizacións, a planificación, o control integrado da contaminación, etc. participan desta filosofía preventiva.

O dereito comunitario, sensible a esta óptica preventiva, rematou por xuridifica-lo principio preventivo incluíndoo entre os que orientan a política ambiental europea. Así o art. 174, 2 del TCE establece que:

«A política da Comunidade no ámbito do medio natural (...). Basearase nos principios de cautela e acción preventiva,...»⁴¹.

O principio de prevención aparece intimamente ligado ó principio de cautela ou precaución. Como sinala Loperena este principio «esixe que cando xurda unha dúbida razoable en relación coa perigosidade de calquera actividade de repercusións ambientais, se evite, ou se tomen as medidas pertinentes para que ese eventual dano, cientificamente non comprobado aínda, non chegue a producirse»⁴². O principio de prevención encóntrase formulado na Declaración de Río de Xaneiro (cfr. o principio 15^o)⁴³. na actualidade cobrou unha grande importancia no debate sobre a biotecnoloxía (en especial, os organismos xeneticamente modificados) e dada a dificultade práctica para a súa aplicación está sendo obxecto de debate na Comunidade Europea⁴⁴.

Ó principio de prevención refírese tamén, aínda que moi sinxelamente, o art. 2, b) da LPAG, como un dos seus principios inspiradores:

«De prevención, compatibilizando a defensa dos valores ambientais co desenvolvemento económico e o progreso técnico.»

Esta formulación da lei galega sobre a prevención se relaciona co equilibrio que debe darse –y que non sempre é fácil– entre a protección ambiental, o desenvolvemento económico e o progreso técnico. Neste sentido, cada vez en máis frecuente na lexislación comunitaria, á hora de adoptar medidas preventivas, a utilización do criterio a «mellor tecnoloxía dispoñible» (en inglés, *best available technology*, ou as siglas *BAT*), ou a «mellor tecnoloxía dispoñible que non implique un custe excesivo» (*best*

⁴¹ Os principios de acción preventiva e corrección na fonte foron xa introducidos pola Acta Única Europa no mesmo art. 130 R 2 TCE.

⁴² *Los principios del Derecho Ambiental*, cit. p. 93. Como sinala o mesmo autor, seguindo a KRAMER, a diferenza do principio de prevención, ou de precaución afecta a toda a política ambiental, mentres que aquel sería aplicable a cada medida singular.

⁴³ «Co fin de protexe-lo medio natural, os estados deberán aplicar amplamente o criterio de precaución conforme ás súas capacidades. Cando haxa perigo de dano grave ou irreversible, a falta de certeza científica absoluta non deberá utilizarse como razón para posterga-la adopción de medidas eficaces en función dos custos para impedi-la degradación do medio natural».

⁴⁴ Sobre o principio de precaución, cfr. a recente comunicación da Comisión Europea, COM (2000) 1 final, titulada *Sobre el recurso al principio de precaución* (Bruxelas, 2 de febreiro de 2000).

available technology not entailing excessive cost, ou *BATNEEC*). Este último principio implica que o uso dunha tecnoloxía para a redución, evitación ou minimización da contaminación non sexa a máis efectiva ó prezo que sexa, senón, antes ben, aquela que non leve un custo excesivo con relación á protección ambiental e que teña unha carga económica que unha unidade productiva estea en condicións de soportar.

3. A actividade de control ambiental en Galicia.

A disciplina ambiental

A LPCIC, por unha parte, define a «autorización ambiental integrada» como «a resolución do órgano competente da Comunidade Autónoma na que se sitúa a instalación, pola que se permite, para os seus efectos da protección do medio natural e da saúde das persoas...» (art. 3, a), e, por outra parte, establece no seu art. 30 que «As comunidades autónomas serán as competentes para adoptar as medidas de control e inspección necesarias para garantir o cumprimento desta lei...». Todo isto obríganos a estudar a vixente organización administrativa galega en materia de control ambiental e o seu réxime especial de inspección ambiental.

3.1. A «Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental» como órgano principal do control ambiental en Galicia. O «Laboratorio de Medio Ambiente»

Trala reorganización administrativa experimentada pola Consellería de Medio Ambiente en virtude do Decreto 14/2002, do 24 de xaneiro⁴⁵, a Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental preséntase como o organismo principal en materia de control ambiental en Galicia, e que no futuro está chamado a desempeñar un papel fundamental na aplicación do réxime de prevención e control integrado da contaminación na nosa Comunidade Autónoma. Como establece o seu art. 7º, 1:

«A Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental exercerá as competencias e funcións en materia de *control e avaliación da incidencia que sobre o ambiente provoca a actividade humana*, e o fomento de sistemas e estratexias de corrección da dita incidencia, así como a súa posta en marcha para o logro da adecuada protección ambiental».

Para o exercicio das súas funcións a citada Dirección Xeral conta con dúas subdireccións xerais:

1º. A «*Subdirección Xeral de Avaliación Ambiental*», que «exercerá as funcións de coordinación e xestión das actuacións técnicas e administra-

⁴⁵ DOG nº 27, do 6 de febreiro de 2002.

tivas derivadas da aplicación dos instrumentos preventivos que figuran na Lei de protección ambiental de Galicia; as actividades encamiñadas ó cumprimento da normativa específica ambiental galega e das adaptacións da normativa xeral, en especial as relativas á normativa de ecoxestión, ecoauditoría e ecoetiquetaxe; así mesmo, xestionará e realizará o seguimento dos pactos ambientais» (art. 7,2,1). Que, á súa vez conta coas seguintes unidades (ou servizos):

■ o «*Servicio de Protección Ambiental*», que «exercerá as funcións relacionadas con tódolos trámites técnicos e administrativos relativos ós expedientes de aplicación dos instrumentos preventivos recollidos na Lei de protección ambiental de Galicia, o seguimento do cumprimento dos contidos das declaracións de impacto ambiental e de efectos ambientais e dos dictames de incidencia ambiental» (art. 7, 2,1,1) e,

■ O «*Servicio de Inspección e Intervención Ambiental*», que «exercerá as funcións relacionadas coa aplicación da normativa de prevención ambiental, en especial os relacionados coa inspección e os pactos ambientais; a elaboración dos procedementos de ecoetiquetaxe, ecoxestión e ecoauditoría; a tramitación dos expedientes de homologación de empresas e equipos de avaliación de impactos e de control da calidade ambiental» (art. 7,2,1,2).

2º. A «*Subdirección Xeral de Calidade Ambiental*», que «exercerá as funcións de control dos efectos derivados das actividades que poidan incidir na calidade do ambiente, así como a xestión e o seguimento da aplicación de medidas correctoras» (art. 7,2,2); que, á súa vez, conta coas seguintes unidades ou servizos:

■ o «*Servicio de Fomento e Control da Calidade Ambiental*», que «se encargará da análise e avaliación dos datos que xere a Rede de Vixilancia e Control da Contaminación Atmosférica en Galicia, e a aplicación das correspondentes medidas correctoras; o seguimento dos resultados das redes de control e vixilancia da calidade das augas continentais e marítimas de Galicia, en coordinación coa Administración hidráulica e pesqueira; o asesoramento e a asistencia ós concellos en materia de aplicación da normativa contra a contaminación acústica de Galicia; a xestión da recuperación de solos contaminados e de áreas degradadas por vertedoiros de residuos sólidos urbanos; o control, seguimento e, se é o caso, execución pola Administración dos plans de restauración de explotacións mineiras a ceo aberto, en coordinación coa administración mineira; e o seguimento ambiental da aplicación da normativa de uso de produtos químicos e praguicidas e doutras substancias tóxicas e perigosas» (art. 7.2.2.1), e,

■ o «*Servicio de Control e Xestión de Residuos*», que «exercerá as funcións de control da xestión e dos correspondentes plans dos residuos urba-

nos, perigosos, industriais e sanitarios e dos agropecuarios en coordinación coa Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, así como a tramitación da autorización de xestores e produtos de residuos; o fomento das accións de redución, reciclaxe e recuperación de residuos e dos programas de colaboración cos concellos e con outras organizacións para a aplicación das accións indicadas, a participación en foros nacionais e internacionais para efectos de facilitar o fluxo dos coñecementos máis actuais entre os distintos sectores interesados; e o desenvolvemento de estudos e informes en materia de ambiente» (art. 7.2.2.2).

Por outra parte, outro organismo que, dependente da citada Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental, deberá desenvolver importantes funcións técnicas en materia de prevención e control integrado da contaminación é o «Laboratorio de Medio Ambiente»⁴⁶, que, como establece o art. 7,3,1 do Decreto 14/2002, «lle corresponderá a realización de estudos, análises e informes técnicos sobre establecemento de parámetros, técnicas e procedementos analíticos previstos nas normas ambientais...». Así, por exemplo, á hora de adoptar as medidas adecuadas para prevenir a contaminación mediante a aplicación das «mellores tecnoloxías dispoñibles» (cfr. arts. 3, ñ), 4,1, a) e 7 LPCIC); ou para a información prevista nos art. 8, 2 e 4 da LPCIC (elaboración do Inventario estatal de emisións).

3.2. A disciplina ambiental

A. Introducción

Coa expresión «disciplina ambiental» referímonos á potestade sancionadora da Administración en materia ambiental, así como ó conxunto de operacións de inspección que a preceden. A dita potestade supón a posibilidade que lle reconece o ordenamento á Administración para intervir represivamente nos comportamentos dos administrados contrarios ás normas administrativas (ilícitos administrativos). O noso Alto Tribunal reconeceu a constitucionalidade da potestade sancionadora da Administración aínda que someténdoa ás necesarias cautelas, que preserven e garantan os dereitos dos cidadáns (cfr. a STC 77/1983, do 3 de outubro).

A Lei 30/1992, contén no seu título IX (arts. 127 a 138) os principios e regras xerais da potestade sancionadora da Administración, que constitúe lexislación básica do Estado, e debe respectarse polos posibles desenvolvementos das comunidades autónomas.

Unha das máis destacadas peculiaridades do dereito administrativo sancionador en materia ambiental estriba na dificultade de determinar

⁴⁶ Cfr. A súa regulación polo Decreto 164/1999, do 27 de maio.

un procedemento administrativo ambiental xeral, tendo en conta a diversidade de regulacións existentes.

A heteroxeneidade do dereito administrativo sancionador ambiental non só se encontra na gran diversidade dos supostos –infraccións– e dos bens xurídicos que se deben protexer, senón tamén na variedade do contido das sancións administrativas previstas. Nestas, se ben domina a multa como consecuencia habitual da infracción ambiental, existen outros tipos de sancións como a suspensión temporal ou definitiva da actividade, clausura de establecementos, etc.

Como xa sinalamos, o art. 30 da LPCIC deixa en mans das comunidades autónomas a competencia para adoptar as medidas de control e inspección necesarias para garanti-lo cumprimento da lei, o cal nos leva ó estudio do particular réxime de disciplina ambiental vixente en Galicia.

B. A disciplina ambiental no ordenamento xurídico de Galicia.

A inspección ambiental⁴⁷

Case a metade da LPAG se dedica a establecer o marco xeral do dereito sancionador da nosa Comunidade Autónoma en materia de medio natural (vinte dos seus corenta e nove arts.: os arts. 29 a 49). A isto débese lle engadi-lo elenco das normas sancionadoras recollidas nas leis autonómicas sectoriais (pesca marítima, pesca fluvial, etc.).

O título IV da lei, sobre a «Disciplina ambiental» está estruturado en catro capítulos, relativos á «Inspección e vixilancia» (o 1º), ás «Infraccións e sancións» (o 2º), á «Responsabilidade e suspensión de actividades» (o 3º) e ó «Procedemento» (o 4º).

O réxime da inspección e vixilancia ambiental, ó que a Lei 1/1995 lle dedica o capítulo 1º do seu título II (arts. 29 a 32), foi desenvolvido polo D. 156/1995, do 3 de xuño, de inspección ambiental e pola Orde do 30 de maio de 1996, pola que se regula «o exercicio da inspección ambiental única e a tramitación das denuncias ambientais»⁴⁸.

Segundo o art. 30 da LPAG, a inspección ambiental ten como función, no marco da defensa e protección do ambiente de Galicia:

«... a execución do control e vixilancia das actividades e instalacións de calquera tipo que fosen susceptibles de afectalo negativamente.»

⁴⁷ Cfr. BABIO ARCAV, R.: «La inspección ambiental en Galicia. La potestad sancionadora de la Administración», o *Libro de Ponencias del III Congreso del Medio Ambiente del Arco Atlántico*, Silleda 1996, pp. 683-697.

⁴⁸ DOG nº 110, do 5 de xuño de 1996. Vid. tamén a Orde do 15 de novembro de 1999, pola que se modifica a orde do 30 de maio de 1996, que regula o exercicio da inspección ambiental única e a tramitación de denuncias ambientais (DOG nº 224, do 19 de novembro de 1999), e a Orde do 13 de marzo de 2000, pola que se modifica o anexo da Orde do 15 de novembro de 1999 para incluír novos datos nos modelos de actas de inspección co fin de obter maior información nas inspeccións ambientais (DOG nº 55, do 20 de marzo de 2000).

e o D. 156/1995, desenvolve os obxectivos da dita función inspectora:

«O exercicio da función de inspección ambiental ten como fin garantir o dereito a gozar dun medio natural axeitado para o desenvolvemento da persoa, o deber de conservalo a utilización racional dos recursos naturais, así como protexer e mellora-la calidade de vida dentro do respecto ós principios constitucionais e estatutarios, velando polo cumprimento das leis e normas xerais de protección e xestión do medio natural.» (art. 1,1).

O alcance dos medios de inspección ambiental se concreta no art. 1,2 do D.:

«...o control previo e a vixilancia do correcto cumprimento dos instrumentos preventivos e das prescricións legais para a preservación ambiental, co obxecto de facer constar, se é o caso, as infraccións e os danos que se producisen, así como recompila-la súa proba suficiente; e en xeral, a execución do control e vixilancia de calquera tipo de actividade e instalación que fose susceptible de afectar negativamente o medio natural de Galicia».

Os organismos encargados da inspección ambiental son tanto os órganos sectoriais con competencias ambientais –tamén denominados «órganos substantivos»– como a chamada «inspección ambiental única ou xeral». Así mesmo, a Administración local desenvolve a súa propia inspección no marco das súas competencias, salvo que se encontre imposibilitada para isto, caso no que lle poderá pedir auxilio á Administración autonómica⁴⁹.

A función inspectora ambiental lévase a cabo por un corpo específico de «inspectores ambientais» –que gozan da consideración de axentes da autoridade⁵⁰– e por outros funcionarios autonómicos de «garderías ou asimilados», estatais ou municipais –con funcións de vixilancia segundo as súas disposicións particulares– que se denominan «axentes auxiliares ambientais»⁵¹. Para o exercicio das súas funcións haberán de estar debidamente acreditados⁵².

⁴⁹ Cfr. arts. 29,2 da Lei 1/1995 e 6 do D. 156/1995.

⁵⁰ Cfr. art. 30,2 da Lei 1/1995 e arts. 4 e 9 do D. 156/1995.

⁵¹ Cfr. art. 30,3 da Lei 1/1995 e art. 4,3 do D. 165/1995. Téñase en conta así mesmo que a Unidade do Corpo Nacional de Policía adscrita á Comunidade Autónoma de Galicia (Orde do 19 de xuño de 1991) –á que se lle pode chamar «policía autonómica galega»–, pode desempeñar funcións de control en materias de medio natural, a teor da Lei orgánica 2/1986, do 13 de marzo, de forzas e corpos de seguridade. En concreto, ó sinala-las funcións das comunidades autónomas, a través dos seus corpos de policía, establece a de «velar –en colaboración coas forzas e corpos de seguridade do Estado– polo cumprimento das disposicións que teñen á conservación da natureza e do medio natural, recursos hidráulicos, así como a riqueza cinxética, piscícola, forestal e de calquera outra índole relacionada coa natureza».

⁵² A O. do 30 de maio de 1996 regula o procedemento de acreditación da condición de «inspector ambiental ou funcionario autonómico cualificado» (todos aqueles

Nas súas funcións inspectoras as administracións competentes han de actuar baixo os principios de coordinación, eficacia e celeridade⁵³, con observancia do principio de colaboración entre elas⁵⁴, con «especial atención» e utilizando os mellores medios técnicos dispoñibles⁵⁵.

As inspeccións ambientais poden adoptar catro formas distintas⁵⁶:

1ª. Inspeccións previas á autorización ou licenzia⁵⁷

Aplícanse sobre aquelas actividades ou instalacións que requiren a existencia dunha avaliación preliminar de impacto, efectos ou incidencia ambiental⁵⁸. Trátase de comprobar varios extremos: que se xustifica a necesidade do proxecto –mediante a valoración das circunstancias concurrentes–⁵⁹, que se cumpre o requisito –e prescricións– da previa avaliación ou dictame ambiental –a través da correspondente «visita de comprobación» e subseguinte «acta de comprobación»⁶⁰, trala solicitude do interesado ou promotor–, sen o cal non poderá dar comezo a actividade de que se trate⁶¹, e, por último, que se cumpriron as medidas correctoras impostas, no seu caso, pola autorización ou licenzia⁶².

2ª. Inspeccións de seguimento⁶³

Aplícase con posterioridade á posta en marcha da actividade, co obxecto de comprobar que se cumpren de maneira continuada as condicións previstas nos instrumentos preventivos (avaliacións e licenzias ou autorizacións). Prevese para isto a elaboración dun «Plan de seguimento global» para as actividades sometidas a avaliación de impacto ou efectos

funcionarios que desempeñen funcións de inspección ambiental), que será expedida pola Secretaría Xeral para a Protección Civil e o Medio Ambiente (cfr. O art. 1º e o anexo I en que se reproduce o modelo de acreditación, de inspector ambiental e de axente auxiliar ambiental).

⁵³ Cfr. art. 2 do D. 156/1995.

⁵⁴ Cfr. art. 10 do D. 156/1995.

⁵⁵ Cfr. art. 11 do D. 156/1995.

⁵⁶ Vid. a súa enumeración no art. 12 do D. 156/1995. Esta recolle catro modalidades a diferenza da Lei 1/1995 que só contempla tres clases de inspeccións (previas ó outorgamento dunha autorización ou licenzia, en virtude de denuncia e as que podan acordarse de oficio).

⁵⁷ Cfr. art. 31,a) da Lei 1/1995 e arts. 12,1 e 16-20 do D. 156/1995.

⁵⁸ Cfr. arts. 5 a 19 da Lei 1/1995.

⁵⁹ Cfr. art. 16 do D. 156/1995.

⁶⁰ Cfr. Art. 4,2 da O. do 30 de maio de 1996 (vid. o seu anexo V sobre modelo da dita acta).

⁶¹ Cfr. arts. 16 a 19 do D. 156/1995.

⁶² Cfr. art. 20 do D. 156/1995.

⁶³ Cfr. arts. 12,2 e 21-25 do D. 156/1995.

ambientais, elaborado pola Comisión Galega de Medio Ambiente para cada unha das provincias⁶⁴. Se se comproba que a actividade incumpre as ditas condicións –circunstancia que se fai constar nunha acta levantada para o efecto⁶⁵– o órgano competente pode impoñe-las oportunas medidas preventivas ou esixir, no seu caso, a achega de plans, programas ou documentos omitidos⁶⁶.

3ª. Denuncias⁶⁷

Cando se produza unha denuncia ambiental, formulada por persoas físicas ou xurídicas –de acordo cun modelo arbitrado para o efecto⁶⁸– ante os organismos competentes⁶⁹ (xefaturas provinciais de protección ambiental ou Secretaría Xeral da Comisión Galega de Medio Ambiente se o obxecto da denuncia afecta a dúas ou máis provincias), onde se poña en coñecemento feitos que poidan ser obxecto de delicto, infracción administrativa ou incumprimento de prescricións de obrigado cumprimento⁷⁰; a Xefatura Provincial de Protección Ambiental, ou, no seu caso, a Secretaría Xeral para a Protección Civil e o Medio Ambiente, «realizará a comprobación dos feitos descritos na denuncia e das circunstancias que puidesen ser necesarias para a súa valoración, ou, ben, impulsa-lo descubrimiento polo órgano sectorial competente» (art. 26,1 *in fine*)⁷¹.

En todo caso, a Administración inspectora ambiental ha de comunicarlle ó denunciante –ben directamente ou por medio da Xefatura Pro-

⁶⁴ Cfr. art. 21 do D. 156/1995.

⁶⁵ Cfr. A O. do 30 de maio de 1996, en que no anexo V se reproduce o modelo da dita «acta de comprobación» (art. 4,1º).

⁶⁶ Cfr. arts. 22 a 24 do D. 156/1995.

⁶⁷ Cfr. art. 31, b) da Lei 1/1995 e arts. 12,3 e 26 a 30 do D. 156/1995. Vid. tamén o art. 2º da O. do 30 de maio de 1996. Con anterioridade á Lei 1/1995, unha orde da Consellería da Presidencia e Administración Pública, do 31 de maio de 1991, regulou o «procedemento administrativo de tramitación de reclamacións e denuncias ambientais».

⁶⁸ Cfr. art. 27,3 do D. 156/1995. A O. do 30 de maio de 1996 desenvolve este extremo no seu art. 2º e reproduce no seu anexo III o modelo para a presentación da denuncia ou reclamación ambiental.

⁶⁹ Cfr. art. 27,1 e 2 do D. 156/1995. Vid. tamén o art. 2,2 da O. do 30 de maio de 1996, en que se establece que as denuncias ambientais poderán presentarse «por calquera dos medios admitidos no art. 45 da Lei 30/1992 (referida á aplicación na Administración pública das técnicas e os medios electrónicos, informáticos e telemáticos).

⁷⁰ Cfr. art. 26,1 do D. 156/1995.

⁷¹ A O. do 30 de maio de 1996 desenvolve neste punto as posibles actuacións da Xefatura Provincial de Protección Ambiental, trala denuncia:

«... determinará a necesidade de realizar visita de inspección ambiental ou reclamará máis información, e tramitará o expediente ó/ós órgano/os competentes para a súa resolución incluíndo, se é o caso, a correspondente acta de inspección ambiental e/ou informe técnico».

vincial de Protección Ambiental- o dato da iniciación ou non do procedemento sancionador⁷².

Se como consecuencia da denuncia e as conseguíntes comprobacións se deduce a posible existencia dun delicto ou falta relacionados co ambiente a Administración deberá remiti-las súas actuacións –xunto cos informes xurídicos e técnicos– ós órganos xurisdiccionais competentes⁷³.

4ª. Coñecemento de oficio⁷⁴

Cando a Administración teña coñecemento polos seus propios medios da existencia de feitos –derivados de calquera actividade en funcionamento ou abandonada de forma ilegal– que poden ser constitutivos de delicto ambiental, infracción administrativa ou incumprimento das prescricións de cumprimento obrigatorio, unha vez realizadas as comprobacións pertinentes, deberá poñelos en coñecemento do órgano xurisdiccional competente ou ben suscita-la apertura do procedemento sancionador oportuno⁷⁵.

Xunto coas anteriores modalidades de inspección ambiental, o D. 1156/1995 engade unhas especialidades para a *inspección previa e de seguimento das actividades clasificadas*⁷⁶. Antes do inicio da actividade clasificada será preceptiva a «visita de comprobación» consistente en «verificar se as instalacións se axustan ó proxecto presentado e se adoptaron as medidas correctoras impostas na concesión da licencia»⁷⁷, que deberá facerse coa máxima prontitude⁷⁸, e que leva implícita o dereito a percibir-las taxas –municipais ou autonómicas– correspondentes⁷⁹.

O resultado da visita ha de plasmarse nunha «acta de comprobación»⁸⁰ –que pode ser total ou parcial, segundo o tamaño, dimensión ou complexidade da instalación⁸¹.

⁷² Cfr. art. 28 do D. 156/1995.

⁷³ Cfr. art. 29 do D. 156/1995.

⁷⁴ Cfr. art. 31, a) da Lei 1/1995.

⁷⁵ Cfr. arts. 12,4 e 31 do D. 156/1995.

⁷⁶ Cfr. o título III do D. 156/1995 (arts. 32 a 39).

⁷⁷ Cfr. art. 33 do D. 156/1995.

⁷⁸ A visita deberá facerse –trala notificación ó petionario cunha antelación mínima de dous días– no prazo máximo de vinte días hábiles contados desde a data en que o petionario lla solicite ó concello (cfr. art. 35,1 do D. 156/1995). Non obstante se a visita non se produce en tal prazo, o promotor poderá iniciar-lo exercicio da actividade, respectando o cumprimento das obrigas impostas pola licencia, sen prexuízo das posteriores inspeccións pola Administración competente (cfr. art. 35,2 do D. 156/1995).

⁷⁹ Cfr. art. 36,1 do D. 156/1995.

⁸⁰ Cfr. Art. 5,1 da O. do 30 de maio de 1996 (vid. o seu anexo VI, en que se reproduce o contido da dita acta de comprobación).

⁸¹ Cfr. art. 33,2 e 3 do D. 156/1995.

Da visita de comprobación poden derivar dúas posibles consecuencias:

1ª. Que poida darse inicio á actividade clasificada: cando a acta sexa totalmente favorable ou que, a pesar de que as instalacións non se axusten exactamente ó proxecto inicial, as variacións introducidas sexan accesorias e se adoptaran tódalas medidas correctoras impostas pola licenza⁸².

2ª. Que non se autorice a actividade clasificada por algún dos seguintes motivos:

■ se se comproba que as obras ou instalacións realizadas varíen sensiblemente respecto do proxecto inicial, o cal obrigará ó titular da licenza a someter de novo o proxecto modificado a trámite⁸³.

■ se se comproba que non se adoptaron as medidas correctoras impostas pola licenza, e obriga ó titular a cumprilas e a unha posterior visita de comprobación⁸⁴.

■ se se comproba que as instalacións, pese a axustarse ó proxecto inicial e terse adoptado as medidas correctoras, tales medidas non garanten os índices ou valores sinalados pola normativa vixente⁸⁵.

A realización das visitas de comprobación das actividades clasificadas compételles ós concellos cando dispoñan do persoal técnico adecuado. No caso contrario, deberá solicitarse o apoio técnico da Xunta a través das xefaturas provinciais de medio natural, que designarán os funcionarios encargados de efectualas⁸⁶.

Unha vez realizada a visita de comprobación, se se produce discrepancia entre a certificación do técnico director da obra e a acta de comprobación, o titular da actividade clasificada –que non queira aceptar as condicións e medidas correctoras derivadas da visita–, poderá interpoñer ante o concello os recursos que procedan⁸⁷.

Con posterioridade ó inicio da actividade clasificada, a inspección ambiental xeral ou as inspeccións sectoriais (coordinadas polo Relatorio Técnico da Comisión Provincial de Medio Ambiente e polas xefaturas provinciais de protección ambiental) poderán –de oficio ou a instancia dos concellos afectados– verificar e comproba-lo cumprimento continuado da normativa sobre as ditas actividades⁸⁸, levantando a acta correspon-

⁸² Cfr. art. 34,1, a) e b) do D. 156/1995.

⁸³ Cfr. art. 34,2,a) do D. 156/1995.

⁸⁴ Cfr. art. 34,2,b) do D. 156/1995.

⁸⁵ Cfr. art. 34,3 do D. 156/1995.

⁸⁶ Cfr. art. 36,2 e 3 do D. 156/1995.

⁸⁷ Cfr. art. 37 do D. 156/1995.

⁸⁸ Cfr. Art. 5,2 da O. do 30 de maio de 1996.

dente –chamado «acta de inspección»⁸⁹– e recollendo, no seu caso, o resultado nas mostras dos seus produtos contaminados ou contaminantes⁹⁰. Ademais das anteriores visitas, a inspección ambiental poderá realizar en calquera momento as inspeccións de comprobación sobre as medidas correctoras e a súa eficacia, así como en xeral do cumprimento da normativa ambiental, por mandato da Secretaría Xeneral da Comisión Galega de Medio Ambiente ou do presidente da Comisión Provincial de Medio Ambiente⁹¹.

Con carácter xeral, o D. 156/1995 regula o alcance e contido⁹² das actas de inspección –que poden ser de investigación⁹³ ou de comprobación⁹⁴– e que gozarán da presunción de veracidade respecto dos feitos que se declaren probados⁹⁵. A actividade inspectora pode esixir, nalgúns casos a toma de mostras ou a medida de determinados parámetros ambientais⁹⁶.

Así mesmo, o citado D. establece unha serie de medidas sobre as actuacións de investigación, descubrimento e inspección da Inspección ambiental única, previas á iniciación dun procedemento sancionador, para comprobar se concorren as circunstancias que xustifiquen tal incoación⁹⁷. Do resultado das ditas actuacións –unha vez realizada a acta

⁸⁹ Cfr. Art. 5,3 da O. do 30 de maio de 1996 e o seu anexo VII, que reproduce o modelo da referida acta.

⁹⁰ Cfr. art. 38 do D. 156/1995 e art. 5,5 da O. do 30 de maio de 1996.

⁹¹ Cfr. art. 39 do D. 156/1995.

⁹² Cfr. arts. 13,1 e 2, 14 e 15 do D. 156/1995.

⁹³ Segundo a O. do 30 de maio de 1996, a «acta de investigación» –que se redactará por triplicado– procede realizala nalgún dos seguintes supostos:

«a) Con carácter previo ó outorgamento dunha autorización ou licencia, co obxecto de comprobala realidade dos extremos unidos nos estudos ou proxectos dos diferentes elementos preventivos, así como as sinaladas por calquera outra prescripción legal (artigo 12,1º do D. 156/1995).

B) En virtude de denuncia dalgún feito que puidese ser constitutivo de delicto, infracción administrativa, ou incumprimento de prescripción de obrigado cumprimento legal (artigo 12,3º do D. 156/1995).

C) De oficio, para a comprobación de calquera actividade en funcionamento ou abandonada de forma ilegal, ou por coñecemento ou indicios de existencia de feitos que puidesen ser constitutivos de delicto ou infracción administrativa (artigo 12,4º do D. 156/1995).

⁹⁴ Cfr. art. 13,3,4 e 5 do D. 156/1995. A O. de 30 de maio de 1996 reproduce nos seus anexos IV e V os modelos das actas de investigación e de comprobación, respectivamente, nos que han de plasmarse os resultados das ditas actividades.

⁹⁵ Cfr. os arts. 32,2 da Lei 1/1995 e 13,6 do D. 156/1995.

⁹⁶ Cfr. o art. 3,3 e 4 da O. do 30 de maio de 1996, sobre a forma de proceder en tales actuacións.

⁹⁷ Cfr. art. 40 do D. 156/1995.

correspondente– a inspección ambiental formularalle, no seu caso, unha «petición razoada», non vinculante, ó órgano sectorial competente para o inicio do procedemento sancionador⁹⁸.

Por último, o repetido D. 156/1994 recolle no seu título V (arts. 44 a 47), os principios e as normas que han de orienta-las relacións interadministrativas da actividade de inspección ambiental, co obxecto de lograr unha efectiva coordinación e eficacia administrativa, así como a obriga por parte dos entes municipais de prestarlle información ós organismos autonómicos competentes⁹⁹. Ante o incumprimento por parte dos entes locais das obrigas impostas pola LPAG ou das demais normas ambientais, a Administración autonómica –tralo prazo para o seu cumprimento voluntario– poderá adopta-las medidas necesarias para o seu cumprimento a custa ou en substitución da entidade local, e incluso utiliza-los medios impugnatorios previstos pola Lei reguladora das bases de réxime local¹⁰⁰.

4. Os mecanismos preventivos. As técnicas de avaliación de impacto ambiental de Galicia

4.1. As modalidades de avaliación ambiental e a súa posible inserción no procedemento de prevención e control integrado da contaminación

Como dispón o art. 11,4 da LPCIC: «*As comunidades autónomas disporán o necesario para a inclusión no procedemento de outorgamento da autorización ambiental integrada...: a) as actuacións en materia de avaliación de impacto ambiental ou outras formas de avaliación ambiental previstas na normativa autonómica, cando así sexa esixible e a competencia para isto sexa da Comunidade Autónoma*». Por conseguinte, parece oportuno analizar moi brevemente o réxime actual da normativa ambiental de Galicia na dita materia¹⁰¹.

A Comunidade Autónoma de Galicia, en desenvolvemento das súas competencias ambientais –amparadas polo art. 149,1,23 da CE e art. 27,30 do seu Estatuto de Autonomía para dictar «normas adicionais de protección»– procedeu, primeiro, á regulación propia da «Avaliación do

⁹⁸ Cfr. art. 41 do D. 156/1995.

⁹⁹ Cfr. arts. 44 e 45 do D. 156/1995.

¹⁰⁰ Cfr. arts. 46 e 47 do D. 156/1995.

¹⁰¹ Cfr. o traballo de ALONSO PICÓN, J. F.: *Evaluación de Impacto Ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1998.

impacto ambiental» polo Decreto 442/1990, do 13 de setembro¹⁰² e, posteriormente, complementou esta normativa co Decreto 327/1991, do 4 de outubro, de avaliación de efectos ambientais»¹⁰³. En ambas trasladáronse os principios establecidos na directiva comunitaria e na lexislación básica ambiental. Non obstante, na actualidade esta normativa debe adecuarse ás recentes reformas introducidas no dereito comunitario e no dereito estatal, en particular, a través da Lei 6/2001, do 8 de maio de modificación do Real decreto lexislativo 1302/1986, do 28 de xuño de avaliación de impacto ambiental¹⁰⁴. Tamén, cara ó futuro, deberán someterse a avaliación determinados plans e programas con repercusión ambiental tal como establece a recente Directiva 2001/42/CE, do 27 de xuño, do Parlamento Europeo e do Consello relativa a «a avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio natural».

A Lei 1/1995, de protección ambiental de Galicia concédelle a máxima importancia ós procedementos de avaliación ó regulalos en primeiro lugar dentro das técnicas de defensa do medio (os capítulos 1º, 2º, 3º e 4º do título I da lei). Tal como establece o art. 5,1:

«tódolos proxectos, obras e actividades que sexan susceptibles de afectar ó medio natural deberán obter unha autorización, e o seu outorgamento derivará dun previo procedemento que determinará o órgano da Administración ambiental, segundo a clasificación do grao de protección que lles sexa aplicable».

Os procedementos que se prevén na lei, de acordo co criterio do grao de protección aplicable (de maior a menor), son tres:

- a) a avaliación do impacto ambiental.
- b) a avaliación dos efectos ambientais.
- c) a avaliación da incidencia ambiental.

O art. 2,a da lei resume así o obxectivo perseguido por estas técnicas:

«A clasificación das actividades de acordo coa súa incidencia ambiental, co fin de evitar e corrixir, dentro do procedemento de autorización previa e da subseguinte vixilancia e control, os efectos negativos que estas poden ter sobre o medio natural».

E o art. 4º da lei expresa o ámbito de protección sobre o que se han de aplicar:

«... o medio natural constituído pola poboación, a fauna, a flora, a diversidade xenética, o solo, o subsolo, a auga, o aire, o clima, a paisaxe, así como a interrelación entre os elementos antes mencionados, os recursos

¹⁰² DOG nº 188 do 25 setembro de 1990.

¹⁰³ DOG nº 199, do 15 de outubro de 1991.

¹⁰⁴ BOE nº 111, do 9 de maio de 2001.

naturais e culturais, incluído o patrimonio arquitectónico e arqueolóxico, en canto que poden ser obxecto de contaminación e deterioro por causas ambientais».

Por outra parte, a lei define o concepto de avaliación como «aquela actividade do órgano ambiental que ten por obxecto determina-la compatibilidade dun proxecto, obra ou actividade co medio natural e, se é preciso, as medidas correctoras que deben incluírse no proxecto e/ou no seu desenvolvemento» (art. 5,3). Unha técnica que, segundo o art. 6º, poderá aplicarse sobre actividades que se estean realizando ou que xa se teñan realizado (cfr. art. 6º). De igual modo, a lei dispón o carácter preceptivo e vinculante do requisito previo da autorización, sen a cal non é posible outorga-la licenza de apertura ou da actividade avaliada (art. 5,4).

Con carácter xeral o «órgano ambiental» en Galicia encargado de tramita-los procedementos de avaliación de impacto ambiental é, na actualidade, a «Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental».

4.2. A avaliación do impacto ambiental

A Lei 1/1995 refírese a este procedemento nos seus arts. 7º a 9º, e indica, de maneira moi concisa, o ámbito da súa aplicación –as actividades incluídas na normativa comunitaria, na lexislación básica do Estado e no ámbito autonómico– (art. 7º), remitindo ó desenvolvemento regulamentario a elaboración do catálogo de actividades sometidas e o procedemento para a súa declaración (cfr. art. 8º), e dispendo como única norma legal que «a declaración de impacto será de carácter vinculante para o órgano de competencia substantiva se a declaración fora negativa ou impuxese medidas correctoras» (art. 9º).

A Comunidade Autónoma galega regulou este procedemento por D. 442/1990, do 13 de setembro, decreto que, segundo a disposición transitoria 2ª da Lei 1/1995, segue en vigor mentres non se aproben as normas regulamentarias que a desenvolvan.

As actividades sometidas á avaliación do impacto ambiental segundo o citado decreto son as que se recollen no seu anexo I¹⁰⁵, cunha realización e/ou autorización que lle corresponda á Administración da Xunta de Galicia.

¹⁰⁵ O anexo I contén a seguinte lista de actividades:

1. Refinerías de petróleo bruto, con exclusión das empresas que producen unicamente lubricantes derivados do petróleo, así como instalacións de gasificación e pirólise de xistos bituminosos con capacidade superior a 500 Tm/día. Oleoductos e gasoductos submarinos.

2. Centrais eléctricas con potencia igual ou superior a 300 MW. Outras instalacións de combustión con potencia térmica de, polo menos, 300 MW. Outros reactores nucleares (con exclusión das instalacións de investigación para a produción e trans-

O órgano administrativo ambiental encargado da tramitación administrativa do expediente é, na actualidade, a «Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental»¹⁰⁶, e que é distinto do «órgano substantivo», é dicir, do organismo competente para conceder a autorización do proxecto sometido á avaliación.

A avaliación do impacto ha de conter, polo menos, os aspectos e determinacións que se enumeran no art. 3º do decreto e que consisten, sinteticamente, nos seguintes elementos:

- a) descrición do proxecto e as súas accións; exame de alternativas e xustificación da solución adoptada.
- b) inventario ambiental e descrición das interaccións ecolóxicas ou ambientais claves.
- c) identificación e valoración de impactos, tanto na solución proposta como nas súas alternativas.

formación de materias fisionables e fértiles nas que a potencia máxima non pase de 1 kW de duración permanente térmica).

3. Instalacións destinadas exclusivamente ó almacenamento permanente, ou a eliminar definitivamente residuos radioactivos (...).

4. Centrais siderúrxicas integrais.

5. Instalacións destinadas á extracción de amianto así como o tratamento e transformación do amianto e dos produtos que conteñen amianto. Para os produtos de amianto-cemento, unha produción anual de máis de 20.000 toneladas de produtos terminados, e para outras utilizacións de amianto, unha utilización de máis de 200 toneladas por ano.

6. Instalacións químicas integradas (...).

7. Construción de autoestradas, autovías e liñas de ferrocarril de longo percorrido, que supoñan novo trazado, aeroportos con pistas de despegue e aterraxe dunha lonxitude maior ou igual a 2.100 metros e aeroportos de uso particular (...).

8. Portos comerciais, vías navegables e portos de navegación que permitan o acceso a barcos superiores a 1.350 toneladas e portos deportivos (...).

9. Instalacións de eliminación de residuos tóxicos e perigosos por incineración, tratamento químico ou almacenamento en terra (...).

10. Grandes presas (...)

11. Primeiras repoboacións cando entrañen riscos de graves transformacións ecolóxicas negativas (...) –relaciónanse as circunstancias para entender que existe «risco de grave transformación ecolóxica negativa»–.

12. Extracción a ceo aberto de hulla, lignito ou outros minerais (...).

13. Todas aquelas actuacións que produzan unha alteración física ou unha perda dos valores naturais culturais, científicos ou educativos dos espazos naturais en réxime de protección xeral, incluídos no Rexistro Xeral de Espazos Naturais de Galicia.

14. Calquera actuación que, mediante un decreto do Consello da Xunta de Galicia, se considere, con posterioridade á aprobación do presente decreto, que debe estar suxeita á avaliación do impacto ambiental ordinario.

¹⁰⁶ Cfr. o art. 7 do Decreto 14/2002, do 24 de xaneiro.

- d) establecemento de medidas protectoras e correctoras e o programa de vixilancia ambiental, e
- e) o documento de síntese.

O procedemento de avaliación regúlase nos arts. 5º e 6º do decreto e comprende os seguintes trámites:

- 1º) presentación do estudio de impacto ambiental polo promotor do proxecto, ante a Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental.
- 2º) a iniciación da tramitación administrativa do expediente de impacto pola citada dirección xeral e solicitude de informes ó órgano substantivo e ás consellerías e institucións que interese consultar.
- 3º) o trámite de información pública.
- 4º) a remisión do expediente polo órgano substantivo coa súa proposta de declaración –máis as alegacións formuladas na información pública e outras posibles observacións– á Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental.
- 5º) o estudio e análise técnico do expediente pola mesma dirección xeral, que llo pode devolver ó órgano substantivo e ó promotor do proxecto, se o estima incorrecto, para a realización de correccións e estudos complementarios.
- 6º) a declaración de impacto ambiental pola Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental e a súa remisión ó órgano substantivo.
- 7º) Publicación da declaración do impacto no *Diario Oficial de Galicia* e a súa comunicación ó promotor do proxecto.

A vixilancia e seguimento sobre a realización do proxecto correspóndelle ó órgano substantivo competente, que poderá efectuar as comprobacións necesarias, requirir, no seu caso, a suspensión da súa execución, e incluso, exercer as accións encamiñadas a restituí-la realidade física alterada pola execución do proxecto (cfr. art. 7º do D.).

4.3. A avaliación de efectos ambientais

Igual ca na técnica da avaliación do impacto ambiental, a Lei 1/1995 é moi parca na regulación do procedemento de avaliación de efectos ambientais (cfr. arts. 10º a 12º), que só se distingue do anterior en canto que as actividades sometidas teñen menor incidencia sobre o medio natural e o procedemento para a súa avaliación é moito máis simplificado.

Como xa adiantamos, a Xunta de Galicia aprobou por D. 327/1991, do 4 de outubro, o procedemento de avaliación de efectos ambientais, e que segue en vigor tal como establece a disposición transitoria 2ª da Lei 1/1995. A aprobación desta nova técnica de avaliación xustificouse na necesidade de complementa-lo D. 442/1990, mediante a creación dun

procedemento máis simplificado que o da avaliación do impacto, para unha serie de actividades e proxectos que facían aconsellable a realización de estudos ambientais.

O obxecto da avaliación de efectos ambientais fíxase de forma indeterminada para «tódolos proxectos públicos e privados, de execución de obras, instalacións ou calquera outra actividade contemplada nas diferentes lexislacións sectoriais, tanto da Comunidade Autónoma¹⁰⁷ coma do Estado, que precisen ou prevexan a necesidade da realización dun estudo ambiental e non estean contemplados no anexo do D. 442/1990...» (art. 1º do decreto)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Así, por exemplo, as determinacións contidas en: Decreto 81/1989, do 1 de maio, sobre medidas de ordenación das novas plantacións co xénero *eucaliptus* (art. 2,2); o Decreto 82/1989, do 11 de maio, polo que se regula a figura de espazo natural en réxime de protección natural; etc.

¹⁰⁸ Segunda unha información procedente da Secretaría Xeral da Comisión Galega de Medio Ambiente, as actividades sometidas a avaliación de efectos ambientais son as seguintes:

- * Estradas de novo trazado. Outras vías non contempladas no D. 1131/1988.
- * Explotacións mineiras de extracción, clasificación, lavado e almacenamento de minerais.
- * Oleoductos, gasoductos e transportes por tubarías de hidrocarburos e produtos químicos.
- * Depósitos de GLP (máis de 500 m³).
- * Almacenes de produtos petrolíferos (máis de 500 m³).
- * Almacén de substancias tóxicas e perigosas.
- * Centrais térmicas con potencia inferior a 300 MW.
- * Minicentrais hidroeléctricas.
- * Obras de espazos protexidos, zonas húmidas e zonas costeiras.
- * Aterramento, recheo, drenaxe ou desecación de zonas húmidas, marismas e lagoas.
- * Instalacións de aglomerados asfálticos (tempo de explotación superior a 15 meses).
- * Instalacións de colas, vernices e pinturas.
- * Revestimento de metais, de galvanizado e tratamento químico (maior de 5 m³).
- * Cemiterio de automóbiles (de máis de 5.000 m² ou 30 coches).
- * Estaleiros, varadoiros e talleres de ribeira.
- * Polígonos industriais.
- * Instalacións industriais con potencia superior a 10 MW.
- * Industrias téxtiles, do coiro, da goma, farmacéutica e almacén destes últimos.
- * Instalacións de depuración de augas residuais (superiores a 10.000 hab.).
- * Estacións de tratamentos de auga potable, depósitos de auga e canalizacións hidráulicas (máis de 10.000 hab.).
- * Obras para gañar terreos ó mar ou canles fluviais.
- * Obras de defensa e rexeneración ou que incidan en costas e praias.
- * Obras de canalización e desvío de canles fluviais (máis de 100 m).
- * Construción e ampliación de calquera tipo de portos.
- * Instalacións destinadas ó tratamento de residuos sólidos urbanos, agropecuarios, industriais ou clínicos (máis de 10.000 hab.).

O procedemento para a avaliación dos efectos ambientais regulado no extenso art. 2º do D. 327/1991, componse dos seguintes trámites:

1º) a presentación do estudio de efectos ambientais polo promotor –que deberá conte-las alíneas previstas no art. 2,2 do decreto– ante a Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental.

2º) a instrucción do procedemento pola citada dirección xeral –que deberá consultarlle ós organismos e institucións que considere oportunos e poderá solicitarlle ó promotor a corrección das deficiencias que aprecie no proxecto–.

3º) o trámite de información pública.

4º) a declaración de efectos ambientais pola Dirección Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental –no prazo de 30 días desde a terminación da información pública– e a súa remisión ó órgano substantivo.

Igual ca no procedemento de declaración de impacto, a vixilancia e seguimento da execución do proxecto, así como a determinación das responsabilidades e danos polo seu incumprimento, corresponde ó órgano substantivo (cfr. art. 3º do D.).

4.4. A avaliación da incidencia ambiental. As «actividades clasificadas»

O control das «actividades molestas, nocivas, insalubres e perigosas», tamén chamadas «actividades clasificadas» –ou actividades RAMINP–, é unha das funcións administrativas máis antigas sobre a protección ambiental no noso país¹⁰⁹, que foi implantada polo D. 1414/1961, do 30 de novembro.

* Establecementos marisqueiros e auxiliares.

* Pistas e circuítos de carreiras.

* Campamentos públicos.

* Instalacións recreativas (parques, xardíns botánicos, zoolóxicos) (máis de 10 has.).

* Explotacións gandeiras de cría intensiva de máis de 25 UGM e con densidade superior a 3 UGM.

* Cría de especies exóticas.

* Industrias alimentarias e agroalimentarias.

* Industrias forestais.

* Industrias de aproveitamentos de algas mariñas.

* Fábricas de derivados de conchas e moluscos.

* Modificacións ou ampliacións de proxectos que figuren no D. 442/1990.

* Calquera actividade en espazos protexidos definidos no anexo de Normas complementarias e subsidiarias do planeamento das Provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra.

¹⁰⁹ Sobre o réxime de actividades clasificadas cfr.: DOMPER FERRANDO, J.: «El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas», I e II, Ma-

O control das actividades clasificadas foi unha das primeiras competencias transferidas a Galicia en materia de medio natural¹¹⁰. A regulación substantiva destas actividades veu rexéndose en Galicia polo Regulamento estatal de 1961, presentando unicamente peculiaridades no aspecto organizativo.

O D. 156/1995 do 3 de xuño, polo que se regula a inspección ambiental, recolle os diferentes trámites e actuacións sobre o funcionamento das actividades clasificadas. Tales procedementos foron estudados xa na alínea correspondente á disciplina ambiental.

A LPAG denomina este procedemento de «avaliación da incidencia ambiental» e régula, con relativa extensión, a continuación dos de impacto e efectos ambientais (cfr. arts. 13º a 19º). Ó establece-lo seu ámbito de actuación reproduce as definicións que de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas ofrece o vello RAMINP.

Maior atención dedícalle a Lei 1/1995 ás competencias dos municipios na avaliación da incidencia ambiental. A lei atribúelle, con carácter xeral, a competencia sobre este procedemento á Administración autonómica, aínda que pode delegala nos municipios trala solicitude destes e sempre que acrediten dispoñer de «os medios técnicos, persoais e materiais suficientes para o exercicio da competencia» (art. 15º).

No suposto de delegación ós municipios, fíxanse uns contidos mínimos que debe cumprilo acordo autonómico delegante –que debe publicarse no DOG–: determinación das competencias delegadas, inicio da delegación, condicións para a instrucción dos expedientes, e controis que se reserva a Administración autonómica (art. 16º). Así mesmo, a Administración autonómica poderá establecer instrucións técnicas sobre o exercicio das competencias delegadas, solicítalles información ós municipios sobre a súa xestión ambiental e formula-los requirimentos para corrixi-las deficiencias que se observen (art. 17º), e os municipios deben informar á Administración autonómica sobre as peticións de avaliación de incidencia ambiental e sobre as licencias outorgadas (art. 18º).

En todo caso, o dictame de avaliación de incidencia ambiental emitido polos organismos competentes da Administración autonómica terán –como sinala o art. 19º– «efectos vinculantes para a autoridade mu-

dríd 1992; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Las vecindades industriales y su impacto en el medio ambiente», en *Ordenación del Territorio y medio ambiente*, IVAP, Oñati, 1988; GARCÍA GARCÍA, E.: *Manual práctico de actividades molestas, insalubres y peligrosas*, Ed. Dykinson, Madrid 1986; LÓPEZ NIETO y MALLO, F.: *Manual de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, 2ª. ed.

¹¹⁰ Cfr. o RD. 212/1979 de traspaso de competencias sobre actividades clasificadas ó ente preautonómico galego e consolidadas trala aprobación do Estatuto de Autonomía de Galicia, polo RD. 1706/1982, de traspasos de servicios.

municipal que debe outorga-la licenza cando fose negativa ou imponha medidas correctoras que non estean contempladas no proxecto...».

Como establece o art. 11, 2 da LPCIC: «O outorgamento da autorización ambiental integrada... precederá no seu caso ás demais autorizacións substantivas ou licencias que sexan obrigatorias, entre outras: b) Licenza municipal de actividades clasificadas...». Por conseguinte, a futura regulación galega sobre prevención e control integrado da contaminación deberá respecta-las competencias dos municipios nesta materia.

5. Breve panorámica da lexislación sectorial do dereito ambiental de Galicia

5.1. Normativa directamente implicada na execución do réxime de prevención e control integrado da contaminación

Tal como se deduce do réxime xurídico da LPCIC hai varias normas galegas, tendo en conta a normativa básica do estado, deberán adecuarse á futura autorización ambiental que regule a Comunidade Autónoma de Galicia.

A. Normativa sobre residuos

Para os efectos da regulación da autorización ambiental integrada de Galicia que, de acordo co art. 11,1, b) da LPCIC, deberá integrar nun só acto de intervención administrativa varias autorizacións ambientais sobre a produción e xestión de residuos, deben terse en conta as seguintes normas galegas:

- Decreto 154/1993, do 24 de xuño de 1993, sobre réxime xurídico básico do servizo público de xestión dos residuos industriais¹¹¹.
- Lei 10/1997, do 22 de agosto, de residuos sólidos urbanos de Galicia¹¹².
- Decreto 154/1998, do 28 de maio, polo que se publica o catálogo de residuos de Galicia¹¹³.
- Decreto 260/1998, do 10 de setembro, polo que se regula a autorización de xestor de residuos sólidos urbanos e a inscrición no Rexistro Xeral de Xestores de Residuos Sólidos Urbanos¹¹⁴.

¹¹¹ DOG n° 130, do 9 de xullo de 1993.

¹¹² BOE n° 237, do 3 de outubro de 1997.

¹¹³ DOG, n° 107, do 5 de xuño de 1998.

¹¹⁴ DOG n° 189, do 29 de setembro de 1998.

■ Decreto 263/1998, do 10 de setembro, polo que se regula a autorización e se crea o Rexistro de Productores e Xestores de Residuos Perigosos¹¹⁵.

■ Resolución do 2 de xuño de 1999, pola que se ordena a publicación do acordo do Consello da Xunta de Galicia, do 23 de abril de 1999, polo que se aproba definitivamente como plan sectorial de incidencia supramunicipal o Plan de Xestión de Residuos Sólidos Urbanos de Galicia¹¹⁶.

■ Decreto 263/1999, do 30 de setembro, polo que se fixa a concentración límite en solos afectados por vertidos de residuos HCH¹¹⁷.

■ Decreto 298/2000, do 7 de decembro, polo que se regula a autorización e notificación de produtor e xestor de residuos de Galicia e créase o Rexistro Xeral de Productores e Xestores de Residuos de Galicia¹¹⁸.

■ Orde do 26 de decembro de 2000 pola que se regula o réxime de autorización como xestor de residuos das actividades transformadoras de desperdicios de orixe animal e animais mortos¹¹⁹.

■ Orde do 26 de decembro de 2000, pola que se regula o réxime de autorización como xestor de residuos das actividades transformadoras de desperdicios de orixe animal e animais mortos¹²⁰.

B. Normativa sobre contaminación acústica

Tamén poden ser obxecto de inclusión na autorización ambiental integrada os actos de intervención e os límites de emisión en materia de contaminación acústica. Polo tanto debe terse en conta as normas galegas seguintes:

■ Lei 7/1997 de 11 de agosto, contra a contaminación acústica¹²¹.

■ Decreto 150/1999, do 7 de maio, polo que se aproba o regulamento de desenvolvemento da Lei 7/1997, do 11 de agosto¹²².

¹¹⁵ DOG n.º 190, do 30 de setembro de 1998.

¹¹⁶ DOG n.º 106, do 4 de xuño de 1999.

¹¹⁷ DOG, n.º 196, do 8 de outubro de 1999.

¹¹⁸ DOG n.º 4, do 5 de xaneiro de 2001.

¹¹⁹ DOG n.º 3, do 4 de xaneiro de 2001.

¹²⁰ DOG n.º 3, do 4 de xaneiro de 2001.

¹²¹ DOG n.º 159 do 20 de agosto de 1997. Cfr. tamén o Decreto 150/1999, do 7 de maio, polo que se aproba el Regulamento de protección contra a contaminación acústica (DOG n.º 100, 27 de maio de 1999).

¹²² DOG n.º 100, do 27 de maio de 1999.

C. Normativa sobre vertidos

Outros actos de intervención que, segundo o citado art. 11,1,b), han de integrarse na autorización ambiental integrada son os relativos ós vertidos ás augas continentais e os vertidos desde terra ó mar. Polo tanto, ha de considerarse a normativa galega vixente:

- Lei 8/1993, do 23 de xuño, reguladora da administración hidráulica de Galicia¹²³, que só afectaría ós vertidos de augas á denominada Conca Hidrográfica Galicia-Costa, de competencia exclusiva de Galicia e que é xestionada polo organismo autónomo «Augas de Galicia» (dependente da Consellería de Medio Ambiente, desde o ano 2002).
- Lei 8/2001, do 2 de agosto, de protección da calidade das augas das rías de Galicia e de ordenación do servizo público de depuración das augas residuais urbanas¹²⁴, na que se establecen os parámetros técnicos e límites de emisión dos vertidos.

D. Normativa urbanística

Co obxecto de proceder á emisión do informe do concello (no cal se asente a instalación), previsto no art. 12,1,b) e 15 da LPCIC, acreditativo da compatibilidade do proxecto co planeamento urbanístico, debe terse en conta a lexislación urbanística propia de Galicia regulada na:

- Lei 1/1997 do 24 de marzo, do solo de Galicia¹²⁵.

E. Normativa sobre contaminación atmosférica

En materia de contaminación atmosférica só existe en Galicia unha normativa propia sobre o chamado «imposto de contaminación atmosférica»¹²⁶. Sen embargo, cabe destaca-la existencia no Parlamento de Galicia do Proxecto de lei de protección do medio ambiente atmosférico que, presumiblemente vai ser aprobado en breves datas¹²⁷.

¹²³ DOG n° 125 do 2 de xullo de 1993. Cfr. tamén o Decreto 27/1996, do 25 de xaneiro, polo que se aproba o regulamento do desenvolvemento lexislativo do capítulo IV da Lei 8/1993 reguladora da Administración hidráulica, relativo ó canon de saneamento (DOG n° 23, do 1.02.96).

¹²⁴ DOG n° 161, do 28 de xullo de 2001.

¹²⁵ DOG n° 59, do 26 de marzo de 1997.

¹²⁶ Trátase da Lei 12/95, do 29 de decembro do Imposto sobre a contaminación atmosférica (DOG n° 249 do 30 decembro de 1995). Cfr. tamén o Decreto 29/2000, de 20 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento do imposto sobre a contaminación atmosférica (DOG n° 34, do 18 de febreiro de 2000).

¹²⁷ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia n° 243, do 27 de novembro de 2002.

5.2. Outra normativa sectorial

Así mesmo, deben destacarse outras normas do dereito ambiental de Galicia que constitúen o marco xurídico en que se deberá desenvolver o futuro réxime da prevención e control integrado da contaminación de Galicia:


- Lei 10/1995, do 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia (DOG nº 233 do 5 de decembre de 1995).
- Decreto 80/2000, do 23 de marzo, polo que se regula os plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal (DOG, nº 75, do 17 de abril de 2000).
- Decreto 185/1999, do 17 de xuño, polo que se establece o procedemento para a aplicación, na Comunidade Autónoma galega, dun sistema voluntario de xestión e auditoría ambiental (DOG nº 126, do 2 de xullo de 1999).
- Decreto 455/1996, do 7 de novembro, de fianzas en materia ambiental (DOG nº 32, do 17 de febreiro de 1997).
- Decreto 295/2000, do 21 de decembro, polo que se desenvolve a Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de protección ambiental de Galicia, en relación co pacto ambiental na Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 2, do 3 de xaneiro de 2001).
- Lei 7/1992, do 24 de xullo, reguladora da pesca fluvial (DOG nº 151, do 5 de agosto de 1992)
- Decreto 130/1997, do 14 de maio, polo que se aproba o Regulamento de ordenación da pesca fluvial e dos ecosistemas acuáticos continentais (DOG, nº 106, do 4 de xuño de 1997).
- Lei 6/1993, do 11 de maio de 1993, sobre pesca marítima (DOG, nº 101, do 31 de maio de 1993).
- Lei 4/1997, do 25 de xuño, de caza de Galicia (DOG, nº 133, do 11 de xullo de 1997).
- Decreto 205/1995, do 6 de xullo, polo que se regula o aproveitamento da enerxía eólica (DOG nº 136, do 17 de xullo de 1995).
- Lei 9/2001, do 21 de agosto, de conservación da natureza (DOG nº 171, do 4 de setembro de 2001).

6. Reflexión final sobre a futura normativa galega de prevención e control integrado da contaminación

A futura regulación galega da prevención e control integrado da contaminación –que constituirá unha norma adicional de protección respecto do réxime xurídico contido na LPCIC– ten o seu fundamento nos

principios orientadores do dereito ambiental de Galicia, en particular, os relativos á prevención e á integración e coordinación administrativa. A súa introducción en Galicia suporá unha aplicación específica da doutrina da «Administración Única» que hai uns anos se popularizou o actual presidente da nosa Comunidade Autónoma¹²⁸.

De cara á súa elaboración sería desexable que fixera un esforzo de integración dos diferentes mecanismos de protección ambiental que existen actualmente. Así, por exemplo, conviría integrar na futura «autorización ambiental integrada» galega os instrumentos de avaliación de impacto ambiental nos seus tres niveis (a avaliación de impacto, de efectos e de incidencia ambiental) tal como permite a LPCIC. Así mesmo, sería unha boa oportunidade para establecer un réxime propio da licenza municipal de actividades clasificadas, respectando as competencias dos concellos nesta materia como escrupulosamente o fai a norma básica estatal. Tamén debe aproveitarse para coordina-la autorización ambiental no marco da lexislación urbanística galega (actualmente en proceso de revisión).

Por último, o procedemento da autorización ambiental debe evitar no posible a prolongación dos prazos da súa tramitación para lograr un sistema áxil e competitivo. Se ben o novo sistema de autorizacións previsto pola LPCIC vai ter unha incidencia relativamente reducida (en canto ó número de instalacións) en Galicia, convén que, sen perde-lo rigor dos controis administrativos, se ofrezca unha alternativa flexible e dinámica. Nesta liña poden utilizarse os mecanismos xa previstos na lexislación galega sobre as ecoauditorías e os pactos ambientais. 

¹²⁸ Cfr. o traballo de RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *La Administración Única en el marco constitucional*, Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios, Santiago, 1993.

RÉXIME SANCIONADOR DA NORMATIVA URBANÍSTICA GALEGA: TIPIFICACIÓN DAS INFRACCIÓN S URBANÍSTICAS, PERSONAS RESPONSABLES, SANCIONES E REGRAS PARA DETERMINA-LA CONTÍA DAS SANCIONES*

Juan Carlos Prado del Valle

Xefe do Servizo de Urbanismo e Inspección Territorial
da Coruña. Consellería de Política Territorial,
Obras Públicas e Vivenda

Introducción

A Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, DOG nº 252, de 31-12-2002, vixente desde o día 1 de xaneiro de 2003, derogou a Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo de Galicia (LSG), e a Lei 7/1995, do 29 de xuño, de delegación e distribución de competencias en materia de urbanismo, que constituían a lexislación autonómica nesta materia.

A nova lei, como así se indica na súa exposición de motivos, «non implica un abandono completo do modelo urbanístico e dos elementos xurídicos implantados na lei galega de 1997. Antes ó contrario, trátase dunha posta ó día e mellora dos instrumentos técnicos alí recollidos e o seu axuste coa nova lexislación estatal», isto é, a Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións, modificada polo Real decreto-lei

* Este traballo correspóndese co relatorio presentado nas «Xornadas sobre o procedemento de disciplina urbanística», organizadas pola EGAP, en Lugo o 17-12-2002, actualizada trala promulgación da Lei 9/2002.

4/2000, do 23 de xuño, de medidas urxentes de liberalización do sector inmobiliario, se ben que interpretada á luz da doutrina sentada polo Tribunal Constitucional nas súas sentencias do 5 e 11 de xullo de 2001 e do 27 de febreiro de 2002.

Respecto da disciplina urbanística, a propia exposición sinala que «se actualizaron as sancións económicas e se precisaron as conductas infractoras nunha exhaustiva tipificación», para referirse a continuación á novidade organizativa que supón a creación da Axencia de Protección da Legalidade Urbanística.

Así pois, para contrastar os cambios introducidos haberá que referirse, necesariamente, ó réxime contido na lei derogada, que, por outra parte e como consecuencia da aplicación dos principios da potestade sancionadora, seguirá despregando os seus efectos respecto das infraccións cometidas con anterioridade á entrada en vigor da nova, sen prexuízo de que nos expedientes sancionadores sexa de aplicación a norma máis favorable ó sancionado, como así o recolle a **disposición transitoria décima** da Lei 9/2002.

En calquera caso, na análise que se realice teranse en conta os seguintes aspectos:

En primeiro termo, o encadramento do réxime sancionador urbanístico dentro do dereito administrativo sancionador e a conseguinte aplicabilidade, con matices, dos principios do dereito penal, cuestión que non é pacífica pese a que foi profusamente tratada pola doutrina e a xurisprudencia, que reflicten diferentes posturas.

En segundo lugar, o feito de que, precisamente sexa en materia de disciplina urbanística na única que se produciu o desenvolvemento regulamentario previsto na disposición transitoria sexta da Lei do solo de 1997, polo que haberá de facerse referencia ás repercusións da reforma legal no Regulamento de disciplina urbanística para o desenvolvemento e aplicación da lei do solo de Galicia, aprobado mediante Decreto 28/1999, do 21 de xaneiro (RDUG), que declara as súas disposicións aplicables a **disposición transitoria sexta** do novo texto legal, en todo o que non se opoñan ou resulten afectadas polo disposto neste, ata tanto non se aprrobe o seu desenvolvemento regulamentario.

E por último, a aparición nos últimos anos de traballos doutrinarios, que, dentro do contexto conceptual e sistemático do noso dereito urbanístico, están especificamente dirixidos ó estudo da lexislación urbanística galega na materia, entre os que merece destacarse o libro monográfico «Disciplina urbanística en Galicia», de P. González Mariñas y J. Álvarez Barbeito, auténtico manual, que mantén a súa inusual utilidade práctica aínda despois de aprobada a reforma.

Principios xerais

Competencia en materia de disciplina urbanística

A Lei 9/2002, igual que a Lei do solo de Galicia de 1997, mantense dentro do esquema tradicional do dereito urbanístico vixente en España, sen prexuízo da introducción de certas peculiaridades, que tamén afectan á regulación desta materia.

O **artigo 3.5** da Lei 9/2002 recolle como *funcións que comprende a competencia en materia de disciplina urbanística* as seguintes:

- a) Inspecciona-las obras, edificacións e usos do solo para comprobar o cumprimento da legalidade urbanística.
 - b) Adopta-las medidas necesarias para a restauración da orde urbanística vulnerada e repo-los bens afectados ó estado anterior á produción da situación ilegal.
- e por último,
- c) Sanciona-los responsables das infraccións urbanísticas.

Corríxese así a confusión contida no artigo 3.6 LSG, que se refería á *competencia para a protección da legalidade urbanística*, cando tradicionalmente no noso dereito urbanístico esta non inclúe as sancións, conceptualmente independentes.

Aínda que algún autor lle atribuíra esta confusión ó Regulamento de 1999, a realidade é que este no seu artigo 3º, ó reproducir aquel precepto da LSG, apártase da dicción legal para referirse, xenericamente, a «*a actividade administrativa no tocante á legalidade urbanística*».

En consonancia co **artigo 216.2** da Lei 9/2002, cun contido que reproduce o do artigo 181.2 da LSG, o artigo 4º do regulamento, establece que:

«Toda actuación que contradiga as normas ou o planeamento urbanístico en vigor poderá dar lugar a:

- a) A adopción por parte da Administración competente das medidas precisas para que se proceda á restauración da orde xurídica infrinxida e da realidade física alterada ou transformada como consecuencia da actuación ilegal.
- b) A iniciación dos procedementos de suspensión e anulación dos actos administrativos nos que presuntamente puidera ampararse a actuación ilegal.
- c) A imposición de sancións ós responsables, trala tramitación do correspondente expediente sancionador, sen prexuízo das responsabilidades de orde penal en que se puidese incurrir.
- d) A obriga de resarcimento de danos e indemnización de prexuízos a cargo dos que sexan declarados responsables.»

E no seu artigo 2.1, en correspondencia co artigo 181.3 LSG, e agora o **216.3** da Lei 9/2002, dispón que a intervención administrativa no uso do

solo e na edificación, as medidas de protección da legalidade urbanística e as relativas ó procedemento sancionador son de exercicio inescusable.

Dos distintos aspectos que integran a disciplina urbanística, aquí ímonos centrar na función sancionadora dos responsables das infraccións urbanísticas.

Principios da potestade sancionadora

Xa nos anos setenta o Tribunal Supremo sinalou que no supraconcepto do ilícito se integran tanto as contravencións administrativas como o ilícito penal e que, polo tanto, era necesaria a existencia duns principios xerais que cubriran ámbalas ramas do ordenamento xurídico sancionador.

A partir do establecemento no artigo 25-1 da Constitución do principio de legalidade material conxuntamente para o delicto, a falla e a infracción administrativa, é a xurisprudencia do Tribunal Constitucional a que sentou as bases da interpretación que impuxo, se ben con matices, a aplicación dos principios do dereito penal ós ilícitos administrativos. E non só os principios materiais ou substantivos, senón tamén os que afectan o procedemento, os que se refiren ós dereitos e garantías contempladas no artigo 24-2 C.E.

Por conseguinte, como sinala o Tribunal Supremo na Sentencia do 19 de novembro de 2001, xa non se discute se os principios do dereito penal se aplican ó dereito administrativo sancionador, senón que o controvertido é ata qué punto o son ou cáles son as modulacións con que se lle aplican tales principios ó exercicio da potestade sancionadora da Administración. E engade, «isto sen contar con que, na actualidade, se han de aplica-los preceptos do título IX da LRX e PAC, relativo á dita potestade».

A Lei 30/1992, do 26 de novembro, modificada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXAP) regula a potestade sancionadora no seu título IX, co carácter de lexislación básica dictada ó abeiro do artigo 149-1-18^a C.E., destinada a garantirlles ós administrados un tratamento común ante as administracións públicas, referíndose no seu capítulo I ós principios da potestade sancionadora (legalidade, tipicidade, irretroactividade, responsabilidade, proporcionalidade, prescrición e *non bis in idem*) e no capítulo II ós Principios do procedemento sancionador (garantías do procedemento, dereitos do presunto responsable, presunción de inocencia, medidas provisionais e motivación).

No marco desta lexislación básica, o establecemento dos procedementos materiais concretos é cuestión que afecta a cada Administración pública no exercicio das súas competencias. Agora ben, a propia regula-

ción das infraccións e sancións e os correspondentes procedementos, deben respecta-las disposicións contidas no dito título IX.

Esta regulación foi obxecto de durísimas críticas por parte da doutrina (en particular por A. Nieto García) e acusada de hipergarantista, entendendo que acertadamente, na medida que as esixencias legais exceden en determinados aspectos das derivadas do texto constitucional, como sucede respecto da separación entre a fase instructora e a sancionadora, establecida no artigo 134.2 LRXAP, que non é esixible nos procedementos administrativos desde a perspectiva constitucional, como así sinalou o Tribunal Constitucional nas súas sentencias nº 175/1987; 22/1990 e 76/1990, por tratarse dunha das modulacións dos principios da orde penal na súa aplicación ó dereito administrativo sancionador.

Realmente, non deixa de chama-la atención que a mesma autoridade que pode dictar unha orde de demolición e impor multas coercitivas para logra-la súa execución polo suxeito obrigado, sen suxeitarse ás rigorosas garantías do dereito sancionador, por tratarse de medidas de reposición da legalidade ou de medios para a execución forzosa, deba someterse a tales esixencias para impo-la sanción polo incumprimento da propia orde de demolición (tipificada como leve no artigo 99 do RDUG e no artigo 217.4 do novo texto legal), cando aqueles actos poden ter consecuencias de moita maior entidade económica e resultar certamente máis gravosos para o administrado.

En calquera caso, a nova lei regula a materia sancionadora con criterios que se axustan plenamente ós ditos principios constitucionais e ó disposto no título IX da LRXAP.

Réxime sancionador na normativa urbanística galega

Aínda que, en principio, esta exposición debe concretarse á regulación contida na sección terceira «*Infraccións e sancións*», do capítulo III «*Disciplina urbanística*», do título VI «*Intervención na edificación e uso do solo e disciplina urbanística*», da Lei 9/2002, artigos 216 a 223 (que se corresponden cos artigos 181 a 187 da Lei do solo de 1997 e 69 a 106 do Regulamento de disciplina), a propia sistemática seguida pola nova lei fará inevitables as referencias a outros dos seus extremos, como son os relativos á protección da legalidade urbanística ou á regulación do solo rústico.

As modificacións que se introducen no réxime sancionador non supoñen unha ruptura coa regulación vixente, sen prexuízo de que, en materia de sancións, se introduzan unha nova forma de acoutar e calcula-lo importe das multas, e novas sancións, de carácter accesorio.

De igual modo, na tipificación de infraccións, aínda que se produce unha maior concreción, mantense unha liña de continuidade coa regulación anterior.

Non obstante, un dos eixes sobre os que pivota a reforma legal, en palabras da súa exposición de motivos: «a armazón e definición do medio rural e do solo rústico», determina que se abordara a súa regulación dunha maneira moi detallada en comparación coa situación precedente, o que se traduce, correlativamente, non só nunha maior precisión das condutas infractoras, senón, ademais, na redistribución das competencias entre os municipios e a Comunidade Autónoma tanto nesta materia coma no relativo á protección da legalidade, que se ben non afectan o núcleo da regulación, achegan importantes modificacións na orde práctica.

A reforma legal obedece a unha evolución lóxica no camiño iniciado pola Lei de 1997, que nos seus artigos 180 e 186 atribuíulle á Comunidade Autónoma a protección da legalidade e a imposición de sancións polo incumprimento das condicións de uso e edificación en determinados ámbitos: zonas verdes, espazos libres, dotacións, equipamentos e solo rústico de especial protección.

A Lei 9/2002 mantén esa atribución no **artigo 213**, para a adopción de medidas de protección da legalidade, e no **artigo 217 en relación co 222**, para a imposición de sancións, respecto das zonas verdes, espazos libres, dotacións e equipamentos, se ben acouta a súa aplicación engadindo o cualificativo de públicos.

Non obstante, a modificación máis significativa prodúcese respecto do solo rústico, pois agora a distribución das competencias sobre protección da legalidade e para sancionar correspóndese, en xeral, coa atribución da competencia para permitir ou autorizar usos ou actividades construtivas no solo rústico, con independencia de que sexa de protección ordinaria ou especial. Trátase, en definitiva, de delimitar de forma máis precisa o ámbito da intervención da Administración autonómica no solo rústico, e a partir de aí atribuírle a intervención restauradora e sancionadora en relación cos usos prohibidos e con aqueles que están suxeitos á obtención da súa autorización con carácter previo á licenza municipal.

Prodúcese aquí unha modificación importante, pois con anterioridade á intervención autonómica directa para a protección da legalidade urbanística no solo rústico, unicamente se producía no de especial protección, e a competencia sancionadora limitábase ás infraccións moi graves, que se correspondían cos incumprimentos das normas relativas o uso e á edificación que afectasen ó solo rústico protexido, a excepción das parcelacións urbanísticas, que constituían infracción moi grave aínda que se tratase de solo rústico común ou ordinario, igual cá realización de obras de urbanización sen a previa aprobación do planeamento e do proxecto de urbanización esixibles.

Poderán cuestionarse aspectos concretos relativos ás categorías establecidas no solo rústico, á regulación dos usos ou das condicións edificatorias, pero *o que sen dúbida resulta incuestionable é, que a importancia estratéxica do solo rústico para a ordenación territorial e urbanística de Galicia demanda, inescusablemente, a intervención da Comunidade Autónoma, sen que exista ningunha esixencia de orde constitucional ou legal que lle impoña a limitación da dita intervención ó plano lexislativo, con exclusión de competencias de execución.*

Tipificación das infraccións urbanísticas

O principio de legalidade proclamado no artigo 25-1 C.E. determina a esixencia de predeterminación normativa dos ilícitos e das sancións correspondentes. Se ben no ámbito penal comprende ademais a garantía formal do rango da norma, que, segundo reiterada xurisprudencia do Tribunal Constitucional, supón a reserva de lei, conforme ó sinalado polo propio Tribunal, no ámbito dos ilícitos administrativos ten unha eficacia limitada que permite unha maior marxe de actuación na tipificación tanto deses ilícitos coma das correspondentes sancións.

A Lei 30/1992 (LRXAP), despois de establecer no seu artigo 129.1 que «só constitúen infraccións administrativas as vulneracións do ordenamento xurídico previstas como tales infraccións por unha lei», dispón no número 3 dese mesmo artigo que «as disposicións regulamentarias de desenvolvemento poderán introducirle especificacións ou graduacións ó cadro das infraccións ou sancións establecidas legalmente, que sen constituír novas infraccións ou sancións, nin altera-la natureza ou límites que a lei contempla, contribúan á máis correcta identificación das condutas ou á máis precisa determinación das sancións correspondentes.»

A Lei 9/2002 mantén no seu artigo 216.1 a definición das infraccións urbanísticas como «as accións ou omisións que vulneren as prescricións contidas na lexislación e o planeamento urbanístico, tipificadas e sancionadas naquela» con igual dicción que o art. 181.1 da lei de 1997 e o 69 do RDUG.

O tema de fondo que se presenta é o do alcance da potestade normativa sancionadora das corporacións locais, exposto extensa e detalladamente por Sánchez Goyanes no seu libro «La potestad normativa del municipio español». Refírese este autor ó que denomina infraccións urbanísticas impropias, é dicir vulneracións da ordenación urbanística ás que o propio planeamento reputa como infraccións, sen que o sexan na lei que lles pode prestar cobertura, e cunha importancia que se acrecenta como consecuencia da tendencia nos últimos tempos de incluír nos instrumentos de planeamento ordenanzas de diversa índole (medio natural

urbano, prevención de incendios, etc.) en busca da cobertura do réxime sancionador da lexislación urbanística, o que non considera aceptable desde a perspectiva do artigo 25 da Constitución.

Hai anos que o Tribunal Supremo se manifestou, na súa Sentencia do 2 de xaneiro de 1989 (a Lei 9639, do 18-4-1989), relativa a unha ordenanza reguladora da publicidade exterior do Concello de Burgos, no sentido de que a técnica de remisión desde as ordenanzas locais á lei e regulamento urbanísticos para a aplicación das sancións previstas na dita lexislación a infraccións non tipificadas na normativa urbanística e que o sexan da ordenanza non é procedente; que tampouco é lícito o establecemento dunha contía mínima das multas por infraccións que teñen establecido un máximo pero non un mínimo legal, e así mesmo, que as infraccións da ordenanza que non integren infracción urbanística tipificada na Lei do solo e no Regulamento de disciplina só poderán ser sancionadas coas multas previstas no art. 59 do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRLRL) aprobado por RD-lex. 781/1986, actualmente cos límites que se establecen na disposición adicional única da Lei 11/1999, do 21 de abril, de modificación da Lei 7/1985, de bases de réxime local.

Agora ben, sen prexuízo do anteriormente indicado, nesta sentenza o Tribunal Supremo está considerando que existe una habilitación legal xenérica, ex. artigo 59 TRLRL, suficiente para a tipificación de infraccións de ordenanzas e as súas correspondentes sancións, nunha liña máis próxima á defendida polo outro sector doutrinal proclive a unha interpretación máis flexible da reserva legal en relación coas ordenanzas locais. Así Nieto cita no seu apoio ó dictame do Consello de Estado do 23 de febreiro de 1995 e a STS do 15.6.1992 (art. 5378), aínda que xa el cita outras que se pronuncian en sentido contrario.

Á vista desta evolución, G. Mariñas e Barbeito, en referencia ó artigo 181.1 da LSG pero igualmente aplicable ó actual 216.1, cualificaron a lexislación urbanística galega como pouco sensible a esa tendencia flexibilizadora da reserva de lei, por seguir definindo as infraccións en función de que estean tipificadas e sancionadas «naquela».

En todo caso, queda excluída calquera posibilidade de aprobar ordenanzas non integradas no planeamento urbanístico, e polo tanto á marxe do procedemento de aprobación deste, que pretendan a tipificación de infraccións urbanísticas e as súas correspondentes sancións invocando como cobertura a lexislación urbanística. Sen embargo, isto segue ocorrendo na práctica, como é o caso de toda unha serie de ordenanzas municipais para a instalación e funcionamento de instalacións de telecomunicación publicadas ultimamente que parecen responder a unha ordenanza tipo, nas que se introducen *ex novo* infraccións urbanísticas moi graves con remisión expresa a a lexislación urbanística, e isto

pese a que, como recoñeceu o Tribunal Supremo na súa Sentencia do 24.01.2000, os concellos poden establecer no planeamento urbanístico condicións urbanísticas e técnicas que deben cumprirse na implantación de novas redes de telecomunicacións, o que situaría a cuestión nun escenario diferente.

En efecto, a máis recente xurisprudencia do Tribunal Constitucional, facéndose eco da referida doutrina, non só ampara a posibilidade de que as ordenanzas municipais introduzan especificacións e graduacións ó cadro legal de infraccións e sancións contidas na lexislación, senón que considera constitucionalmente adecuada unha interpretación máis flexible. Así, na STC 132/2001, do 8 de xuño, despois de referirse á concepción flexible da reserva de lei en relación cos tributos locais exposta na súa Sentencia 233/1999, sobre a Lei de facendas locais, na que afirmou que o ámbito de colaboración normativa dos municipios, nesa materia, era maior que o que podería relegarse á normativa regulamentaria estatal, por aprobarse as ordenanzas por un órgano de carácter representativo e pola garantía constitucional da autonomía local, sinala o seguinte:

«a esixencia de lei para a tipificación de infraccións e sancións ha de ser flexible en materias onde, por estar presente o interese local, existe un amplo campo para a regulación municipal e sempre que a regulación local a probe o Pleno do Concello. Esta flexibilidade non serve, con todo, para excluír de forma tallante a esixencia de lei. E isto porque a mera atribución por lei de competencias ós municipios non contén en si a autorización para que cada municipio tipifique por completo e segundo o seu propio criterio as infraccións e sancións administrativas en aquelas materias atribuídas á súa competencia.» E continúa dicindo:

«Do art. 25.1 CE derivan dúas esixencias mínimas, que se expoñen a continuación. En primeiro termo, e polo que se refire á tipificación de infraccións, correspóndelle á lei a fixación dos criterios mínimos de anti-xuridicidade conforme ós que cada concello pode establecer tipos de infraccións; non se trata da definición de tipos –nin sequera da fixación de tipos xenéricos logo completables por medio de ordenanza municipal– senón de criterios que orienten e condicionen a valoración de cada municipio á hora de establece-los tipos de infracción. En segundo lugar, e polo que se refire ás sancións, do art. 25.1 CE deriva a esixencia, polo menos, de que a lei reguladora de cada materia estableza as clases de sancións que poden establece-las ordenanzas municipais; tampouco se esixe aquí que a lei estableza unha clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, senón unha relación das posibles sancións que cada ordenanza municipal pode predeterminar en función dos ilícitos que xa ela tipifica».

E se ben anula a sanción de suspensión de licencia de auto-taxi que deu lugar ó recurso, faino por non ter cobertura nos criterios sancionadores de ningunha lei nin estatal nin autonómica.

Non deixa de resultar paradoxal que o planeamento poida concretar, mediante a clasificación e a cualificación, a función social da propiedade sobre cada parcela de terreo e que sen embargo non poida concretar na súa normativa urbanística as consecuencias punitivas polo incumprimento daquela, en particular se se conecta coa existencia da *Lex certa*, que impón que o conxunto das normas punitivas aplicables permita predicir, con suficiente grao de certeza, o tipo de infracción, así como o tipo e o grao de sanción aparelado á realización dunha determinada conducta, o que en materia urbanística presenta seria dificultade. E isto porque para ter esa certeza haberá que coñecer aquela clasificación e cualificación, contida no plan, que, sen prexuízo de que sexa público e poida ser consultado non é obxecto de publicación, mentres que a súa normativa urbanística, na que se incluírían a regulación das infraccións e sancións, si se publica, o que permite ter un maior grao de certeza.

Clases de infraccións

Conforme ás previsións da LRXAP, a Lei de 1997 clasificou as sancións en moi graves, graves e leves. A Lei 9/2002 mantén esta clasificación, introducindo, como xa se sinalou unha serie de modificacións:

1. *Infraccións moi graves*

O artigo 182.2 da Lei de 1997 estableceu como tales «as accións ou omisións que constituían incumprimento das normas relativas ó uso e edificación que afecten a zonas verdes, espazos libres, dotacións, equipamentos ou solo rústico con especial protección».

E, así mesmo, «a parcelación urbanística en solo rústico e a realización de obras de urbanización sen a previa aprobación do planeamento e proxecto de urbanización esixibles».

Non supuxo esta regulación unha ruptura coa situación anterior, pois o Regulamento de disciplina urbanística de 1978 xa contiña previsións específicas para graduar as sancións cando as infraccións en materia de parcelación ou de edificación e uso do solo afectaban a terreos que pola súa clasificación (solo non urbanizable común e protexido) ou pola súa cualificación (sistemas xerais de equipamento social ou comunitario, de transportes, de zonas verdes ou espazos libres), determinaban a imposición de maiores sancións ou a súa aplicación en grao máximo.

Ó propio tempo esta tipificación das faltas moi graves incardínase co réxime especial protector das zonas verdes e espazos libres, tradicional no noso dereito urbanístico (que o artigo 255 do TRLS 92 xa estendía ó solo non urbanizable protexido) e que a lei de 1997 ampliou incluíndo ademais do solo rústico protexido, as dotacións e equipamentos.

Por outra parte, o incremento da protección xurídica de determinados espazos pola concorrencia de valores que demandan unha superior

protección é unha tendencia xeral, constatable tanto na lexislación autonómica comparada como na evolución da lexislación estatal, que culminou coa inclusión no Código penal de 1995 dos delitos contra a ordenación do territorio.

A Lei 9/2002 establece no seu **artigo 217.2** a seguinte tipificación das infraccións moi graves:

a) «As accións e omisións que constitúan **incumprimento das normas relativas ó uso e edificación** que afecten a terreos cualificados como **zonas verdes, espacios libres, dotacións ou equipamentos públicos**».

Como xa se indicou, suprínese aquí a referencia ó solo rústico protexido, e especificase o carácter público das zonas verdes, espacios libres, dotacións e equipamentos, o que reduce o ámbito da competencia autonómica ó excluí-los espacios libres e equipamentos de titularidade privada.

Agora ben, inclúe, en todo caso, ós terreos que teñan algunha das cualificacións contempladas no precepto, aínda que non sexan de titularidade pública porque non se executara o planeamento, sen prexuízo das diferenzas que isto poida supor en canto ó réxime de usos (posibilidade de obras provisionais conforme ó **artigo 102**) ou de que poida ser unha circunstancia a ter en conta para a graduación das sancións.

b) «As obras e actividades realizadas en solo rústico que estean prohibidas pola presente lei e en todo caso os parcelamentos urbanísticos».

Nesta alínea mantéñense os parcelamentos urbanísticos en solo rústico e incorpóranse toda unha serie de novas conductas que se integran na tipificación por remisión á regulación do solo rústico contida na propia lei, entre as que se inclúen as infraccións por incumprimento das normas relativas ó uso e a edificación que afectan o solo rústico protexido contidas na lei de 1997.

Non é obxecto desta exposición o réxime do solo rústico establecido na Lei 9/2002, non obstante, para aproximarnos con detalle ás infraccións que aquí se tipifican, inclúese como anexo un cadro-resumo, en que se diferencian os usos e actividades permitidos, autorizables e prohibidos nas distintas categorías de solo rústico.

Convén sinalar que o réxime establecido na Lei 9/2002 para as diferentes categorías do solo rústico que contempla é aplicable integramente a partir da súa entrada en vigor o 1 de xaneiro de 2003, segundo establece a **alínea 1.f)** da súa **disposición transitoria primeira**, sen prexuízo das maiores limitacións establecidas no planeamento urbanístico.

Hai que reparar aquí en que a tipificación se establece expresamente respecto das obras e actividades **prohibidas pola presente lei**, o que exclúe a vulneración doutras prohibicións establecidas polo planeamento, caso en que para sancionalo incumprimento habería que encadrarlo na tipificación de infraccións graves.

Debe resaltarse que a Lei 9/2002 non só prohibe expresamente no seu **artigo 207.1** os parcelamentos urbanísticos en solo rústico, senón que ademais establece no **artigo 206.1** que no solo rústico non poderán realizarse **parcelamentos, divisións e segregacións**, salvo nos supostos que expresamente contempla, isto é, «as que se deriven da execución, conservación ou servizo de infraestruturas públicas, da realización de actividades extractivas ou enerxéticas, da execución do planeamento urbanístico ou as que teñan por obxecto unha racionalización da explotación agropecuaria ou forestal», que se suxeitan á obtención de licenza municipal.

Así pois, haberá que ter en conta a reiterada doutrina da Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado, dictada en relación con supostos de denegación da inscrición rexistral, por falta de achegas da preceptiva licenza, de compravendas de participacións indivisas de fincas rústicas por consideralos parcelamentos encubertos. Así na Resolución do 10 de febreiro de 2001 (art.2151/2002) afirma:

«... a compatibilidade entre a persistencia dunha comunidade sobre o todo e a atribución a cada propietario dun dereito permanente de uso exclusivo sobre unha parte suficientemente determinada daquel, esixe que esas partes carezan de autonomía física e económica que lles impida ser reputadas como obxectos xurídicos novos e absolutamente independentes entre si, pois, noutro caso, aquela atribución implicará unha verdadeira división.»

Así mesmo, o **artigo 205.1.e)** da Lei 9/2002 engade os supostos de indivisibilidade de parcelas contidos no artigo 173 da Lei de 1997, a das parcelas en solo rústico nos supostos do **artigo 42.1.e)**, que impón como condición, para o outorgamento da autorización autonómica en solo rústico, a constancia obrigatoria no Rexistro da Propiedade da vinculación da total superficie real do predio á construción e uso autorizados, expresando a indivisibilidade e as concretas limitacións ó uso e á edificabilidade impostas pola autorización.

A prohibición das divisións en solo rústico é unha das decisións de maior calado da lei, acertado e imprescindible golpe de temón para impedirlo deterioro do espazo rural, pois o entramado xurídico que habilitaba as segregacións rústicas da propiedade en unidades mínimas de cultivo da lexislación agraria constituíu a porta de entrada para a súa destrución paulatina e sistemática, como puxo de manifesto recentemente J. García Bellido no seu traballo «La cuestión rural: patología urbanística del espacio rústico», que contén unha expresa referencia ó caso de Galicia, que cualifica de sintomático e moi preocupante.

c) A realización de obras de urbanización sen a previa aprobación do planeamento e proxecto de urbanización esixibles

Non se produce ningunha modificación da regulación contida na Lei de 1997, respecto da cal algún autor sinalou que para que se produza a

infracción deben faltar tanto o planeamento como o proxecto de urbanización. Parece razoable que, existindo o planeamento detallado esixible como presuposto para a execución, a realización de obras de urbanización sen a previa aprobación do proxecto, na medida que se axusten a este, non se considere unha conducta acreedora de igual sanción que no suposto de ausencia de ambos. Non obstante, a execución de obras de urbanización ó abeiro dun proxecto de urbanización aprobado sen a previa existencia do planeamento detallado si pode revestir igual gravidade que a ausencia de ambos.

2. *Infraccións graves*

O artigo 182.3 da Lei de 1997 establecía que o son «as accións e omisións que constituían incumprimento das normas relativas a parcelamentos, aproveitamento urbanístico, uso do solo, altura, volume, situación das edificacións e ocupación permitida da superficie das parcelas, salvo que se demostre a escasa entidade do dano producido ós intereses xerais».

A dición do precepto é coincidente co artigo 262-2 do TRLS de 1992, do que é tributaria a LSG de 1997, redactada e aprobada con anterioridade ó pronunciamento do Tribunal Constitucional que declarou inconstitucional gran parte do citado texto. Unicamente incorpora como novidades a referencia ó incumprimento das normas relativas ó aproveitamento urbanístico, e a supresión do último inciso que estendía a referencia da escasa entidade, tanto respecto do dano producido coma do risco creado, para os efectos de considerar como leve a infracción.

A Lei 9/2002 tipifica as infraccións graves no seu artigo 217.3, subdividido en cinco alíneas:

A alínea a) recolle o contido do art. 182.3 da lei de 1997, ampliado coa inclusión de supostos que dotan dunha cobertura legal máis precisa e expresa algunhas das infraccións pormenorizadas polo regulamento nos preceptos que se citan. Tipifica as seguintes infraccións:

1. O incumprimento das normas relativas a parcelamentos

O Regulamento de 1999, con ocasión da especificación das sancións, procedeu a pormenoriza-las infraccións graves tipificadas na Lei de 1997, incluíndo no seu artigo 85 «Os parcelamentos urbanísticos incumprindo o disposto nos plans de ordenación e nos artigos 173 e 174 LSG».

Trátase da concreción da infracción por incumprimento das normas relativas a parcelamentos establecida na LSG e que habería que entendela actualmente referida ós correspondentes artigos da actual lei.

Debe terse en conta que o artigo 172 LSG, cun contido que reproduce o artigo 204 da Lei 9/2002, modificou o concepto tradicional de parcelación urbanística que se establecía por referencia á posibilidade de constitución dun núcleo de poboación, definíndoa como a **división si-**

multánea ou sucesiva de terreos en dous ou máis lotes co fin da súa urbanización ou edificación.

A Lei 9/2002 nos seus artigos 204 e 207 mantén a regulación contida nos artigos 173 e 174 LSG, relativa á indivisibilidade das parcelas e ó réxime dos parcelamentos cunha infracción que configura o ilícito administrativo que se tipifica, engadindo un novo suposto de indivisibilidade, o das parcelas en solo rústico nos casos contemplados nos artigos 42.1.e) e 206.1, se ben, como xa se indicou, a súa vulneración constitúe infracción moi grave.

Ha de destacarse que, conforme dispón o artigo 207.3, «en ningún caso se considerarán soares, nin se permitirá edificar neles, os lotes resultantes dunha parcelación efectuada con infracción das disposicións da presente lei», en termos similares ó anterior artigo 174.3 LSG, se ben agora se suprimiu o cualificativo *urbanística* en coherencia coa prohibición de parcelamentos, divisións e segregacións do artigo 206.1.

2. O incumprimento das normas relativas ó aproveitamento urbanístico

O incumprimento do aproveitamento urbanístico fixado no planeamento (art.88 RDUG).

3. O incumprimento das normas relativas ó uso do solo

Accións constructivas ou non en contra do uso, destino ou natureza que corresponda ó solo en que se executan (art. 86 RDUG).

3. O incumprimento das normas relativas á altura e número de plantas

Construción de sotos, semisotos, áticos ou entreplantas non permitidos polo planeamento (art. 89 RDUG).

Exceso sobre a altura determinada se non implica aumento de volume ou superficie construída (art. 90 RDUG).

4. O incumprimento das normas relativas á superficie e volume máximo edificables

Exceso de edificación sobre a edificabilidade permitida (art. 89 RDUG).

5. O incumprimento das normas relativas ó emprazamento das edificacións

Incumprimento das regras de distancia das edificacións (art.92 RDUG).

6. O incumprimento das distancias mínimas de separación a lindes e outros elementos

7. O incumprimento da ocupación permitida da superficie das parcelas.

Podería encadrarse neste precepto a infracción contemplada no artigo 93 do regulamento: edificación en parcelas con superficie inferior á mínima.

8. O incumprimento das normas de habitabilidade das vivendas

As condicións mínimas de habitabilidade das vivendas son as contidas no Decreto 311/1992, do 12 de novembro, e o seu mantemento é un deber dos propietarios, establecido no **artigo 9.1.b)** da Lei 9/2002 de modo concreto. Por outra parte, os concellos ó outorga-las licencias deben verifica-lo seu cumprimento, conforme dispón o **artigo 194.1** da Lei 9/2002. Así mesmo, a Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación, contempla a habitabilidade entre os requisitos básicos conforme ós que deberán proxectarse, construírse, manterse e conservarse os edificios.

Por último, modifícase na Lei 9/2002 o inciso final do art. 182.3 LSG, suprimindo a cláusula que excepciónaba aqueles supostos en que se demostrase a escasa entidade do dano ós intereses xerais, e precisando que os incumprimentos que tipifica constituirán infraccións graves cando non teñan o carácter de moi graves.

O **artigo 217.3 alínea b)** contén as seguintes infraccións graves:

9. O incumprimento das condicións de uso e edificación establecidas nesta lei para o solo rústico (**artigos 31 a 44 da Lei 9/2002**)

10. O incumprimento das condicións de uso e edificación establecidas nesta lei para o solo de núcleo rural (**art. 25 a 30 da Lei 9/2002**)

11. A realización de actividades sen a preceptiva autorización da Comunidade Autónoma, cando esta sexa esixible de acordo con esta lei.

Conforme á regulación contida na Lei 9/2002, esíxese autorización autonómica nos supostos de usos e actividades autorizables en solo rústico que se establecen para cada unha das distintas categorías nos **artigos 31 a 40** e así mesmo no suposto de edificación en núcleos rurais existentes en municipios sen planeamento (**disposición adicional segunda**).

Aínda que o **artigo 30** esixe un informe previo favorable da Comunidade Autónoma para excepciónar, na construción de equipamentos comunitarios nos núcleos rurais, o cumprimento das condicións de edificación establecidas no **artigo 29**, a competencia para sanciona-lo incumprimento correspóndelle ó alcalde, igual que nos supostos de edificación en núcleos rurais existentes en municipios con planeamento.

12. O incumprimento das condicións establecidas na autorización autonómica

O Regulamento de disciplina xa tiña tipificado no seu **artigo 87** como infraccións graves «A realización de edificacións, construcións ou instalacións sen a autorización previa da Comunidade Autónoma nos supostos do art. 77.4, en solo rústico, e disposición adicional 3^a-2, en núcleos rurais en municipios sen planeamento».

Tamén aquí se dota de rango legal á tipificación das infraccións introducidas polo regulamento, coa diferenza de que na Lei 9/2002, cando se trata de solo rústico leva emparellada a atribución á Comunidade Autónoma da competencia para sancionar e para a adopción de medidas de protección da legalidade urbanística segundo o disposto nos seus artigos 222 e 214, respectivamente.

A alínea c) tipifica:

13 O incumprimento da orde de corte de subministración dos servizos de auga, electricidade e outros

En conexión coa medida preventiva, prevista no artigo 209.2. c), para garanti-lo cumprimento da orde de paralización, que se refire ademais ó gas e telecomunicacións.

A alínea d) tipifica:

14. O incumprimento do réxime establecido por esta lei para as edificacións fóra de ordenación e para as edificacións ilegais a que fai referencia o artigo 210

Esta infracción é parcialmente coincidente coa que se recolle no artigo 91 RDUG, a realización de obras de consolidación, modernización ou incremento do seu valor de expropiación en edificios cualificados como fóra de ordenación.

O réxime das edificacións fóra de ordenación está regulado no artigo 103 da Lei 9/2002, no que se distinguen dous réximes diferentes, segundo que a incompatibilidade das construcións e edificacións co novo planeamento sexa total, caso en que unicamente caben as obras de simple conservación e as necesarias para o mantemento do uso preexistente, ou só parcial, respecto das que se permiten as de mellora, ampliación ou reforma que determine o propio planeamento.

O artigo 210 establece o réxime das obras ilegais, unha vez transcorrido o prazo de seis anos, que este establece, sen que se adopten as medidas de protección da legalidade.

En concreto só se permiten as pequenas reparacións esixidas por razóns de seguridade e hixiene, prohibíndose as de consolidación, aumento de valor, modernización ou cambio do uso existente, excepto as necesarias para a adecuación á legalidade urbanística vixente.

A alínea e) tipifica por último:

15. O incumprimento dos deberes de urbanización e edificación nos prazos establecidos polo plan

Se non estivese fixado no planeamento, o prazo para o cumprimento do deber de edificar establécese o artigo 189 da Lei 9/2002 en dous anos, contado na forma sinalada no artigo 188, desde a aprobación do planeamento que conteña a ordenación detallada no solo urbano consolidado e desde a conversión dos terreos en soares no solo urbanizable e

urbano non consolidado. Con independencia da imposición da sanción, a Lei 9/2002 prevé de forma expresa, no seu **artigo 190**, o sometemento ó réxime de edificación forzosa, que na Lei de 1997 non se contemplaba dunha maneira clara, pois unicamente podía considerarse subsistente pola remisión da súa disposición transitoria terceira ó Regulamento de edificación forzosa e rexistro municipal de soares, como tamén sucede agora na D.T. **Sexta** da Lei 9/2002.

Os prazos para o cumprimento do deber de urbanizar deben establecerse no planeamento que conteña a ordenación detallada, non obstante, o **artigo 127.3** dispón, que cando se fixara un sistema de xestión indirecta e transcorra un ano desde a aprobación definitiva do planeamento urbanístico detallado sen que se iniciase o proceso de desenvolvemento e execución, poderá substituírse o sistema de actuación.

A tipificación desta infracción constitúe unha auténtica novidade, que vén palia-lo que algún autor considera un esquecemento da Lei de 1997 en relación coas infraccións en materia de xestión. Aínda que, máis que un esquezo penso que se trataba dunha decisión querida entón polo lexislador, máis preocupado polas consecuencias respecto da perda das facultades urbanísticas que se derivaban do réxime do texto refundido de 1992.

Non colleu, sen embargo, a Lei 9/2002 as infraccións contidas nas alíneas 11, 12 e 13 do artigo 94 RDUG, relativos, respectivamente a:

11) Realización de construcións, instalacións ou usos do solo que vulneren as normas de protección dos elementos incluídos en catálogos ou inventarios dos instrumentos de planeamento (art. 94 RDUG).

En neste caso, pese ás críticas realizadas por diferentes autores por ese mesmo motivo á Lei de 1997, e ó propio regulamento, por considerar escasa a contía das sancións pecuniarias previstas neste.

Non obstante, hai que sinalar que na tramitación parlamentaria introduciuse unha nova categoría de solo rústico especialmente protexido para zonas con interese patrimonial, artístico ou histórico previstas no planeamento ou na lexislación sectorial, aínda que non se incorporou a regulación de usos permitidos, autorizables e prohibidos, como nas demais categorías.

En calquera caso, non afectaría os bens situados nas outras clases de solo, polo que a cuestión queda diferida ó futuro desenvolvemento regulamentario, sen prexuízo de que poida acudirse á vixencia transitoria do actual.

12) Realización de construcións, instalacións ou usos que vulneren o disposto no artigo 59 LSG (parcialmente coincidente co art. 138-b TRLS 92 vixente) que contén as normas de aplicación directa respecto á adaptación das construcións ó ambiente en que estean situadas (art. 94 RDUG).

A lei segue recollendo as normas de aplicación directa no seu título III, e concretamente no seu artigo 104 establece as relativas á adaptación ó ambiente, sen embargo non tipifica individualizadamente o seu incumprimento, que en moitos casos suporá o incumprimento das determinacións relativas ó solo rústico, aínda que quedarían fóra outros moitos supostos.

13) As talas de árbores que constitúan masa arbórea, espacio boscoso, arboredo, parque e aqueles exemplares illados de especial interese botánico ou ambiental, sen licencia (art. 95 RDUG).

3. *Infraccións leves*

O art. 182.4 LSG, e co mesmo teor o art. 220.4 da Lei 9/2002, considera infraccións leves «as infraccións do ordenamento urbanístico que non teñan o carácter de graves ou moi graves e, en todo caso, a execución de obras ou instalacións sen licencia ou orde de execución cando sexan legalizables por ser conformes co ordenamento».

A tipificación xenérica como leves das infraccións do ordenamento urbanístico que non teñan o carácter de graves foi cuestionada por algún sector doutrinal por considerala pouco axustada ós principios constitucionais. Non obstante, o Tribunal Supremo, na súa Sentencia do 16-11-2001 (art. 10139/2001) e en relación cun precepto similar en materia de tráfico, sinalou que para que a imposición de sancións con base neste precepto sexa correcta «é necesario que a concreta sanción que en cada caso se queira impor se basee no incumprimento dun deber establecido (coas necesarias condicións de claridade e certeza) na propia lei, non bastando para tal efecto que o seu regulamento de execución cumpra os ditos requisitos de precisión e delimitación do deber xurídico, se os preceptos regulamentarios non teñen un respaldo legal sobre o que sustenta-la infracción e a súa correspondente sanción, pois para que se cumpran tales esixencias, resulta preciso que os ditos deberes se encontren precisados xa ó nivel da lei co debido grao de especificación, sen prexuízo de que sobre a base da previsión legal poida engadírselle un complemento seu por vía regulamentaria».

Quizais a vinculación á lei impídelle ó Tribunal Supremo apuralas posibilidades que deixa abertas a doutrina do Tribunal Constitucional contida na Sentencia 132/2001, do 8 de xuño, á que se fixo referencia anteriormente.

Non obstante, cando na lei se establecen deberes de forma clara, o desenvolvemento regulamentario pode completalos e especifica-las sancións dentro dos límites fixados naquela.

O artigo 217.4 da Lei 9/2002 engade as seguintes:

- o incumprimento das ordes de execución ou demolición,

■ e o incumprimento da obriga da inspección periódica das edificacións.

O deber de inspección periódica das edificacións para determina-lo estado de conservación é unha novidade que se introduce no artigo 200 da Lei 9/2002, que debe ser desenvolvido polos concellos mediante a oportuna ordenanza, á que a Lei 9/2002 remite a especificación das edificacións suxeitas, prazos e condicións da inspección.

Contén así mesmo no regulamento outras infraccións leves, se ben haberá que ter presente que se afectan ó solo rústico pasarán a te-la consideración que corresponda en función da regulación contida na Lei 9/2002. Son as seguintes:

1) Realizar pechamentos e valados de fincas sen licencia

2) Realización sen licencia, sempre que fosen legalizables, dalgún dos actos referidos nas alíneas 14 a 17 do artigo 10 RDUG: extracción de áridos para a construción e explotación de canteiras, actividades extractivas e vertidos no subsolo; obras de construción de infraestrutura civil, e construcións en zona de dominio público, sen prexuízo do disposto na lexislación sectorial aplicable.

Contrasta a tipificación como leve da realización de construcións no dominio público, coa súa inclusión no tipo penal do artigo 319-1.

3) A realización de publicidade de parcelamentos urbanísticos, edificacións, urbanizacións ou calquera outra actuación urbanística sen axustarse ó planeamento urbanístico vixente.

Esta infracción, tipificada no artigo 102 de RDUG, en relación co deber que establece no seu artigo 6.2, non parece que teña cobertura legal suficiente, e tampouco agora lla subministra a Lei 9/2002.

4) O incumprimento polas empresas ou entidades subministradoras de enerxía eléctrica, auga, gas e telefonía da obriga de esixirlles ós constructores e conservar, para a contratación dos respectivos servicios, copia da licencia de obras dos edificios e instalacións suxeitas á súa obtención. Así como o incumprimento da suspensión da subministración dos ditos servicios que se adopta como medida preventiva nos procedementos de protección da legalidade (art. 103 RDUG).

Esta última infracción, como xa se indicou, foi incluída pola Lei 9/2002 entre as infraccións graves (art. 217.3.c). E aínda que este non recolle o incumprimento polas entidades subministradoras do deber de esixir unha copia das licencias precisas para a contratación dos servicios, establece ese deber de modo expreso no seu artigo 194.3, coas consecuencias que anteriormente comentamos.

5) O incumprimento das ordes de execución reguladas no capítulo II do título II RDUG, relativo ó deber de conservación e ruína.

Como xa se indicou, na nova lei contéplase expresamente como infracción leve.

E, por último,

6) A colocación sen licencia de carteis e paneis de propaganda visibles desde a vía pública. Actividade incluída, tanto no artigo 168 da LSG, coma no artigo 10 do RDUG e no artigo 194.2 da Lei 9/2002, entre os actos suxeitos á obtención de licencia.

Os delitos urbanísticos

Desde a aprobación, mediante a Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do novo Código penal, que entrou en vigor ós seis meses da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado* de 24.11.1995, resulta ineludible a referencia ós delitos urbanísticos cando se trata das infraccións desta orde.

O novo código, en que o título XVI regula os «Delitos relativos á ordenación do territorio, e a protección do patrimonio histórico e do medio natural», introduciu no noso ordenamento o delito urbanístico, o que xa se intentara na Lei 9/2002 do código penal de 1980, e que non só se corresponde co que ocorre noutros países do noso medio (Francia, Italia, Bélxica...) senón que responde a unha demanda crecente na nosa sociedade dunha maior protección de intereses colectivos relativos a bens constitucionalmente protexidos, encadrables no concepto amplo de medio natural. Resulta ademais que o propio artigo 45 da C.E. prevé a sanción penal para os que violen o deber de utilización racional dos recursos naturais, entre os que evidentemente está o solo.

Establécense tres tipos de ilícitos:

■ Levar a cabo unha construción non autorizada en solos destinados a viais, zonas verdes, bens de dominio público ou lugares que teñan legal ou administrativamente recoñecido o seu valor paisaxístico, ecolóxico, artístico, histórico ou cultural, ou polos mesmos motivos fosen considerados de especial protección (art. 319-1 CP).

Debe resaltarse a parcial coincidencia coas infraccións moi graves da lexislación galega.

■ Levar a cabo unha edificación non autorizable no solo non urbanizable (art. 319-2 CP).

En ámbolos supostos recóllense como suxeitos responsables a promotores, constructores e técnicos directores, a semellanza da regulación urbanística.

■ Ter informado favorablemente proxectos de edificación ou a concesión de licencias contrarias ás normas urbanísticas vixentes, ó ter resolvido ou votado a favor da súa concesión (art. 320 CP).

Interesa destaca-lo solapamento que se produce cos ilícitos administrativos urbanísticos, que determina a especial operatividade do artigo 274 TRLS 92 con posterioridade á nova regulación penal.

Aínda que a regulación dos delitos urbanísticos foi obxecto de duras críticas, o feito certo é que os tribunais está aplicándoa e impondo, no seu caso, as penas previstas no código, e así mesmo, resolvendo os problemas que supón a concorrencia da resposta penal e a administrativa sancionadora.

O principio *non bis in idem* determina que non se poidan sancionalos feitos que foran sancionados penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade do suxeito, feito e fundamento de delito, segundo dispón o artigo 133 LRXAP.

En relación con isto o artigo 71 do regulamento, en consonancia co artigo 274 TRLS 92, que non foi derogado pola Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións, establece que cando con ocasión da tramitación dos expedientes administrativos que se instrúan por infraccións urbanísticas se desprendan indicios de ilícito penal porase en coñecemento do Ministerio Fiscal suspendendo a tramitación do expediente en tanto non recaia resolución do Ministerio Fiscal ou resolución xudicial firme. Neste mesmo sentido pronúnciase o artigo 7 do Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, que regula el procedemento para o exercicio da potestade sancionadora da Administración.

A Lei 9/2002 non fai referencia a esta cuestión, nin en xeral ás cuestións relativas ó procedemento, ó que lle dedica unicamente o artigo 223, para remitirse á lexislación de procedemento administrativo.

O artigo 274 TRLS-92 refírese unicamente a que se produza pronunciamiento da autoridade xudicial, polo que a resolución do Ministerio Fiscal contraria á prosecución da vía penal non impedirá, no seu caso, que a Administración acuda directamente ós órganos xudiciais. Ó propio tempo contrasta a referencia á mera resolución do Ministerio Fiscal (que de non apreciar indicios de delito, consistirá normalmente en decidila non iniciación ou o arquivo dunhas dilixencias previas) coa existencia de firmeza da resolución xudicial.

A doutrina puxo de relevo as carencias da nosa regulación á hora de aborda-la relación entre o dereito administrativo sancionador e a xurisdicción penal. Roma Valdés, despois de afirmar que de acordo co marco teórico, as leis penais sancionarían os feitos máis relevantes coas sancións máis graves, sinala que na práctica se inverte a orde de papeis, pois as sancións administrativas en moitos casos exceden das penais, que poden ser incluso preferidas polos infractores.

A Sentencia do Tribunal Constitucional 177/1999, do 11 de outubro, chega á conclusión de que irrogada unha sanción, sexa esta de índole penal ou administrativa, non cabe superpoñer ou adicionar outra distinta,

sempre que concorran as identidades de suxeito, feitos e fundamento. Sinalouse pola doutrina que a partir desta resolución a actuación administrativa podería evitar a través das súas sancións que os tribunais penais castiguen determinados delitos, motivo polo que foi criticada.

Non obstante, o Tribunal Supremo na súa Sentencia do 26 de xuño de 2001 (art. 4521/2002), aínda partindo da doutrina contida na citada sentenza, á que se refire expresamente, confirma a pena imposta pola Audiencia Provincial de Pontevedra, pola construción dunha edificación dentro do espacio intermareal Umia-Grove, pese a que xa recaeran dúas sancións en vía administrativa, e isto por ter continuado as obras con posterioridade á súa imposición, o que leva ó Tribunal a realiza-las seguintes consideracións:

«a dimensión fáctica que leva á xurisdicción penal ó coñecemento e sanción dos feitos non coincide cos antecedentes de feito dos expedientes administrativos, senón que, abarcándoos, se refire tamén a unha situación fáctica nova posterior a estes que exaspera a indisciplina urbanística do acusado ata o extremo de facela penalmente relevante», concluíndo que «as infraccións administrativas descritas na norma penal deben alcanzar *per se* un contido de gravidade suficiente, o que non será fácil decidir sempre. Desde esta perspectiva a reiteración ou exasperación das condutas atentatorias contra o ben xurídico protexido pola norma penal debe alcanzar entidade suficiente para xustificar a súa aplicación, como sucede no presente caso, sendo isto compatible coa sanción administrativa concreta e referida a aspectos parciais da dita conducta que non teñen por qué participar necesariamente do mesmo fundamento sancionador que os delitos.»

O Tribunal Constitucional, en Sentencia do 2 de xullo de 2001, nº 152/2001, admitiu a existencia dunha dobre sanción nos casos en que a administrativa se produza con anterioridade, baseándose na infracción do principio de boa fe procesual, por corresponderlle ó xusticiable alegar á Administración ou á Xurisdicción a existencia dun procedemento, para os efectos de suspender, no seu caso, o administrativo ou o penal.

En calquera caso o fondo do problema persiste, polo que sería precisa unha reforma legal para resolvelo, igual que para resolve-la defectuosa regulación das relacións entre Administración e Xustiza, resultando insuficiente a regulación contida no citado artigo 274 do TRLS de 1992 para solucionar-las diferentes situacións que se producen na práctica e que comenta con detalle o autor antes citado.

Recentemente, o Pleno del Tribunal Constitucional, na STC 2/2003, do 16 de xaneiro, dictada en recurso de amparo fronte a unha sentenza da Audiencia Provincial da Coruña, confirmando a condena penal por uns feitos sancionados anteriormente pola Administración pública, pon de manifesto a dita situación na súa FX 6 cando afirma:

«Non obstante, non pode deixar de recoñecerse que os órganos penais, ó axuiza-lo caso, se encontraban nunha situación paradoxal, pois, aínda que non podían deixar de condenar penalmente ó recorrente, dado o seu sometemento estrito á lei no exercicio da súa función xurisdiccional (art. 117.1 CE), tampouco podían deixar de ser conscientes de que a sanción penal que lle foi imposta por estes podía supoñer unha reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida polo art. 25.1 CE. O feito de que a lexislación non preveña expresamente solución para os casos nos que a Administración non suspenda o expediente administrativo, estando un procedemento penal aberto, pode explica-la súa actuación. Só ó lexislador lle corresponde establecer os mecanismos normativos de articulación do exercicio da potestade punitiva pola Administración e pola xurisdicción penal para evita-la reiteración sancionadora e contempla-las consecuencias que deriven do seu incumprimento».

Nesta sentenza o Alto Tribunal apártase da doutrina contida nas STC 177/1999 e a STC 152/2001, no que atinxe ás seguintes cuestións:

«ó momento de invocación no proceso penal da vulneración do dereito fundamental alegado, entendendo que no procedemento abreviado este é o comezo do xuízo oral no trámite previsto no art. 793.2 LACrim. -FX 4-; á competencia deste tribunal para revisa-lo pronunciamento dos órganos xudiciais sobre a existencia de identidade como presuposto de aplicación da interdicción constitucional de incorre en *bis in idem*, xa sexa substantivo ou procesual, pois a triple identidade delimita o contido do dereito fundamental -FX 5-; á doutrina sobre a reiteración punitiva -bis- constitucionalmente prohibida polo art. 25.1 CE, considerando que a vulneración do dereito fundamental na súa vertente material require a efectiva reiteración sancionadora e non basta a mera declaración de imposición da sanción -FX 6-; finalmente, á relevancia do órgano sancionador que coñece dos feitos en primeiro lugar, afirmando a competencia exclusiva da xurisdicción penal para sancionar nestes casos de concorrencia aparente de infraccións administrativa e penal -FX 9.»

Non obstante o TC non outorga o amparo, ó considerar que:

«unha solución como a adoptada neste caso polo órgano xudicial non pode considerarse lesiva da prohibición constitucional de incorrer en *bis in idem* sancionador, dado que a inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, ó ter sido descontada a multa administrativa e a duración da privación do carné de conducir, permite concluir que non houbo unha duplicación -bis- da sanción constitutiva do exceso punitivo materialmente proscrito polo art. 25.1 CE»

que o art. 25 da Constitución no seu parágrafo primeiro «contén un límite implícito que afecta o exercicio da potestade sancionadora da Administración e consiste en que esta só se pode exercer se os feitos non son paralelamente constitutivos de infracción penal, pois nestes casos de concorrencia normativa aparente, de disposicións penais e administrativas que tipifican infraccións, só a infracción penal é realmente aplicable, o que determina que o único poder público con competencia para exercer-la potestade sancionadora sexa a xurisdicción penal»

e en definitiva, que non houbo reiteración sancionadora (*bis*), nin tampouco a lesión do dereito a non ser sometido a un novo procedemento punitivo polos mesmos feitos (art. 24.2 en relación co art. 25.1 CE), xa que o procedemento administrativo substanciado non é equiparable a un proceso penal para os efectos deste dereito fundamental, pois as diferencias entre un e outro (no procedemento administrativo non se proxecta unha das garantías esenciais do dereito ó proceso xusto e á presunción de inocencia no ámbito penal (por todas STC 167/2002, do 18 de setembro), isto é, que a valoración da proba ha de efectuarse en condicións de oralidade, publicidade e inmediación e que a declaración de responsabilidade penal e a imposición dunha sanción deste carácter só pode sustentarse en probas valoradas nas ditas condicións), se ben non embazan a lexitimidade constitucional do exercicio da potestade sancionadora da Administración, sen embargo, determinan que, en caso de dualidade de exercicio da potestade sancionadora do Estado, pola Administración e a xurisdicción penal, as resolucións dictadas nesta non poidan ceder ante as dictadas naquela.

Polo que se refire á posible concorrencia con outras infraccións administrativas prevese no artigo 71.2 RDUG, en termos similares ó disposto no artigo 9 do Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, a oportuna comunicación ó órgano que se considere competente.

A Sentencia 234/1991, do Tribunal Constitucional estableceu a doutrina de que a dualidade de sancións por un mesmo feito só é admisible constitucionalmente cando as dúas normativas contemplen os feitos desde a perspectiva de distintos intereses xurídicos protexidos.

A diversidade da lexislación sectorial e das infraccións e sancións establecidas nas diferentes leis determinan, de feito, que unha mesma conducta poida incorrer en múltiples infraccións administrativas, que se ben teñen o seu fundamento en disposicións distintas, en moitas ocasións están dirixidas á protección dos mesmos valores ou intereses xurídicos.

Pois ben, se se repara nas previsións que nesta materia se conteñen nas distintas leis especiais ou sectoriais ha de concluírse que nos atopamos ante una situación que non pode senón considerarse como insatisfactoria.

En todo caso deberán terse presentes principios como o de proporcionalidade ou o de equidade, neste sentido o Tribunal Constitucional nas sentencias 152/2001 e 2/2003, antes citadas, considera destacable que as sentencias penais, recorridas en amparo, tivesen en conta a precedente sanción administrativa, para rebaixa-la pena imposta polo xulgado na medida da sanción administrativa.

Persoas responsables

O artigo 222 da Lei 9/2002 mantén a distinción clásica segundo se trate de obras sen licencia ou amparadas nunha licencia que constitúa unha infracción urbanística grave ou moi grave, que xa contiñan os artigos 184 LSG e 72 e 73 do seu Regulamento de disciplina.

Obras sen licencia

Neste primeiro suposto son responsables as persoas físicas ou xurídicas que interveñan en calidade de **promotor, empresario das obras e técnico director**.

A regulación dos axentes da edificación contida na Lei 38/1999, do 5 de novembro, de ordenación da edificación (LOE), permite unha maior aproximación a eses conceptos, como expoñen con detalle G. Mariñas e A. Barbeito no libro anteriormente citado.

Inclúe a Lei 9/2002 a novidade de considerar responsables das **infraccións cometidas por persoas xurídicas**, cando se extingan antes de ser sancionadas, ás persoas físicas que, desde os seus órganos de dirección ou actuando ó seu servicio ou por elas, determinaron coa súa conducta a comisión da infracción.

E, así mesmo, prevé que en caso de extinción da persoa xurídica responsable, os socios ou partícipes no capital respondan solidariamente do pagamento da sanción ata o límite do valor da cota de liquidación que se lles adxudicase, o que tamén resulta aplicable ó custo de reposición da realidade física alterada.

Na mesma liña de favorece-la persecución das infraccións, a Lei 9/2002 amplía o círculo de responsables, engadindo o **propietario dos terreos e os técnicos redactores dos proxectos**.

Xa o regulamento introducira como novidade a presunción *iuris tantum* de considerar promotor o propietario do solo sobre ou baixo o que se realiza ou realizou a infracción. E agora a Lei 9/2002 recólleo como unha das calidades en que se pode ser responsable, o que é lóxico, na medida que o promotor, segundo dispón o artigo 9 da LOE, «debe posuír sobre o soar a titularidade dun dereito que o faculte para edificar nel», título que, en principio, deberá ter outorgado o propietario, en correspondencia coa regulación dos dereitos e deberes básicos que lles corresponden ós propietarios, entre os que se inclúe o de edificar.

En calquera caso será necesaria a imputación de responsabilidade, e é neste punto onde cabe preguntarse por qué non son aplicables as regras xerais do dereito penal, os conceptos de autoría e de cooperación necesaria. En definitiva deberán ser responsables das infraccións os que as cometan, os que teñan unha intervención relevante na súa comisión, con independencia da calidade en que interviran.

Desde esa perspectiva, resulta igualmente acertada a inclusión dos técnicos redactores dos proxectos, que son responsables, unha vez presentado no concello, da exactitude e veracidade dos datos técnicos consignados nel, segundo dispón o artigo 195.4 da Lei 9/2002.

Obras con licencia

Neste segundo suposto, *serán igualmente sancionados o facultativo que informase favorablemente a Lei 9/2002 e as autoridades ou membros da corporación* que resolveran ou votaran a favor do outorgamento da licencia sen os informes previos esixibles ou cando estes fosen desfavorables en razón daquela infracción.

O artigo 195.2 da Lei 9/2002 recolle o disposto no artigo 12 do regulamento, conforme ó que para o outorgamento das licencias serán preceptivos os informes técnicos e xurídicos sobre a súa conformidade coa legalidade urbanística.

Baixo a vixencia do TRLS de 1976 e do RDU de 1978 xa se discutiu se a expresión legal e regulamentaria «igualmente serán sancionados», supuña que tamén serían sancionados os responsables nos supostos de obras sen licencia. En todo caso a cuestión reconducíase á concorrencia de dolo, culpa ou negligencia graves, cunha ausencia que lle permite ó prexudicado a esixencia de responsabilidade á Administración por anulación de licencias, segundo dispón o artigo 44-2 da Lei 6/1998, do 13 de abril sobre réxime do solo e valoracións. A existencia de licencia excluíría a culpabilidade nos supostos de imprudencia, negligencia ou ignorancia inescusable.

O artigo 184.2 da LSG esixía que o contido da licencia fose manifestamente constitutivo da infracción, o que omitiu o artigo 72.3 RDUG, como agora fai o artigo 219.2 da Lei 9/2002. Parece razoable a supresión, pois se se aprecia, sen necesidade de esforzos interpretativos, que a licencia é contraria á normativa urbanística de forma clara e palpable, obviamente teríase incorrido no tipo establecido no artigo 320.1 do Código penal.

O artigo 219.4 da Lei 9/2002 mantén o carácter independente da sanción que se lles impoña ós distintos suxeitos por unha mesma infracción, que xa establecían os artigos 184.4 LSG e 74 RDUG, o que se corresponde coa solución do Código penal para os supostos de autoría múltiple consistente na imposición dunha pena a cada un dos responsables.

Sen embargo o suposto de participación de máis dunha persoa nalgunha das condicións ou calidades previstas foi resolto pola xurisprudencia no sentido de impoñer unha única sanción, como a STS 19-2-1992, art.2969, que distribúe pola metade a sanción entre os dous arquitectos intervinientes. De igual modo, nos supostos en que concorran nunha mesma persoa distintas condicións, procede impoñer unha única sanción.

Sancións

A LSG, no seu artigo 185-1, dispón que as infraccións urbanísticas serán sancionadas da seguinte forma:

■ As infraccións leves, con multa de ata o 5% do valor da obra, instalación ou actuación realizada.

■ As infraccións graves, con multa de ata o 30% do valor da obra, terreos, exceso de edificación ou actuación realizada.

E no caso de infraccións moi graves con multa de ata o 50%.

A partir de aí o Regulamento de disciplina procedeu a graduar ou especifica-las sancións, ó tempo levaba a cabo a concreción da tipificación das infraccións a que se fixo referencia anteriormente.

O cadro de infraccións e sancións está nos artigos 82 a 103, agrupados en tres seccións en función da gravidade das infraccións, apartándose da sistemática do RDU de 1978 que a regulaba por materias, distinguindo as infraccións e sancións en materia de parcelación e en materia de uso do solo e edificación.

O Regulamento de disciplina de 1999 simplificou a regulación contida no RDU de 1978 como consecuencia da introducción das infraccións moi graves, que absorben non só os parcelamentos en solo rústico senón tamén determinados tipos agravados en función da cualificación dos terreos afectados, tanto en materia de parcelación con usos do solo e edificación.

Con carácter xeral a regulación regulamentaria, respectando os máximos das sancións previstas na lei establece tres intervalos ou graos nas porcentaxes para o cálculo das multas, do 1 ó 5% para as leves, do 5 ó 30% para as graves e do 30 ó 50% para as moi graves.

O artigo 220 da Lei 9/2002 supón unha importante modificación da regulación ó establecer que as infraccións urbanísticas serán sancionadas da seguinte forma:

■ As infraccións leves, con multa de 300 a 6.000 euros e como mínimo o 2% do valor da obra, instalación ou actuación realizada.

■ As infraccións graves, con multa de 6.001 a 100.000 euros e como mínimo o 15% do valor da obra, terreos, exceso de edificación ou actuación realizada.

■ As infraccións moi graves, con multa de 100.001 a 1.500.000 euros e como mínimo o 25% do valor da obra, terreos, edificación ou actuación realizada. Non obstante, nos supostos de escasa entidade da infracción poden aplicarse as sancións previstas para as infraccións graves.

Esta regulación afecta directamente ás sancións establecidas no RDUG, polo que, dada a súa limitada aplicabilidade, non se expoñen con detalle, remitíndome ó contido do artigo «Infracciones y sanciones urbanísticas» (REGAP nº 23).

Inclúe a Lei 9/2002 no seu **artigo 221** novas sancións, de carácter accesorio, que poderán impoñerse ós suxeitos responsables de infraccións moi graves, cando as accións que as motivaron non sexan legalizables:

- Inhabilitación da posibilidade de obter subvencións públicas ou crédito oficial ou do dereito a gozar de beneficios ou incentivos fiscais, durante o prazo de ata cinco anos.
- Prohibición de formalizar contratos coa Administración autonómica e coas administracións locais, durante un prazo de ata cinco anos.
- Publicación nun diario dos de máis circulación da provincia, das sancións firmes en vía administrativa e da identidade dos sancionados.

Regras para determina-la contía das sancións

Aplicación das sancións

Mantéñense nos artigos 217.5 e 220.5 da Lei 9/2002 determinadas previsións, contidas tanto na Lei de 1997 e no seu Regulamento de disciplina, como na lexislación precedente:

- A imposición unicamente e na súa máxima contía da sanción correspondente ás actuacións que supoñan o resultado final perseguido, cando se trate de dúas ou máis infraccións entre as que exista conexión de causa a efecto, como excepción á regra xeral de impoñer tantas sancións como infraccións se cometan (art. 182.5 LSG, 75 RDUG).
- A interdicción do beneficio económico para o infractor mediante o incremento da contía da multa ata alcanzalo, cando fose superior á suma da sanción e do custo das actuacións de reposición (art. 185.4 LSG e 77.2 RDUG).

Debe destacarse a seria dificultade para a fixación do referido beneficio no seo do procedemento sancionador.

O artigo 77 RDUG establece a base para o cálculo das multas consistentes nunha porcentaxe do valor da obra ou instalación realizada, que estará integrada polo custo dos materiais ou da instalación e o da súa execución ou implantación, excluídos o beneficio empresarial, honorarios profesionais e impostos.

A Lei do 1997 mantivo as referencias ó valor da obra realizada que introducira o TRLS de 1992, e abandonou a referencia ó valor da obra projectada que contiña a lexislación de 1976, pese a que o Tribunal Supremo tivera ocasión de pronunciarse ó respecto sen que formulase reparos a esta forma de regula-lo cálculo da contía das sancións (STS 5-5-1989 Art. 3654).

Aínda que o artigo 220 da Lei 9/2002 determinou a contía das sancións mediante tramos, segundo a clase das infraccións, o establecemento dun mínimo referido a unha porcentaxe sobre o valor das obras ou instalacións determina que poida exceder a sanción da cantidade máxima fixada para o tramo que corresponda.

Introdúcese así un factor de proporcionalidade entre a sanción e a entidade das obras ilegais. Para efectuar-lo dito cálculo seguirá sendo aplicable o disposto no artigo 77 RDUG citado.

Reducción das sancións

Introduce como novidade a Lei 9/2002 (art. 220.4) o dereito do responsable da infracción a unha redución do 50% da multa que deba impoñerse, no caso de que repoña por si mesmo a realidade física alterada antes da resolución do procedemento sancionador.

Así mesmo, incorpora na súa disposición adicional quinta a previsión da redución da contía das sancións pecuniarias nun 30% se son aboadas nos primeiros quince días a partir da súa notificación, se o infractor mostra por escrito a súa conformidade con estas e renuncia expresamente ó exercicio de toda acción de impugnación nese prazo.

Graduación das sancións

O art.220.2 da Lei 9/2002, mantendo o disposto nos artigos 185 LSG e 79 do Regulamento, establece que:

«para graduar as multas atenderase primordialmente á gravidade da materia, á entidade económica dos feitos constitutivos de infracción, á reiteración por parte da persoa responsable e ó grao de culpabilidade de cada un dos infractores».

O art.185 LSG recolleu como atenuante, o ter procedido a corrixir-la situación creada pola comisión da infracción, reiterada no art. 79 do RDUG, que engade, o non ter intención de causar dano grave ós intereses públicos ou privados afectados polo feito ilegal. E como agravante o incumprimento dos requirimentos efectuados pola Administración para a paralización das obras e a restauración da orde urbanística, á que o Regulamento de 1999 engadiu as seguintes:

- a) Terse prevalido, para cometela, da titularidade dun oficio ou cargo público, excepto que o feito constitutivo da infracción fose realizado, precisamente, no exercicio do deber funcional propio do cargo ou oficio.
- b) A utilización de violencia ou calquera outro tipo de coacción sobre a autoridade ou funcionario público encargado do cumprimento da legalidade urbanística ou mediante suborno.

c) Cometela alterando os supostos de feito que presuntamente lexiti-
men a actuación, ou mediante a falsificación dos documentos nos
que se acreditase o fundamento legal da actuación.

d) O incumprimento dos requirimentos efectuados pola Administra-
ción para a paralización das obras e a restauración da legalidade ur-
banística (que contemplaba a lei) e a denegación do acceso ós te-
rreos ou construcións ós funcionarios encargados da inspección
urbanística.

e) Realizala aproveitándose ou explotando en beneficio propio unha
grave necesidade pública ou de particular ou particulares que resulta-
sen prexudicados.

Así mesmo, no art. 79 RDUG recóllense as seguintes circunstancias que,
segundo cada caso, poden agravar ou atenua-la responsabilidade:

a) O maior ou menor coñecemento técnico dos pormenores da ac-
tuación, de acordo coa profesión ou actividade habitual do respon-
sable.

b) O maior ou menor beneficio obtido da infracción ou, no seu caso,
o realizala sen ningunha consideración ó posible beneficio económico
que dela se derive.

c) A maior ou menor magnitude física do dano producido.

d) A maior ou menor dificultade técnica para devolve-lo terreo ó seu
estado inicial.

O **artigo 220.2** da Lei 9/2002 recolle como circunstancia atenuante a
paralización das obras ou cesamento da actividade ou uso, de modo vo-
luntario, trala inspección e a pertinente advertencia por axente da auto-
ridade, matizando así a regulación anterior e reforzando a función ins-
pectora.

Así mesmo, mantén como agravante o incumprimento dos requiri-
mentos efectuados pola Administración para a paralización das obras e a
restauración da orde urbanística, e engade a obstrución á función ins-
pectora, remitindo ó desenvolvemento regulamentario.

O RDUG estableceu os criterios para a graduación das sancións en
función da concorrencia ou non de circunstancias agravantes e atenuan-
tes nos seguintes termos:

1. Cando no feito concorran algunha circunstancia agravante, a san-
ción imporase sempre na súa contía máxima.

2. Se concorran algunha circunstancia atenuante, a sanción imporase
na súa contía mínima.

Estas previsións vense afectadas polo disposto no artigo 220.3 da Lei
9/2002, conforme ó cal, cando concorran algunha circunstancia agravante

a sanción imporase sempre na súa metade superior e se concorre algunha circunstancia atenuante, a sanción imporase na súa metade inferior.

Non obstante seguirán sendo aplicables estas outras previsións:

■ Cando concorresen circunstancias atenuantes e agravantes, estas compensaranse de forma racional para a determinación da sanción, ponderando razoadamente a transcendencia dunhas e outras.

■ Cando non concorran circunstancias atenuantes nin agravantes, a Administración imporá a sanción na súa contía media (art. 78 RDUG).

Órganos competentes

De conformidade co disposto no artigo 186 LSG a competencia para a imposición de sancións por infraccións moi graves correspóndelle á Comunidade Autónoma: ata 100 millóns ó conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, e ó Consello da Xunta a partir do dito importe; e para sanciona-las faltas graves ou leves ó alcalde.

No artigo 222 da Lei 9/2002 modifícase esa regulación ó establecer que serán competentes para a imposición de sancións:

Por infraccións moi graves:

■ a partir de 600.000 de euros, o Consello da Xunta.

■ ata 600.000 euros, o conselleiro competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio.

Por infraccións graves cometidas en solo rústico sen a preceptiva autorización da Comunidade Autónoma, cando esta sexa esixible de acordo con esta lei, ou incumprindo as súas condicións, o director xeral competente en materia de urbanismo.

Nos demais supostos, por infraccións graves e leves, o alcalde.

No ámbito da Comunidade Autónoma, o Decreto 134/2002, do 4 de abril, que establece a estrutura orgánica da Consellería de Política Territorial, O.P. e V., atribuíulle ó director xeral de urbanismo a imposición de sancións por infraccións urbanísticas moi graves (referidas á Lei 1/1997), ata dez millóns de pesetas (60.000 euros), se ben trala aprobación da Lei 9/2002, a Orde do 6 de marzo de 2003 (DOG 12-3-2003) delegou no director xeral a imposición de sancións por infraccións urbanísticas moi graves nos supostos do artigo 222.1.b), isto é ata a cantidade de 600.000 euros.

Procedemento

Salvo na ampliación do prazo para resolver a un ano, o artigo 223 da Lei 9/2002 reproduce a regulación da Lei de 1997, que dispón que a potestade sancionadora se exercerá mediante o procedemento establecido na lexislación de procedemento administrativo (art. 187 LSG), o que reitera o Regulamento de disciplina, e engade expresamente a remisión ó

Regulamento de procedemento aprobado polo Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto.

Segue recollendo expresamente a previsión de que o transcurso do prazo máximo para resolver sen que se dictase a resolución producirá a caducidade do procedemento, así como a obriga de iniciar un novo procedemento sancionador no suposto de que a infracción non prescribise.

Prescripción

O artigo 183 LSG establecía que as infraccións moi graves prescriben ós seis anos, as graves ós catro anos e as leves ó ano, contados desde a finalización das obras ou a actividade.


O artigo 218 da lei vixente amplía os ditos prazos, que pasan a ser quince anos para as infraccións urbanísticas moi graves, seis para as graves e dous anos para as leves.

No caso de infracción urbanística continuada a data inicial do cómputo será a da finalización da actividade ou a do último acto co que a infracción se consuma, segundo o disposto no artigo 104.2 do RDUG. Este criterio correspóndese en definitiva co da Lei 30/92 que se refire ó día en que a infracción se cometera.

Outra cuestión á que convén referirse é á previsión contida no artigo 105 do RDUG que fixa como data inicial para o cómputo da prescripción cando existan actos autorizatorios da Administración aquela en que sexan anulados, e non na que se dictaron, que é cando se cometeu a infracción, non obstante a certeza e coñecemento da súa existencia non resultará senón da propia resolución administrativa ou xudicial que anule o acto.

O cómputo interromperase pola iniciación do procedemento sancionador con coñecemento do interesado, restablecéndose o prazo se o expediente estivese paralizado durante máis dun mes por causa non imputable ó presunto responsable (Art.132 LRXAP).

Non estando fixados prazos para a prescripción das sancións nin na regulación autonómica actual, nin na Lei 9/2002, rexerán os prazos de tres, dous ou un ano, segundo se trate de sancións por faltas moi graves, graves ou leves, sinalados no artigo 132 LRX, que comezarán a contarse desde o día seguinte a aquel en que adquira firmeza a resolución pola que se impón a sanción.

Interromperá a prescripción a iniciación con coñecemento do interesado do procedemento de execución, volvendo a transcorre-lo prazo se aquel está paralizado durante máis dun mes por causa non imputable ó interesado, segundo dispón o artigo 132-3 LRX. 

Bibliografía

- DÍAZ LEMA, José Manuel. «La disciplina urbanística en la legislación gallega». *Revista Galega de Administración Pública*, nº 23, setembro-décembro 1999.
- GÁMEZ MEJÍAS, Manuel e GONZÁLEZ RAMOS, César. «Las infracciones y sanciones urbanísticas» *Derecho urbanístico de Galicia*. Marcial Pons 2001
- GARCÍA BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, Javier. «La cuestión rural: patología urbanística del espacio rústico». CIUDAD Y TERRITORIO Estudios Territoriales, XXXIV (132) 2002
- GONZÁLEZ MARINHAS, Pablo e ÁLVAREZ BARBEITO, Javier. «Disciplina urbanística en Galicia». *Revista Xurídica Galega*. Monografías. 2001.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. «La potestad sancionadora». Ponencia das Xornadas sobre a Lei 4/1999. EGAP. Santiago de Compostela, marzo 1999.
- PRADO DEL VALLE, Juan Carlos. «Infracciones y sanciones». *Revista Galega de Administración Pública*, nº 23, setembro-décembro 1999.
- ROMA VALDÉS, Antonio. «Notas en torno a la actual y deficiente regulación de la relación entre Administración y Jurisdicción Penal». *Actualidad Penal* nº 24-10 ó 16 de xuño de 2002.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. «La potestad normativa del municipio español». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Abella. Madrid 2000.
- «El régimen jurídico de la disciplina urbanística en Galicia tras el nuevo Reglamento autonómico: panorámica general e innovaciones concretas». *El consultor* nº 11, 15-06-2002.

ANEXO

CADRO RESUME DE USOS PERMITIDOS, AUTORIZABLES E PROHIBIDOS NO SOLO RÚSTICO

USOS E ACTIVIDADES NO SOLO RÚSTICO

L-PERMITIDOS por licencia municipal
 A-AUTORIZABLES por C. Autónoma
 P-PROHIBIDOS

Categorías do solo rústico

	SRPO (1) art. 36 Ordinaria	SRPAP (1) art. 37 Agropec.	SRPF (1) art. 37 Forest	SRPI (1) art. 38 Infraest.	SRPACP (1) (4) art. 39 Au- gas/Cost.	SRPEN (1) (5) art. 40 E. Natur.
Art. 33.1 Actividades e usos non constructivos						
a) Accións sobre o solo ou subsolo: movementos de terra: dragaxes, defensa de ríos e rectificación de leitos, abancalamientos, desmontes, recheos...	A	A	A	P	A (2)	P
b) Actividades de ocio: deportes organizados, acampada dun día e actividades comerciais ambulantes	L	L	L	L	L	L
c) Actividades científicas, escolares e divulgativas	L	L	L	L	L	L
d) Depósito de materiais, almacenamento de maquinaria e estacionamento de vehículos ó aire libre	A	P	P	P	P	P
e) Actividades extractivas, minería, canteiras, extracción de áridos ou terras	A	P	P	P	P	P
Art. 33.2 Actividades e usos constructivos						
a) Construcións e instalacións agrícolas, as de apoio das explotacións hortícolas, almacéns agrícolas, viveiros e invernadoiros	L	A	A	A	P	P
b) Construcións e instalacións para o apoio da gandeiría extensiva e intensiva, granxas, currais domésticos e instalacións apícolas	L	A	A	P	P (3)	P
c) Construcións e instalacións forestais: extracción da madeira, xestión forestal e as de apoio á explotación forestal, así como as de defensa forestal	L	P	A	P	P	P
d) Instalacións vinculadas funcionalmente ás estradas e previstas na ordenación sectorial destas, así como, en todo caso, as de subministración de carburante	A	P	P	A	P	P
e) Construcións e rehabilitacións para o turismo rural e que sexan protectoras do medio onde se localicen	A	A	A	P	A (2)	A
f) Infraestruturas e obras públicas en xeral: centros e redes de abastecemento de auga, enerxía eléctrica e gas, redes de saneamento, depuración, tratamento de residuos sólidos, ferrocarrís, portos e aeroportos, telecomunicacións...	A	A	A	A	A (2)	P

Art. 33.2 Actividades e usos constructivos

g) Equipamentos, dotacións ou servizos que deban localizarse no medio rural, escolas agrarias, centros de investigación e educación ambiental, construcións e instalacións deportivas e de ocio ó aire libre e campamentos de turismo	A	P	P	P	P	P
h) Construcións destinadas a usos residenciais vinculados á explotacións agrícolas ou gandeiras	P	A	P	P	P	P
i) Cerramentos ou valados de predios con elementos opacos ou de fábrica, cunha altura máxima de 1,50 m e o resto de características determinadas polo planeamento municipal	L	L	L	P	L	L
j) Caravanas e elementos móbiles instaladas por máis dun día, destinadas a vivenda, habitación ou actividades económicas	A	P	P	P	P	P
k) Actividades complementarias de primeira transformación Almacenamento e envasado de produtos do sector primario que garden relación directa coa natureza, extensión, destino do predio, explotación ou recurso natural.	A	A	A	P	P	P

SRPO: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE ORDINARIA

SRPAP: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE AGROPECUARIA

SRPF: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE FORESTAL

SRPI: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

SRPACP: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE AUGAS, COSTAS E PAISAXÍSTICA

SRPEN: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE ESPACIOS NATURAIS

SRPAH: SOLO RÚSTICO DE PROTECCIÓN DE INTERESE PATRIMONIAL, ARTÍSTICO OU HISTÓRICO

(1) Tamén serán autorizables os usos que se poidan establecer a través dos instrumentos previstos na lexislación de ordenación do territorio.

(2) Sempre que estean vinculados á conservación, utilización e goce do dominio público e do medio natural (art.39).

(3) Son autorizables pola Comunidade Autónoma as piscifactorías e instalacións análogas (art. 39).

(4) Están expresamente prohibidos os usos residenciais e industriais (art. 39).

(5) Son autorizables pola Comunidade Autónoma os usos vinculados á conservación, utilización e goce do medio natural que non atenten contra os valores obxecto de protección.

* Están expresamente prohibidos os usos residenciais, industriais (art. 40).

OUTRAS ACTUACIÓNS PROHIBIDAS NO SOLO RÚSTICO

Art. 42.2 Demolição de construcións, salvo nos supostos do art. 26

Art. 206.1 Realizar ou autorizar parcelacións, divisións ou segregacións, salvo nos supostos que se exceptúan neste artigo

Art. 207.1 Parcelacións urbanísticas

Art. 207.3 Edificar nun lote ou porción resultante dunha parcelación que infrinxa a lei

* Este traballo correspóndese co relatorio presentado nas «Xornadas sobre o procedemento de disciplina urbanística», organizadas pola EGAP, en Lugo o 17-12-2002, actualizada trala promulgación da Lei 9/2002.



NOTAS E

COMENTARIOS

PRINCIPAIS LIÑAS DE REFORMA DA PROTECCIÓN POR DESEMPREGO

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de dereito do traballo e da Seguridade social
Universidade de Vigo

A reforma do desemprego do ano 2002, realizada –por agora– en dúas fases, produciuse no contexto, xa case habitual cando se trata da aprobación de normas laborais e de Seguridade social, dunha norma de urxencia seguida da tramitación como proxecto de lei polo procedemento previsto no art. 86.3 da Constitución. Por máis que poida resultar divertida, vou obvia-la descrición de todo o decurso político e procedementa, desde que o anterior ministro de Traballo e Asuntos Sociais desvelou os seus obxectivos alá polo mes de abril de 2002, ata que entrou en vigor a Lei 45/2002, do 12 de decembro. Os episodios da convocatoria de folga xeral, contestada pola publicación no BOE do RD-lei 5/2002, do 24 de maio, o posterior acordo do novo ministro cos líderes das centrais sindicais máis representativas a nivel estatal e o conseqüente desplante á patronal máis representativa, e tódalas peripecias parlamentarias en temas tan polémicos como a protección dos traballadores fixos-periódicos ou a cobertura dos eventuais do campo andaluces e estremeños, son todos eles moi coñecidos. Pero creo que o obxectivo da miña exposición debe ser outro, como é intentar disertar sobre os contidos da reforma.

Primeiramente, debe terse en conta que foi a de máis fondo calado despois da producida dez anos atrás coa Lei 22/1992, do 30 de xullo, de medidas urxentes sobre fomento do emprego e protección por desem-

prego, por certo tamén produto da tramitación parlamentaria de outro «decretazo», o RD-lei 1/1992, do 3 de abril¹. En segundo lugar, que isto non obstante, desde entón producíronse moi numerosas modificacións no Tít. III do ET e normativa concordante, como resultado na maioría das ocasións de cambios introducidos nas leis de acompañamento á de presupostos do Estado, desde que se dictou a primeira de decembro de 2003. Practicamente a totalidade nun sentido restrictivo ou de recorte da prestación. É dicir, seguiu-se unha política lexislativa de «pequenos pasos», ademais medio ocultos na tupida normativa das sucesivas leis de medidas fiscais, administrativas e da orde social. Non son excepción os cambios que se derivaron da necesidade de darlles resposta a certas doutrinas do TS dictadas en unificación de doutrina que foron consideradas «indesexables» por demasiado expansivas por parte dos técnicos do Ministerio de Traballo.

1. A reforma «por goteo»

A sucesión das reformas pon de manifesto esta política deliberadamente restrictiva. A secuencia pode describirse como segue:

■ A Lei 22/1993, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social –por certo, esta aínda modificou a Lei 31/1984, do 2 de agosto, de protección por desemprego, antes de ser refundida no texto da Lei xeral de Seguridade social aprobado por RD-lexislativo 1/1994, do 20 de xuño–. Con ela eliminouse a posibilidade de exoneración da cota patronal nos casos de suspensión do contrato por forza maior. Ademais, ó traballador imputouse o abono da cota obreira cando é beneficiario da prestación por desemprego, que se lle desconta da prestación, aínda que cunha redución do trinta e cinco por cento, que se eleva ó 72 por 100 no caso dos traballadores –fixos– do réxime especial agrario da Seguridade social. Por outra parte, dificultouse o acceso ó desemprego por denuncia da empresa do período de proba, co obxectivo de evitar fraudes na configuración da situación legal de desemprego. En síntese, tratábase de evitar –só co relativo éxito– que un traballador, acaso despois dunha relación laboral dilatada extinguida pola súa vontade, en convivencia co empresario, accedera á prestación por esta vía indirecta. Outra reforma de recorte referiuse á contía mínima da prestación contributiva de desemprego no caso de desemprego total por perda dun traballo a xornada completa. Para o caso do desempregado sen fillos a cargo, situouse no 75 por 100 do salario mínimo interprofesional, incluída a correspondente prorrata de pagas extraordinarias. Máis técnica que restric-

¹ Sobre estas reformas, pode consultarse GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La protección por desempleo*, RL, 1993-II, pp. 324 ss.

tiva, e sumamente útil nalgunhas ocasións foi a introducción dunha nova causa de extinción da prestación ou do subsidio, en concreto a renuncia voluntaria ó dereito.

De maior calado foi a reforma para o acceso ó subsidio asistencial de desemprego. Considerouse causa enervante non só o rexeitamento dunha oferta de emprego adecuada, senón tamén a negativa a participar, salvo causa xustificada, en accións de promoción, formación ou reconversión profesionais. Ademais, o límite de rendas protexible pasou do salario mínimo interprofesional, con inclusión da parte proporcional de pagas extraordinarias, ó 75 por 100, con exclusión das ditas pagas. E, sobre todo, modificouse o concepto de responsabilidades familiares, nunha liña máis casuística, pero que contiña un requisito adicional de rendas ata entón inexistente, de acordo co cal a renda do conxunto da unidade familiar incluída a do solicitante, dividida polo seu número de membros, non debía supera-lo 75 por 100 do SMI, excluída a parte proporcional de dúas pagas extraordinarias. Requisito este que, como confirmou máis tarde TS, se aplicaría acumulada e non alternativamente á carencia individual de rendas por parte do solicitante. Polo que respecta á contía do subsidio asistencial, na Lei 22/1993 eliminouse a prorrata de pagas extraordinarias ó 75 por 100 do SMI, á vez que se aclaraba a regra da proporcionalidade no caso da perda dun traballo a tempo parcial.

En canto ó réxime de incompatibilidades, precisouse que o traballo por conta propia é incompatible «aínda que a súa realización non implique a inclusión obrigatoria nalgún dos réximes da Seguridade social». E, por último, incrementáronse as obrigas dos beneficiarios: 1) renova-la demanda de emprego na forma e datas que se determinen pola entidade xestora no documento de renovación da demanda, 2) solicita-la baixa nas prestacións por desemprego cando se produzan situacións de suspensión ou extinción do dereito ou se deixen de reuni-los requisitos esixidos para a súa percepción –e non soamente, como antes se dicía «antes das reincorporacións ó traballo», e 3) devolver ó INEM, no prazo de cinco días, o correspondente xustificante de ter comparecido no lugar e data indicados para cubri-las ofertas de emprego que se faciliten polo dito instituto»².

■ A seguinte lei de acompañamento non introduciu novidades na redacción do xa entón Título III da LXSS. Houbo que esperar ata a Lei 13/1996 –despois de que no ano 1995 a conxuntura política evitara unha nova lei omnibus–, a cal introduciu novos e moi considerables recortes. Funda-

² Ademais, esta lei incluíu unha norma, de carácter transitorio, de acceso á prestación contributiva, para os estibadores portuarios que prestasen servizos en portos de interese xeral nos que non se tivese constituído a correspondente sociedade estatal de estiba e desestiba ou nos postos non clasificados de interese xeral nos que non se tivese constituído a homóloga empresa pública.

mentalmente, os que seguen³: 1) introdúcese unha alínea terceira no art. 215, en relación cos requisitos de carencia de rendas e responsabilidades familiares para o aproveitamento do subsidio asistencial, no sentido de esixir, de acordo coa xurisprudencia xa adiantada polo TS, que deben concorrer tanto no acceso á protección asistencial coma durante a súa pervivencia. 2) introdúcese igualmente un parágrafo segundo na alínea segunda no art. 219, estreitamente relacionado co anterior, de acordo co cal o subsidio se extingue por superación do límite de rendas protexible ou pola variación das circunstancias familiares que, no seu caso, tiveran producido o acceso á protección. Ademais, o dereito do beneficiario ó recoñecemento dun futuro subsidio condiciónase, en todo caso, ó cumprimento de tódolos requisitos do art. 215. Xa se verá que unha das grandes novidades da Lei 45/2002 foi a matización desta norma, que se revelou, o cal xa era esperable, como profundamente dura e inxustificada en moitas ocasións. 3) Como consecuencia da ruptura do monopolio do INEM na colocación de traballadores, inclúense referencias ás axencias privadas de colocación que incrementan a especial situación de suxeición dos beneficiarios de prestacións e subsidios por desemprego. Entre outras, incorpóranse as esixencias de atender os programas de emprego e as accións de promoción, formación ou reconversión profesionais que determinen as entidades asociadas dos servizos integrados para o emprego, a de aceptala oferta de colocación adecuada que sexa ofrecida por unha axencia de colocación sen fins lucrativos, a de comparecer, cando sexa requirido, ante a axencia de colocación ou a entidade asociada, e devolverlle á axencia de colocación o correspondente xustificante de ter comparecido no lugar e data indicados para cubri-las ofertas de emprego recibidas. Correlativamente, a lei modificou os arts. 30 e 31 da LISOS de 1988 para introducir tipos administrativos relacionados con estas novas obrigas destinadas a axencias privadas de colocación e entidades asociadas dos servizos integrados para o emprego. E 4) auméntase a énfase da esixencia do art. 231 e) de que o desempregado solicite a baixa nas prestacións por desemprego cando se produzan situacións de suspensión ou extinción, ó introduci-la máis perentoria expresión «no momento da produción das ditas situacións» fronte á anterior e máis laxa «cando se produza»⁴.

■ Tamén a Lei 66/1997, do 30 de decembro, rabuñou a cada vez máis reducida cobertura do paro forzoso, cunha dureza cualitativamente su-

³ Comentadas por PIÑEYRO DA FUENTE, A. J., *Novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y do orden social*, RL, 1997-I, pp. 1112-3.

⁴ Así mesmo, a Lei 13/1996, do 30 de decembro, introduciu outras modificacións, pero non xa para recorta-la cobertura, senón para solventar problemas competenciais. En concreto, as tres seguintes: 1) a atribución expresa, de conformidade coa xurispru-

terior á da anterior lei de acompañamento. En primeiro lugar, en referencia ó propio concepto de desemprego, neste caso parcial, regulado no art. 203.3, e para contradicir-la xurisprudencia do TS. A cuestión foi dobre: a primeira referiuse a un problema suscitado despois da Lei 11/1994, do 19 de maio, consistente na redución de xornada ó abeiro do art. 41 ET efectuada sen autorización administrativa. En tales casos, o traballador solicitaba a prestación e o INEM denegáballe, alegando que non acreditaba a situación legal mediante a oportuna resolución da autoridade laboral. Incluso para tales efectos o RD 43/1996, do 19 de xaneiro sustentara a posición denegatoria. Como queira que o TS⁵ considerou *ultra vires* esta disposición regulamentaria e recoñeceu o dereito á prestación por desemprego parcial a todos os que tiñan sido obxecto de redución de xornada polo menos un tercio, o lexislador non tardou en reaccionar esixindo por vía legal o que se negara polo TS. E, posto que non había outra resolución administrativa posible que a do art. 47, quedou desde entón manifestamente claro que o desemprego por redución de xornada debía acreditarse a través de regulación de emprego temporal.

O cal engarza coa segunda parte do cambio normativo. O primeiro inciso do art. 203.3 incluía –e inclúe– o adverbio «temporalmente» que chamou á dúbida de se se protexía só a redución de xornada temporal ou tamén a que se produce de forma definitiva «en canto ó tempo de traballo». É dicir, se o dito adverbio engadía algo ou só se incluía con carácter redundante. Outra vez máis o TS pronunciouse en sentido expansivo e concluíu que tamén se protexía a redución de xornada definitiva⁶, e de novo a Lei de acompañamento non tivo ningún empacho en contradicir tan indesexable e despilfarradora doutrina xudicial⁷.

dencia do TS, á orde social da xurisdicción das reclamacións relativas á esixencia de devolución de cantidades indebidamente percibidas e ó reintegro de prestacións cun pagamento do que sexa directamente responsable o empresario, salvo no relativo ás actuacións en materia de xestión recaudatoria. 2) A mesma atribución, igualmente de acordo coa doutrina xudicial do TS, á orde social das impugnacións relativas ó abono da prestación por desemprego na súa modalidade de pagamento único. 3) E, igualmente a favor da xurisdicción social, resólvese o dilema sobre a competencia para impugnas as sancións por faltas leves e graves en materia de desemprego, deixando impregulada a cuestión relativa á impugnación das moi graves, Sobre estas reformas, con máis extensión, MERCADER UGUINA, J. R., *Leyes de acompañamento y seguridad jurídica*, RL, 1997-I, pp. 1087 ss.

⁵ STS do 22 de outubro 1997 (Ar. 7549), e un bo número delas en seguimento da súa doutrina.

⁶ Véxase, ó respecto, STS do 24 de febreiro de 1997 (Ar. 1579), así mesmo seguida dun bo número delas.

⁷ Sobre estes acontecementos, vg., MERCADER UGUINA, J. R., *Racionalidad del Derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamento*, RL, 1998-I, pp. 925-6.

Unha segunda modificación non foi rectamente restrictiva na súa formulación, aínda que si nas súas consecuencias. Neste caso, as dúbidas referíanse á situación legal de desemprego producida durante a execución provisional dunha sentenza de despido, unha vez que a opción pola readmisión, despois da Lei 11/1994, non implicara execución provisional. Esta novidade produciu certa doutrina xudicial menor contradictoria sobre a natureza da situación legal prevista nos arts. 111 e 112 LPL. Fronte a unha tese «ortodoxa», que mantiña a inexistencia dalgunha peculiaridade, e o sometemento ó réxime xurídico do Tít. III da LXSS, pois a lei adxectiva só declaraba que, unha vez producida a opción, a prestación se percibía desde a notificación da sentenza, suscitouse outra «heterodoxa» que a consideraba unha situación propia, non consuntiva da ordinaria da LXSS e na marxe dos requisitos de carencia. Por suposto, a Lei de acompañamento decantouse e disipou as dúbidas a favor da tese «ortodoxa», probablemente a máis defendible desde unha perspectiva de hermenéutica xurídica. Para tal efecto, a alínea 3º do art. 208, introducido pola Lei 66/1997, do 30 de decembro, non ten outro valor que o de interpretación auténtica da LPL.

O art. 211.1 sufriu unha curiosa modificación, tanto máis curiosa contemplada agora, con algo máis de perspectiva. A cotización por horas extraordinarias tense en conta para os efectos da base de cotización por desemprego, que é a mesma que a de continxencias profesionais. Sen embargo, produciuse certa disputa doutrinal relativa á inclusión das horas extraordinarias á hora de calcula-la base reguladora da protección por desemprego. Á resposta negativa conducía o art. 120.2 LXSS, de acordo coa cal «a cotización adicional por horas extraordinarias non será computable para os efectos de determina-la base reguladora das prestacións». E, como queira que xa desde hai anos se enterrou a controversia sobre a inclusión do desemprego no ámbito obxectivo da Seguridade social, lóxico corolario era que a base reguladora da prestación por desemprego non atendera á cotización por horas extraordinarias. A verdade é que o argumento é xuridicamente solvente, aínda que de novo restrictivo. O interrogante sobre a conveniencia dunha *lex specialis* para o desemprego, sen debaterse suficientemente, resolveuse en sentido negativo. Os porqués escápanse, máxime desde a concepción do desemprego como unha continxencia profesional, a máis puramente profesional, diría eu. O argumento do desincentivo cara á realización das ditas horas paréceme moi pouco convincente, e desde logo contradito rotundamente polas estatísticas posteriores a 1999. Ademais, o principio de contributividade, tan utilizado nos últimos anos con fins varios, apuntaría máis na liña da toma en consideración do tempo traballado por encima da xornada ordinaria. En fin, a regra de acordo coa cal a base reguladora se calcula a partir da base de cotización quebra neste caso.

Outra novidade da Lei de acompañamento de 1997, cun aparente sentido técnico en exclusiva que é pura aparencia, referiuse ó reinicio da prestación –ou do subsidio– despois dunha situación suspensiva. Introduciuse unha alínea 3º no art. 212, que distinguiu dous tipos de reinicio: un de oficio e outro rogado. O de oficio, nos casos de sanción polas circunstancias referidas na letra a) do art. 212.1, que supoñen non tanto a suspensión coma a perda da prestación ou do subsidio por un mes. O rogado, nos demais casos, esixíndose que se acredite a finalización da causa suspensiva, ou que, en xeral, o interesado volva a reunir tódolos requisitos necesarios para ser beneficiario dunha prestación ou dun subsidio. Pero a novidade máis substantiva é que se esixe, nos casos nos que o dereito non se restablece de oficio, a temporaneidade na solicitude do levantamento da suspensión, de modo que, se se insta máis alá dos quince días –en regra evidentemente equiparable á do art. 209, para a primeira solicitude–, o dereito á percepción da prestación ou do subsidio vai caducando día a día. En realidade, a solución establecida en decembro de 1997 non deixa de ser lóxica. O cal non empece a que, en termos reais, tiñese constituído outra pequena greta no sistema protector anteriormente existente.

Finalmente, a Lei 66/1997 introduciu unha primeira erosión nas relacións entre incapacidade temporal e desemprego, logo multiplicada exponencialmente coa Lei 24/2001. Neste caso, a novidade supuxo elimina-la posibilidade de cobra-la incapacidade temporal no 75 por 100 da base cando a percepción desta contía fose superior á que correspondería en concepto de desemprego. Aínda que durante la i.t. iniciada anteriormente á extinción do contrato se cobrase en concepto de situación de incapacidade temporal, cobrábase a partir de entón na contía correspondente ó desemprego. Pero mantíñase a non consunción do tempo da prestación por paro forzoso.

En canto á Lei 50/1998, do 30 de decembro, de acompañamento á de presupostos, hai que destacar, aínda que non incluída no tít. III da LXSS, unha moi interesante novidade, incluída como disp. dic. 28 da LXSS. En concreto, diríxese cara ó subsidio asistencial para maiores de cincuenta e dous anos, e supón que as cotizacións por xubilación durante o seu aproveitamento terían efecto tanto para o cálculo da base reguladora da pensión como para a determinación da porcentaxe aplicable. Pero non para acredita-lo período mínimo de quince anos. O cal implica importantes recortes, non xa na prestación por desemprego, senón na pensión de xubilación, pois non accederán a esta: 1) os non poucos beneficiarios que obtiveron indebidamente, xa sexa en vía administrativa ou en vía xudicial, un subsidio de desemprego para maiores de cincuenta e dous anos, de modo que no momento de solicitarse a pensión de xubilación poderá revisarse o requisito da carencia xenérica, sen que se tomen en

consideración as cotizacións derramadas durante a percepción do subsidio. 2) Os beneficiarios do subsidio que, eventualmente, accederan a el en virtude dun dereito expectante a unha xubilación contributiva de acordo coas regras de calquera ordenamento dun estado membro da Comunidade Europea, sen que no momento de acceso alcanzaran quince anos cotizados⁸. E 3) os beneficiarios que accederan ó subsidio con quince anos cotizados, pero con menos dun en España, que poderán, a partir deste precepto, non alcanza-la pensión de xubilación por aplicación do art. 48 do Regulamento 1408/1971. En fin, a reforma de 2002 vólvelles dar un golpe –esta vez bastante máis duro– ós emigrantes a estados nos que rexe o regulamento comunitario.

Sen que a Lei 55/1999, do 29 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social introducise novidades na protección de desemprego, e tampouco a Lei 14/2000, do 29 de decembro, máis alá da elevación a rango legal da renda activa de reinserción⁹, outra lei de acompañamento moi incisivo no réxime de protección por desemprego foi a Lei 24/2001, do 27 de decembro. En primeiro lugar, modificou o réxime de prórrogas semestrais do subsidio por desemprego para establece-la necesidade de solicitude de parte, acompañada da documentación acreditativa do mantemento dos requisitos de acceso. E, de novo, establécese para tales efectos o prazo de quince días seguintes ó esgotamento do prazo de seis meses, cos consabidos efectos extintivos da prestación polos días de atraso nos mesmos termos que nos arts. 209 e 212 LXSS¹⁰. E, ademais, en esixencia que é evidente preludeo das modificacións da reforma de 2002, especialmente en materia de compromiso de actividade, establece el último inciso deste novo art. 219.4 que «para el recoñecemento das prórrogas a entidade xestora poderá esixirlles ós beneficiarios do subsidio que no momento da súa solicitude subscriban un compromiso de realizar accións favorecedoras da súa inserción laboral e os servicios públicos de emprego aplicaranlles ós traballadores que suscribiran o compromiso as citadas accións».

Así mesmo, introdúcese unha alínea quinta no art. 219, especialmente destinada ós beneficiarios dun subsidio por desemprego para

⁸ Aínda que este suposto quedou finalmente descartado, despois da sentenza do TJCE *Ferreiro Alвите*.

⁹ Sobre este tema, MERCADER UGUINA, J., *La opacidad das leyes de acompañamento*, RL, n.º 7, 2001, pp. 133 ss.

¹⁰ Esta novidade veu acompañada dunha norma transitoria –art. 39.9 2 da Lei 24/2001, do 27 de decembro, que convén reproducir no que agora interesa «...ós subsidios nacidos con anterioridade ó 1 de xaneiro de 2002 o previsto na alínea 5, antes citada, seralles de aplicación a partir de que transcorran doce meses ou múltiplo de doce meses desde a data do seu último reinicio».

maiores de cincuenta e dous anos, e que evoca a situación de anos anteriores na que non era indiscutido que a carencia de rendas se aplicara a este concreto subsidio. Despois de terse despexado as dúbidas en sentido positivo, agora impónselles, para os efectos de mante-la percepción do subsidio e cada doce meses a partir do nacemento do dereito ou da súa última reiniciación, unha declaración das súas rendas, acompañada da documentación acreditativa que corresponda. De novo concédeselle ó beneficiario o reiterado prazo dos quince días cos conseguintes efectos interruptivos ata que cumpra con esta nova obriga, momento en que se lle restituirá no seu dereito con efectos desde a súa data¹¹.

Pero, sen ningunha dúbida, a reforma máis importante e restrictiva da Lei 24/2001 consistiu na alteración das regras de sucesión entre incapacidade temporal e desemprego, para eliminar unha, tradicional e fundada na idea de que o desempregado en situación de incapacidade temporal non está en condicións de aceptar unha oferta de emprego adecuada. De acordo coa dita regra, se a situación legal de desemprego se producía cando o traballador se encontrase percibindo subsidio por incapacidade temporal, seguiría percibindo este –na cantidade que fose, sobre o particular xa se describiu algunha reforma anterior–, sen que ese tempo de aproveitamento da i.t. se lle descontase da futura prestación por desemprego. Pero a Lei 24/2001 invertiu a regra, a través dunha serie de modificacións de certa complexidade, que en ningún caso lle afectaron ás relacións entre a maternidade e o desemprego. Entre outras consecuencias da inversión, tamén consume agora o tempo de protección por desemprego a situación de incapacidade temporal por recaída¹².

Por suposto, algunha reforma ten habido na marxe das leis de acompañamento. Quizais a máis significativa sexa a introducida primeiro polo RD-lei 16/2001, do 27 de decembro, e logo pola Lei 35/2002, do 12 de xullo, ámbalas «de medidas para o establecemento dun sistema de xubilación gradual e flexible», de acordo cos cales –en modificación do art. 216.3 LXSS– o subsidio por desemprego para maiores de cincuenta e dous anos só se extingue, polo que á xubilación se refire, cando o desempregado alcanza a idade ordinaria que se esixa en cada caso para causar dereito á pensión contributiva de xubilación. Co cal, na liña de tendencia de facilitar e promove-la xubilación flexible, este subsidio non se extingue nos casos nos que o traballador pode acceder á xubilación anticipada. Tamén pode aludirse a algunha modificación que veu recoñece-

¹¹ Acompañándose a regra transitoria.

¹² Sobre estas novidades, con máis detemento, RABANAL CARBAJO, P., «Las reformas en materia de desempleo», en VV.AA. (GÁRATE CASTRO, J., coord.), *Estudios jurídicos sobre las reformas da Seguridade Social*, RXG (Santiago, 2002) pp. 112 ss.

lo papel das comunidades autónomas que recibiran transferencias das políticas activas de emprego para os efectos das prestacións en especie consistentes en accións específicas de formación, perfeccionamento, orientación, reconversión e inserción profesionais¹³. Ou, igualmente, a Lei 36/1999, do 18 de outubro, que veu concreta-los termos de concesión do subsidio por desemprego e as garantías de reinserción dos delinquentes toxicómanos, cunha modificación, polo que aquí interesa, do art. 215. 1 d) LXSS.

Non obstante o cal, estas pequenas excepcións poñen máis de manifesto este labor das sucesivas leis de acompañamento, de erosión constante e por goteo do nivel de protección por desemprego. En fin, a propia Lei 53/2002, do 30 de decembro, aprobada 18 días despois da 45/2002, do 12 decembro, viuse na obriga de terciar sobre algún floco que quedou solto nesta, en concreto en relación coa cotización sobre as vacacións non aproveitadas con anterioridade á finalización do contrato.

2. As liñas de reforma do desemprego en 2002

A reforma do 2002 produciuse, así pois, en dúas fases sucesivas, de modo que poden establecerse múltiples diferencias entre o texto do Real decreto-lei 5/1992 e o da Lei 45/2002. Sen embargo, xa advertín que neste texto non vou comentar pormenorizadamente, como o fixen coas anteriores, a reforma do Tít. III da LXSS, pois para iso xa están as intervencións posteriores. E tampouco vou traza-las diferencias entre o texto de urxencia e a definitiva lei ordinaria. Voume limitar a enunciar xenericamente as grandes liñas de reforma.

2.1. Abandono do control no acceso á prestación contributiva

Probablemente sexa este o risco da reforma con máis consecuencias a curto prazo, simbolizado no acceso á protección de desemprego sen que se requira impugna-lo despido de que foi obxecto o traballador. Con toda seguridade, a intención de dotar dunha regulación moi diferente ós salarios de tramitación foi o elemento desencadenante desta opción lexislativa. Pero non poden descartarse outros dous: o primeiro, a xurisprudencia do TS, que abrixa una brecha importante –quizais máis alá do que sería desexable– na posibilidade de controla-lo acceso ó desemprego, en pronunciamentos como un de 1995 que estableceu que en ningún caso o traballador tiña que impugna-lo cese dun contrato temporal, por groseiro que fora o fraude de lei, para xerarse a situación legal

¹³ Trátase da reforma o at. 206.2 LXSS en virtude do RD-lei 5/1999, do 9 de abril.

de desemprego. Ou outro de 2000 que estableceu unha doutrina equiparable para o despido obxectivo. Ou os propios vaivéns de doutrina xudicial que sufriu a esixibilidade regulamentaria da indemnización de trinta e cinco días en fase preprocesual no caso de despido disciplinario improcedente. O segundo, a admisión dunha lóxica menos interesada na causa do desemprego e máis centrada no seu tratamento, manifestada en aspectos como o compromiso de actividade ou a administrativización do concepto de oferta de emprego adecuada. Sexa como for, diferénciase entre despido procedente e improcedente, soterrándose a técnica do período de espera alí onde nacera e se mostrara como un elemento particularmente eficaz¹⁴.

Na linguaxe lexislativa, esta renuncia ó exercicio do control caracterizouse como «adiantamento no percibo da prestación por desemprego», en canto que se percibe xa a partir da data de efectos do despido, sen prexuízo de que se tiveran que arbitrar complexos mecanismos de devolución e compensación das cantidades indebidamente percibidas –regulados, sobre todo, no art. 209.5 LXSS– nos casos nos que, *a posteriori*, o traballador perciba durante os mesmos períodos salarios de tramitación. Desde a perspectiva da nova regulación dos salarios de tramitación, como estes poden non existir nos casos nos que o empresario reconeza inmediatamente despois do despido a súa improcedencia, ou cando o despido mereza a cualificación de procedente, sen o sometemento do desempregado ó anterior período de espera, o tracto entre percepcións salariais e prestación por desemprego mantense, pero anticipando esta ó debilitarensen aquelas.

Por suposto, esta anticipación da prestación esixiu, á vez, modificar outras regras, como é o acceso ó desemprego por denuncia do período de proba, cunha regulación anterior, como xa se describiu anteriormente, encontraba a súa explicación precisamente no control do fraude.

Non faltaron autores que, con lóxica esmagante, preconizaron que o máis lóxico fóra derrogar toda a armazón normativa relativa á situación legal de desemprego para admitir que tamén a denuncia voluntaria do contrato por parte do traballador pode servir de canle de acceso á prestación¹⁵.

En contraste con esta flexibilización no acceso, artículase unha modalidade procesual nova, a do art. 145 bis, para controlar, por parte da entidade xestora das prestacións por desemprego, o encadeamento de

¹⁴ Así o tiña posto de manifesto TORTUERO PLAZA, J. L., *Supuestos legales de desempleo protegidos en el ordenamiento español: una valoración crítica*, RL, 1994-II, pp. 104 ss.

¹⁵ Nesta liña, vg., SEMPERE NAVARRO, A. V., «La reforma do despido y do desempleo mediante el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo», en VV.AA., *La reforma do despido y do desempleo*, Laborum (Murcia, 2002) pp. 15 ss.

contratos, nos casos nos que poida estimarse fraudulento, coas conseguintes consecuencias en materia da súa responsabilización. Chama a atención, polo contraste que supón coa regra xeral anteriormente exposta e por toda a vocación xeral que ten a reforma de non prestarlle demasiada atención ó control no acceso á prestación. Acaso haxa que atopala explicación, sen dúbida insuficiente, no gasto comparativamente moi alto que leva consigo o fenómeno da excesiva rotación na man de obra. Na marxe das numerosas preguntas de índole procesual e substantiva que suscita este novo precepto procesual.

E outro tanto pode dicirse da cuestión relativa ás vacacións non gozadas no momento de extinción do contrato. Sen entrar agora nos numerosos problemas xurídicos, con evidentes repercusións prácticas, que esta novidade pode levar consigo, detéctase unha intención de demora no acceso á prestación que non garda excesiva correspondencia con medidas tales como a supresión do período de espera nos despidos procedentes.

Polo demais e dado que os salarios de tramitación, con tódalas peculiaridades que se queira, foron parcialmente restituídos coa Lei 45/2002, do 12 de decembro, resulta enormemente perturbador o réxime de acceso á prestación contributiva no caso de despido. Máis fácil tivera sido aplicar sen máis a doutrina relativa á diferenza temporal entre a configuración da situación legal e a súa acreditación, que con tanto acerto se configurou en situacións tales como a impugnación infrutuosa no cese dun contrato temporal.

E deben recordarse unha vez máis os moi arduos problemas que se presentarán en momentos tales como a execución provisional de sentencias de despido ó abeiro do novo réxime legal. As modificacións que, directa ou indirectamente, lle afectan ó art. 295 da LPL son moitas máis das que a primeira vista poden imaxinarse.

2.2. Distinción de réximes xurídicos en atención ó tempo en que se configura a situación legal e incremento da inseguridade xurídica

A reforma en varias fases da regulación do desemprego conseguiu xerar un grao de inseguridade xurídica practicamente sen precedentes no noso ordenamento. Pénsese, por exemplo, na regulación dos salarios de tramitación. Ou tamén na dos eventuais do campo de Extremadura e Andalucía. Pero, por destacar agora un tema especialmente complicado, podería facerse referencia ó desemprego dos traballadores fixos-periódicos.

Ata a entrada en vigor do RD-lei 5/2002 non se presentara abertamente a cuestión de se o fixo-periódico cunha prestación de servizos que se reinicia a data certa tiña dereito á prestación de desemprego durante os períodos de inactividade. Na marxe de certa doutrina xudicial

que presentara a cuestión nalgunha Sala do Social¹⁶ e dunha oculta pero certa circular do INEM que se pronunciara en sentido contrario ó dereito á prestación durante os ditos períodos de inactividade, era case pacífica a posición afirmativa ó respecto. De aí que, antes da dita norma de urxencia, os que finalizaban o período de actividade accedían á prestación contributiva sen maiores problemas, sempre que reuniran os demais requisitos establecidos legalmente.

Tralo RD-lei as cousas cambiaron radicalmente, pola interpretación expresa que se facía do termo traballo fixo-descontinuo no art. 208 da LXSS, con remisión á específica modalidade prevista no art. 15.8 ET, que só contempla o traballo que non se repite a datas certas, isto é, o traballo fixo-descontinuo entendido nos seus estrictos termos. A reforma, por máis que coherente coa diferenza entre traballo fixo-periódico e traballo fixo-descontinuo e coa asimilación sen máis do primeiro co traballo a tempo parcial, foi obxecto dunha moi forte contestación, sobre todo desde as instancias sindicais que sustentaron a folga do 20 de xuño.

Despois da Lei 45/2002, o dereito á prestación por desemprego destes colectivos dista moito de estar clara. Pode dicirse simplemente que a cuestión se posterga a un regulamento de desenvolvemento do art. 208.1.4, sen prexuízo de que as orientacións máis restrictivas do Real decreto-lei parecen abocadas a desaparecer. Isto non obstante, a espera desta norma gubernativa engade incerteza en relación co ámbito de cobertura, o cal se traducirá con toda seguridade nun repunte do traballo eventual fronte ó fixo-periódico, tendencia que se veu detectando xa en non poucos convenios colectivos, como os relativos ós transportes por estrada.

2.3. Certos cambios na protección asistencial sen un rumbo determinado

Non pretendo agora facer referencia ás manobras de cambio e marcha atrás producidas nalgúns aspectos do subsidio por desemprego. Entre outras, podería aludirse ó moi polémico tema do cómputo, entre as rendas do solicitante, das indemnizacións derivadas de despido, que tan en perigo puxera a certos desempregados perceptores de subsidios, como eran os procedentes de certos acordos en fases de consultas de expedientes de regulación de emprego que percibían a indemnización diferida en pagamentos mensuais. Sen prexuízo de todo isto, si que se poden destacar algúns cambios interesantes que melloran ou empeoran a acción protectora no nivel asistencial. En particular, os dous seguintes:

¹⁶ Sobre ela, CABEZA PEREIRO, J., *Desempleo de trabajadores fijos-periódicos*, AS, nº 12, 2001.

1. A posibilidade de que dentro do prazo dun ano desde a data do feito causante se acredite que se cumpren os requisitos de carencia de rendas ou, no seu caso, de existencia de responsabilidades familiares. Con isto evítase a perda definitiva do subsidio para o beneficiario que deixe de reunir todos e cada un dos requisitos para ser beneficiario da acción protectora, a menos que volva a encontrarse nalgunha das situacións previstas no art. 215 LXSS.

2. Nun sentido inverso, estreitouse considerablemente o ámbito de beneficiarios do subsidio do emigrante retornado, ó excluír ós países do espacio económico europeo e a todos aqueles en que exista convenio bilateral que inclúa a cobertura do desemprego. O cal dificulta –máis ben imposibilita– o acceso ó subsidio para maiores de cincuenta e dous anos dos emigrantes retornados destes estados, a menos que realicen traballo efectivo con cotizacións efectivas en España despois do retorno.

Pero, ademais destas reformas de orientacións encontradas, o certo é que tampouco se abordaron temas cruciais, como é o dobre cómputo das rendas, primeiro a nivel individual e logo a nivel da unidade familiar, o cal veu producindo, coa aquiescencia do TS, situacións inxustas ata o discriminatorio: xunto a beneficiarios que obtiñan o subsidio, porque as súas rendas individuais non superaban o límite protexible e tampouco o superaban as rendas familiares, a outros desempregados dene-gábaselles a protección, a pesar de se-las rendas familiares moi inferiores, pola sinxela razón de que, a nivel individual, os seus ingresos si que superaban o setenta e cinco por cento do salario mínimo interprofesional, excluída a parte proporcional de dúas pagas extraordinarias.

Ou tampouco se solucionou na medida do necesario a colación de certas rendas non materializadas cunha toma en consideración que foi abondo polémica. Refírome, por exemplo, ó problema das pensións compensatorias ou a favor dos fillos, que integran as rendas da unidade familiar sen que en moitas ocasións sexan abonadas realmente por parte do excónxuxe ou do cónxuxe separado.

2.4. Unha maior preocupación pola recolocación do desempregado

Pode que esta sexa a orientación máis nítida na reforma¹⁷. Neste sentido, a modificación tan ampla e tan discutida de que foi obxecto o concepto de colocación adecuada pode ser moi ilustrativa. Non polos seus efectos concretos, senón pola propia atención que se prestou. O precepto, tal e como quedou despois da Lei 45/2002, resulta moi discutible.

¹⁷ Como afirmou RODRÍGUEZ-PIÑERO e BRAVO-FERRER, M., *La nueva dimensión da protección por desempleo*, RL, nº 13, 2002, p. 7., «la búsqueda y aceptación de ese empleo lo eleva a elemento definitorio de la propia contingencia».

Non tanto pola súa excesiva dimensión e casuísmo, que pretendeu cubrir unha pléiade de situacións que probablemente fora mellor confiar na súa apreciación á doutrina xudicial, como pola administrativización do concepto de emprego adecuado, que queda confiado ó servizo público de emprego. Parece que se lle presta demasiada atención ás circunstancias que rodean ó traballo que lle foi ofrecido ó desempregado e demasiada pouca a outras cuestións máis substantivas, como poden ser a propia profesionalidade do desempregado. Díxose en diversas ocasións que resulta restrictivo o propio tratamento que a cuestión recibe no ordenamento xurídico español, máis a partir do concepto de emprego adecuado que do dereito do traballador a rexeitar un emprego inconveniente, que foi a perspectiva seguida pola normativa internacional e moi en especial polo Convenio nº 44 da OIT¹⁸.

Na marxe de todo isto, o que subxace á reforma do concepto, por certo agora mellor situado no art. 231 LXSS, é un interese por aquilatarlo ámbito das ofertas que necesariamente ten que atender un receptor dunha prestación ou dun subsidio por desemprego. O novo concepto está aberto a un bo prezo de críticas. Entre outras –nesta cuestión tampouco o concepto precedente merecía mellor valoración–, pode sinalarse que non se distingue entre beneficiario dunha prestación contributiva e dun subsidio asistencial, como debería facerse con toda probabilidade para concibi-lo concepto «oferta de emprego adecuada» en termos máis flexibles cando se trata da cobertura do nivel asistencial, coa finalidade de que o desempregado estivese obrigado a aceptar ofertas dun espectro máis amplo. Polo contrario, no nivel contributivo, o concepto de profesionalidade debe desempeñar un papel máis protagonista, de modo que o dereito de rexeitamento debería proxectarse alí onde se produce un prexuízo evidente da formación e da traxectoria profesional do parado. Non en van unha das finalidades da prestación de Seguridade social por paro forzoso consiste en manter ó traballador nos seus dereitos profesionais. Finalidade á que, dito sexa de paso, a reforma non parece ser demasiado sensible.

Velaquí unha das ideas que merecen destacarse: a reforma está interesada máis na inserción do desempregado ca na calidade do emprego que vaia encontrar. Só así se pode entender a deslegalización ou incluso a desnormativización que se produce nos casos nos que o desempregado leve un ano percibindo prestacións. O que o art. 231.2 se preocupe máis das circunstancias do concepto de emprego adecuado –distancia, parcialidade, temporalidade, conciliación de vida familiar e laboral–, que da súa propia definición, sobre a que non se achega practicamente ningún trazo no-

¹⁸ Neste sentido, vg., LUIJÁN ALCARAZ, J., *La noción de «colocación adecuada» ante la reforma de la protección por desempleo AS*, nº 5, 2002.

vidoso que non estivera contemplado na anterior versión do art. 213 LXSS¹⁹. Non pretendo, por suposto, minora-la importancia de ter en conta as ditas circunstancias, as cales, polo demais, xa foran tidas en conta pola doutrina xudicial, pero si destacar que a reforma de 2002 relega a un segundo plano as esixencias de identificación do emprego conveniente.

Tamén na liña de contribuír á pronta recolocación do desempregado debe tomarse en consideración a reiterada referencia legal a este instrumento novidoso que é o compromiso de actividade, unha especie de contrato entre o servizo público e o demandante de emprego beneficiario dunha prestación ou dun subsidio. Da súa definición no art. 231.2 («o [compromiso] que adquira o solicitante ou beneficiario das prestacións de buscar activamente emprego, aceptar unha colocación adecuada e participar en accións específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión ou inserción profesional para incrementar a súa ocupabilidade, así como de cumprilas restantes obrigas previstas neste artigo» non se extraen demasiadas consecuencias concretas, máis alá da esixibilidade da súa sinatura. Non parece que o lexislador español quixera chegar ata os límites moito máis ambiciosos que documentos homólogos a este teñen noutros ordenamentos de estados do noso entorno, nos que, vg., o compromiso é individualizado e verificado cunha periodicidade intensa entre o desempregado e o técnico de emprego correspondente, ou nos que se esixe do desempregado unha conducta de emprego activa cada semana. Quizais a estes obxectivos máis modestos conduciran a escasa dotación material e humana dos servizos públicos de emprego. Ou acaso tamén o desexo de non producir subitamente un cambio de modo ou demasiado radical. Calquera que sexa a explicación, o certo é que a introducción do compromiso de actividade supón un paso máis na tendencia que alguén denominou como de «política de contractualización das prestacións sociais»²⁰.

Isto non foi óbice para flexibilizar certas esixencias. Non pretendo agora analiza-la menor dureza sancionadora, en especial en relación coa reprobación das infraccións graves, pero si de reparar nunha reforma, introducida durante a tramitación parlamentaria da lei, de acordo coa cal se flexibiliza a esixencia de que o beneficiario busque activamente em-

¹⁹ Poden destacarse, como mínimas achegas, as de considerar adecuada a profesión demandada polo traballador e a de vincula-lo concepto de profesión habitual ó seu desempeño durante ó menos tres meses.

²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Las políticas de contractualización das prestaciones sociales*, RL, nº 19-20, 2002. Describe a situación do seguinte modo na p.13 do nº 20: «...la progresiva generalización en los sistemas europeos de protección a configurar la prestación social de servicios de inserción como un derecho cuyo acceso, mantenimiento o, incluso, mejora, depende del cumplimiento por parte del beneficiario de ciertos deberes...»

prego. De acordo co inciso segundo do art. 231.1 i), «sen prexuízo da obriga de acredita-la busca activa de emprego, a participación nas accións de mellora da ocupabilidade será voluntaria para os perceptores das prestacións contributivas durante os cen primeiros días de percepción, e a non participación nelas non ocasionará efectos sancionadores». Do cal, ademais de destacar que se limita á protección no nivel contributivo, cabe comentar que se corresponde con outros ordenamentos que tamén prevén homologables períodos «de espera» durante os cales as esixencias cara ós desempregados beneficiarios da acción protectora da Seguridade social son menos rigorosas.

Finalmente, e por trazar só algúns riscos sobre este especial interese pola recolocación do desempregado, pode citarse certa normativa relativa á suspensión e extinción das prestacións en relación co desenvolvemento dun traballo como autónomo, nunha corrente máis favorable á iniciación deste tipo de actividades que xa foi postulada polo TS en sentencias de hai algúns anos²¹. A idea consiste en tratar con maior consideración ó desempregado que inicia unha actividade por conta propia, por definición incompatible coa prestación ou co subsidio aínda que non xere alta en ningún réxime da Seguridade social. Fronte ó traballo por conta allea, que só xera suspensión da prestación durante doce meses, o traballo como autónomo estende a situación suspensiva ata vintecatro meses, exclusive.

2.5. Outros tópicos


Non poden esquecerse outras cuestións centrais da reforma do desemprego. Polo que ó ámbito das prestacións se refire, podería facerse referencia ó subsidio dos traballadores eventuais do campo, que se estende, nun novo réxime moito máis esixente, a todo o territorio do Estado. Isto en prexuízo do vello réxime previsto para os eventuais de Andalucía e Extremadura, que agora queren reconducirse a través da renda activa de reinserción, aínda que nunha normativa que ten visos de reformarse proximamente a pouco que cristalicen as declaracións de intencións e acordos entre o Goberno e os sindicatos. Así mesmo, habería que facer referencia ó tema da renda activa de reinserción, especialmente perfeccionada na Lei 45/2002, do 12 de decembro.

* * *

Pero todo isto dá pé a unha reflexión provisional e de partida: cando menos se se compara co incesante caudal de reformas que veu da man das leis de acompañamento da última década, o certo é que a reforma de

²¹ Vg., STS do 24 de marzo de 1998 (rec. n.º 2975/1997).

2002 non foi especialmente restrictiva ou de recorte. Pódese afirmar que hai constituído un punto de inflexión no que, con mellor ou peor fortuna –con non moi boa fortuna, diría eu– pretendeuse deseñar un modo de protección. O esbozo é confuso e de liñas non demasiado claras, e aquí é onde a Lei 45/2002 merece maiores reproches. Non, desde logo, na introducción de demasiados recortes, característica que non pode achacárselle, máxime despois da tramitación parlamentaria do texto orixinario do Real decreto-lei. Si que é certo que hai colectivos fortemente prexudicados –vg., e en tanto non se demostre o contrario, os fixos-periódicos, ou moito máis claramente os emigrantes retornados. Outro cantar é a reforma dos salarios de tramitación, na que as conclusións serían moi outras.

Iso si, se se analiza a cobertura do desemprego con certa perspectiva, a tendencia de recorte é moi evidente. A calidade e a intensidade da protección era moito maior fai once anos, cando por última vez o lexislador se propuxo a tarefa de enfocar unha reforma de amplo calado. E o máis lamentable é que os sucesivos recortes cos que os desempregados se foron encontrando cada un de xaneiro foron silenciados dentro dunha batería de modificacións de gran complexidade técnica. Estes si, foron retrocesos que ninguén –ou case ninguén– dos seus precursores se dignaron en explicar, por máis que explicables ou incluso loables puideran se-las súas intencións. 

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS PROPIETARIOS. CLASES DE SUELO. SU VINCULACIÓN CON LA DISCIPLINA, EN LA LEY GALLEGA

Luis Miguel López Fernández

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Consideración Preliminar

El presente trabajo constituye la publicación de una ponencia que tuve la satisfacción de exponer el día 16 de diciembre de 2002, en el Curso sobre el Procedimiento de Disciplina Urbanística organizado por la Escola Galega de Administración Pública y la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Por tanto la preparación y exposición de la ponencia se llevó a cabo antes de la promulgación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, pero teniendo en cuenta la existencia de un Proyecto de Ley en tramitación. Llegado el momento de publicar el contenido de esa ponencia, existían dos alternativas extremas y una solución intermedia: publicarla según fue expuesta y distribuida a los asistentes al curso, y por tanto con exclusiva referencia a la versión del Proyecto que utilizamos para su elaboración, sustituir los artículos de esa versión del Proyecto por los de la Ley 9/2002, cambiando también el título para que no se hiciera referencia a una Ley futura que es ya, venturosamente, Ley vigente, o mantener el texto inicial, con las siempre necesarias revisiones de estilo, pero relacionando a pié de página las correspondencias entre los preceptos del Proyecto que utilizamos en su día y los preceptos de la Ley

9/2002. Nos ha parecido que esta última solución permite dejar constancia del alcance y origen de nuestro trabajo y que, al mismo tiempo, mantiene su actualidad, evitando la posibilidad de inducir a error a aquellos que tengan la amabilidad de consultarla. Esperamos haber acertado en la elección.

1. Relaciones entre el Régimen urbanístico del suelo y la Disciplina Urbanística

El Proyecto de Ley del Suelo de Galicia establece, en su artículo 7, que «Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad relativas al uso del suelo, subsuelo y vuelo, y en especial su urbanización y edificación, se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley y, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios»¹, consagrando el principio tradicional del Derecho Urbanístico que se contempla también en el artículo 62 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, vigente aún al escribir estas líneas. Por otro lado el concepto de Disciplina Urbanística se ha usado tradicionalmente para agrupar las materias relacionadas con la intervención de la Administración en la edificación y uso del suelo, las medidas a adoptar contra las obras realizadas sin licencia, sin ajustarse a sus prescripciones o al amparo de licencias concedidas en contra de la legislación urbanística, y el establecimiento de sanciones para las conductas consideradas como infracción urbanística, entendiendo como tales «Las acciones u omisiones que vulneren las prescripciones contenidas en la legislación y el planeamiento urbanísticos, tipificadas y sancionadas en aquella», según el artículo 218 del Proyecto², resulta fácil deducir la estrecha relación existente entre el régimen jurídico previsto para cada una de las clases de suelo establecidas por el legislador y ese conjunto de medidas de intervención, infracciones y sanciones que configuran la disciplina urbanística, ya que la infracción sancionable tiene como presupuesto necesario

¹ El artículo 7.1 de la Ley 9/2002, de 30 diciembre, de Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, aprobado en el momento de revisar estas líneas para su publicación, no se aparta de la regulación básica del Proyecto, al decir que «Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad relativas al uso del suelo, subsuelo y vuelo, y en especial su urbanización y edificación, se ejercerán dentro de los límites y con cumplimiento de los deberes establecidos en la presente Ley y, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de las fincas, asegurando que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas legalmente establecidas y coordinadamente con la legislación sectorial.

² Que pasa a ser el artículo 216.1 en la redacción definitiva de la Ley 9/2002.

la realización de una acción u omisión que infrinja los deberes impuestos a los propietarios o titulares de derechos reales sobre bienes inmuebles, o que sobrepase el ejercicio legítimo del derecho que la Ley le atribuye. De ahí que el estudio previo de los derechos y deberes establecidos por el Proyecto resulte necesario punto de partida para analizar luego el catálogo de conductas sancionables.

2. Clases de Suelo en el Proyecto

De acuerdo con artículo 10 del Proyecto de Ley del Suelo de Galicia, «Los planes generales de ordenación municipal deberán clasificar el territorio municipal en todos o algunos de los siguientes tipos: suelo urbano, de núcleo rural, urbanizable y rústico» (como indica el artículo 63.1 de la Ley 1/1997, vigente al escribir estas líneas)³.

3. El suelo urbano

3.1. Consideraciones generales

En relación con el suelo urbano el Proyecto establece lo siguiente:

«Los planes generales clasificarán como suelo urbano, incluyéndolos en la delimitación que para tal efecto establezcan, los terrenos que estén integrados en la malla urbana existente siempre que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que cuenten con acceso rodado público y con los servicios de abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, proporcionados mediante las correspondientes redes públicas con características adecuadas para servir a la edificación existente y la permitida por el planeamiento.

A estos efectos, los servicios construidos para la conexión de un sector de suelo urbanizable, las vías perimetrales de los núcleos urbanos, las vías de comunicación entre núcleos, las carreteras y las vías de la concentración parcelaria no servirán de soporte para la clasificación como urbanos de los terrenos adyacentes, excepto cuando estén integrados en la malla urbana.

b) Que, aun careciendo de algunos de los servicios citados en el apartado anterior, estén comprendidos en áreas ocupadas por la edificación al menos en las dos terceras partes de los espacios aptos para ella, según la ordenación que el plan general establezca.

³ Igual en la redacción definitiva de la Ley 9/2002.

A los efectos de esta Ley se consideran incluidos en la malla urbana los terrenos de los núcleos de población que dispongan de una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de servicios de las que puedan servirse los terrenos y que éstos, por su situación, no estén desligados del entramado urbanístico ya existente»⁴.

Si comparamos la regulación citada con la contenida en el artículo 64 de la Ley 1/97, inmediatamente advertiremos que:

1º) El proyecto de ordenación del medio rural no puede clasificar terrenos como suelo urbano, sino que han de ser precisamente los planes generales.

2º) El Proyecto acentúa el carácter reglado que la clasificación de determinados terrenos como suelo urbano supone para el planificador, imponiendo expresamente que los terrenos con determinadas características de hecho se clasifiquen como suelo urbano y regulando con minuciosidad las mencionadas características fácticas. En relación con esas características fácticas el elemento necesario pero no suficiente para la clasificación de un suelo como urbano pasa a ser su integración en la malla urbana, de acuerdo con el significado que el mismo Proyecto atribuye a ese concepto, exigiéndose además, y alternativamente, la existencia de servicios urbanísticos básicos o la consolidación de la edificación al menos en las dos terceras partes de los espacios aptos para ella.

Los únicos residuos de discrecionalidad que parecen quedar para el planificador guardan relación con el hecho de que los servicios urbanísticos básicos han de bastar para servir a la edificación existente «*y la permitida por el planeamiento*» y que las dos terceras partes de consolidación de la edificación se refieren a «*los espacios aptos para ella, según la ordenación que el plan general establezca*».

Esta misma reducción de la discrecionalidad del planificador en relación con el suelo urbano ha conducido a suprimir la posibilidad, contemplada como adicional en la Ley 1/97, y consistente en clasificar como suelo urbano a los terrenos que en ejecución del planeamiento lleguen a disponer de los elementos de urbanización. Esos terrenos serán urbanos si están integrados en la malla urbana y consolidados por la edificación, sin necesidad de tal norma adicional, y en otro caso simplemente habrán de clasificarse como suelo urbanizable.

3.2. Categorías de suelo urbano

El proyecto establece que «*Los planes generales diferenciarán en el suelo urbano las siguientes categorías:*

⁴ Párrafos 1 y 2 de la Ley 9/2002, aprobada al revisar estas líneas sin modificación sustancial en este punto.

a) Suelo urbano consolidado, integrado por los solares así como por las parcelas que, por su grado de urbanización efectiva y asumida por el planeamiento urbanístico, puedan adquirir la condición de solar mediante obras accesorias y de escasa entidad que pueden ejecutarse simultáneamente con las de edificación o construcción.

b) Suelo urbano no consolidado, integrado por la restante superficie de suelo urbano y, en todo caso, por los terrenos en los que sean necesarios procesos de urbanización, reforma interior, renovación urbana u obtención de dotaciones urbanísticas con distribución equitativa de beneficios y cargas, aquellos sobre los que el planeamiento urbanístico prevea una ordenación sustancialmente diferente de la realmente existente, así como las áreas de reciente urbanización surgida al margen del planeamiento»⁵.

La norma proyectada, moviéndose dentro de los parámetros establecidos por la Ley estatal 6/98, diferencia dos categorías dentro de la clase de suelo urbano atendiendo al criterio de la consolidación de la urbanización, diferente del de la consolidación de la edificación en más de las 2/3 partes de la superficie edificable que sirve para clasificar terrenos sin urbanización consolidada e integrados en la malla urbana como suelo urbano: esos terrenos consolidados por la edificación serán suelo urbano no consolidado por la urbanización, por irremediablemente confusa que pueda resultar la terminología legal.

Según el Proyecto, han de incluirse en el suelo urbano consolidado:

1º) *Los solares, definidos en el Proyecto como «Las superficies de suelo urbano legalmente divididas y aptas para la edificación que, en todo caso, cuenten con acceso por vía pública pavimentada y servicios urbanos de abastecimiento de agua potable, evacuación de aguas residuales a la red de saneamiento, suministro de energía eléctrica, alumbrado público, en condiciones de caudal y potencia adecuadas para los usos permitidos. Si existiera planeamiento, además de lo anterior deberán estar urbanizadas de acuerdo con las alineaciones, rasantes y normas técnicas establecidas por éste»*⁶ (definición similar a la contenida en el artículo 69 de la Ley 1/97, vigente al escribir estas líneas).

2º) *«las parcelas que, por su grado de urbanización efectiva y asumida por el planeamiento urbanístico, puedan adquirir la condición de solar mediante obras accesorias y de escasa entidad que pueden ejecutarse simultáneamente con las de edificación o construcción».*

⁵ Artículo 12 de la Ley 9/2002, aprobada al revisar estas líneas sin modificación sustancial en este punto.

⁶ Definición del solar contenida en el artículo 16 de la Ley 9/2002, aprobada sin modificación sustancial en este punto.

En cuanto a la definición del suelo urbano no consolidado, citada anteriormente, ha de decirse que indudablemente resulta más precisa que la contenida en el artículo 65 de la Ley gallega 1/97, todavía vigente al escribir estas líneas y que atiende a la necesidad de realizar actuaciones integrales de ejecución del planeamiento, con toda la dificultad que encierra determinar el alcance de los términos «actuación urbanística» y «actuación integral»⁷. Sin embargo todavía podemos apuntar dos cuestiones que pueden inducir algunas dudas:

1ª) constituyen suelo urbano consolidado los terrenos que puedan adquirir la condición de solar mediante obras accesorias y de escasa entidad, de manera que la norma parece interpretar el complemento de la urbanización, aludido en el artículo 14.1 de la Ley 6/98, de acuerdo con el concepto estricto de «urbanización» contenido en la STC 164/2001, en la cual el Tribunal Constitucional hizo coincidir implícitamente los términos «urbanización» y «obra urbanizadora», sin incluir en el primero de los términos la cesión de terrenos que han de urbanizarse.

Sin embargo, según el Proyecto de Ley, constituyen suelo urbano no consolidado «en todo caso» los terrenos precisados de «procesos de urbanización, reforma interior, renovación urbana u obtención de dotaciones urbanísticas con distribución equitativa de beneficios y cargas». Con esta redacción, la regulación gallega plantea cierta duda sobre si pueden clasificarse como suelo urbano no consolidado los terrenos precisados de una dotación pública a los efectos de obtener mediante cesión obligatoria el suelo destinado a la instalación de la misma, distribuyendo equitativamente la carga entre los propietarios de los terrenos afectados mediante la delimitación de un ámbito de equidistribución que integre el suelo dotacional y los terrenos precisados de su instalación, aunque esos terrenos cuenten con las obras de urbanización precisas para considerarlos solares o sólo precisen para ello obras «accesorias o de escasa entidad». Sinceramente creemos que en tales casos los terrenos han de clasificarse como suelo urbano consolidado, pero la posibilidad de conflicto sin duda existe⁸.

⁷ En especial, como ya dijimos en nuestro trabajo «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 191, enero-febrero de 2002, págs. 11-46, se plantea el problema de si basta la necesidad de obtener suelo para instalar una dotación local para poder delimitar un polígono o unidad de actuación formado por los terrenos a los cuales se desea gravar con esa obtención: es decir si la actuación planteada a efectos meramente equidistributivos de una cesión gratuita es «actuación integral», dado que no parecen existir dudas de que estamos ante una actuación urbanística, y permite clasificar los terrenos afectados como suelo urbano no consolidado.

⁸ En relación con estas cuestiones puede consultarse nuestro trabajo «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 191, enero-febrero de 2002, págs. 11-46.

2ª) La necesaria clasificación como suelo urbano no consolidado de «*las áreas de reciente urbanización surgida al margen del planeamiento*» nos sitúa ante la dificultad de determinar cuando una urbanización es «reciente», planteando además el espinoso problema de definir las relaciones entre ese mecanismo de «legalización de urbanizaciones ilegales» y la aplicación de las medidas orientadas al restablecimiento del orden urbanístico vulnerado que pudieran suponer la demolición de la «urbanización ilegal».

Parece que el criterio de mantenimiento de la riqueza creada, por no mencionar la pasividad de la Administración y la de los mismos propietarios colindantes ante infracción tan manifiesta como la de una urbanización ilegal, orientan el conflicto hacia la «legalización», mediante la adscripción de los terrenos correspondientes al suelo urbano no consolidado cuando se cumplen los requisitos establecidos por el legislador para que la urbanización constituya suelo urbano (recordemos: integración en la malla urbana y existencia de servicios urbanísticos o consolidación de la edificación en 2/3 partes). Pero la solución resultaría aberrante en el caso de que la urbanización se hubiera ejecutado al margen del planeamiento y en espacios de especial protección (zonas verdes, espacios naturales protegidos integrados o próximos al suelo urbano, etc., etc.), lo cual pone bien de manifiesto que la relación entre esta norma y las medidas de Disciplina Urbanística no está totalmente resuelta, como tampoco lo estaba en el artículo 65.2 de la Ley 1/97.

3.3. Régimen urbanístico aplicable al suelo urbano consolidado

Los propietarios tienen derecho, de acuerdo con los artículos 17 y 18 a) del Proyecto⁹:

- A completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares y a edificarlos en las condiciones establecidas en la Ley y en el planeamiento.
- Al aprovechamiento real que resulte de la aplicación directa de las determinaciones del plan sobre la parcela, materializando ese aprovechamiento directamente sobre la parcela o previa normalización de fincas.

Y están sometidos a los siguientes deberes (artículo 19)¹⁰:

⁹ Sin modificaciones sustanciales en los artículos correspondientes de la Ley 9/2002.

¹⁰ En el artículo 19 de la Ley 9/2002 desaparece el límite del 10% establecido por el Proyecto para esta cesión impuesta a los dueños de suelo urbano consolidado, con lo cual la crítica que hacemos más adelante parece aún más fundada.

- a) Completar a su costa la urbanización necesaria para que los terrenos alcancen la condición de solar. Según el Proyecto *«A tal efecto deberán costear los gastos de urbanización precisos para completar los servicios urbanos y regularizar las vías públicas, ejecutar las obras necesarias para conectar con las redes de servicios y viario en funcionamiento y ceder gratuitamente al municipio los terrenos destinados a viales fuera de las alineaciones establecidas en el planeamiento, siempre que no supere el 10% de la superficie de la parcela»*.
- b) Regularizar las fincas para adaptar su configuración a las exigencias del planeamiento cuando fuere preciso por ser su superficie inferior a la parcela mínima o su forma inadecuada para la edificación.
- c) Edificar los solares en los plazos que en su caso señale el planeamiento urbanístico.
- d) Conservar y, en su caso, rehabilitar la edificación a fin de que ésta mantenga en todo momento las condiciones establecidas en el apartado b) del artículo 9 de esta Ley.

El Proyecto adapta la legislación gallega a la regulación desarrollada por el artículo 14.1 de la Ley estatal 6/98, cuyo contenido fue declarado conforme con la Constitución Española por la STC 164/2001. De esta manera se eliminan los deberes de cesión de terrenos dotacionales y de aprovechamiento en concepto de participación en plusvalías, impuestos a los propietarios de suelo urbano con independencia de su categoría por el artículo 70.2 de la Ley 1/97, así como la posibilidad de incluir el suelo urbano consolidado en áreas de reparto que permitieran disociar el aprovechamiento subjetivo atribuido a sus propietarios y el aprovechamiento real.

Plantea algunas dudas el deber de cesión de terrenos situados fuera de alineación, impuesto por el artículo 19 del Proyecto a los dueños de suelo urbano consolidado, ya que la STC 164/2001 admitió implícitamente la imposibilidad de que la legislación autonómica estableciera deberes relativos a la cesión gratuita de terrenos dotacionales a cargo de los propietarios de suelo urbano consolidado, amparándose en el simple contraste entre los apartados 1 y 2 del artículo 14 de la Ley 6/98 y con razonamientos que no parecen admitir el establecimiento de ulteriores diferencias entre terrenos destinados a viales (que serían los situados más allá de la alineación con la vía pública), y terrenos destinados a los restantes usos dotacionales¹¹. El mismo Proyecto, en su artículo 179¹² y

¹¹ La argumentación vertida en la STC 164/2001 sobre estos aspectos ha sido comentada con mayor precisión en nuestro trabajo citado anteriormente «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano».

¹² El precepto citado del Proyecto ha pasado, sin modificación alguna de fondo sobre este particular, a constituir el artículo 167.1 del texto definitivo de la Ley 9/2002.

cuando relaciona los mecanismos orientados a la cesión de dotaciones locales, se refiere a la expropiación forzosa, el convenio urbanístico, la permuta forzosa o la ocupación directa, pero no incluye en ningún caso la cesión obligatoria y gratuita. Esto significa que la cesión de terrenos de propiedad particular y situados fuera de las alineaciones establecidas en el planeamiento difícilmente podrá imponerse a los propietarios sin su consentimiento, aunque en este sentido debemos apresurarnos a destacar que el Proyecto de Ley de suelo de Galicia se sitúa entre las normas autonómicas más moderadas en la exigencia de cesiones a los dueños de suelo urbano consolidado¹³.

Pero hay que señalar la escasa litigiosidad que plantearán estas cesiones cuando el propietario pueda materializar todo el aprovechamiento real otorgado por el plan a su finca en la porción que no ha de ceder (incluyendo, claro está, el que correspondiera a la porción que sí ha de ser cedida), sin olvidar que la propia alineación puede producir un incremento del valor de mercado del resto de la finca como consecuencia de la regularización de su lindero con la vía pública: estos dos aspectos de la cuestión bastarán para desincentivar la resistencia del propietario a estas peculiares cesiones, aunque que no hagan desaparecer la cuestión jurídica subyacente.

Y puestos a afinar, también plantea dudas la atribución de todo el aprovechamiento real derivado del planeamiento a los respectivos propietarios, porque esa solución pugnará con el derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento establecido, con carácter general para los propietarios de toda clase de suelo, por el artículo 5 de la Ley 6/98. Pensemos que la ciudad no es un fenómeno estático y que el valor económico de los terrenos puede incrementarse mo-

¹³ Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (artículos 98 y 144: cesión para viales sin límite alguno), Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (artículo 167: cesión sin derecho a equidistribución hasta el límite del 20% de la parcela), o la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid (artículo 19.1: cesión de viales e infraestructuras pendientes a todo lo largo del perímetro de la parcela, o cuota de urbanización correspondiente). Precisamente las dos leyes primeramente citadas son muy similares a la Ley de Galicia por el grado mínimo de los deberes de cesión impuestos a los propietarios de suelo urbano consolidado. La Ley madrileña es algo más ambiciosa en este particular, y nos permitimos omitir, por razones de espacio, la referencia detallada a la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, como ejemplo extremo de otras regulaciones autonómicas del suelo urbano cuyo análisis dejamos para otra ocasión, que son en todo caso mucho más exigentes en relación con los deberes impuestos a sus propietarios, y que nos parecen absolutamente incompatibles con los términos en que se manifestó la STC 164/2001 (en el grupo podríamos incluir la legislación andaluza, la castellano-manchega, y, por supuesto, la valenciana).

dificando el aprovechamiento atribuido a los terrenos situados en suelo urbano consolidado, modificando los usos de dichos terrenos, u otorgando utilidad edificatoria al subsuelo, cuando antes no la tenía: ¿será justo que esa regulación incremente el valor de unos terrenos mientras disminuye el de otros y que la legislación consagre el principio de «lotería urbanística» aunque se circunscriba al suelo urbano consolidado?. De todos modos hay que decir que el problema ahora planteado no puede imputarse en modo alguno al Proyecto de Ley del Suelo de Galicia, que se ha limitado a adaptar la norma autonómica a la legislación estatal declarada conforme con la Constitución por la referida STC 164/2001¹⁴.

3.4. Régimen del suelo urbano no consolidado

Los propietarios tienen los siguientes derechos (artículo 17 y 19.b)¹⁵:

■ A completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares y edificarlos en las condiciones establecidas por la Ley y el planeamiento aplicable.

■ Al aprovechamiento resultante de referir a su superficie el 90% del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se hayan incluido. Si se trata de terrenos incluidos en polígonos para los que el plan imponga cargas especialmente onerosas relativas a la rehabilitación integral o la restauración de bienes de interés cultural o inmuebles catalogados, ese aprovechamiento será el 100% del que resulte de aplicar a los terrenos el mencionado aprovechamiento tipo.

■ A materializar ese aprovechamiento sobre las parcelas que resulten de la nueva ordenación o mediante compensación económica.

Y están sometidos a los siguientes deberes (artículo 20):

a) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración municipal todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio preferentemente del polígono en el que sus terrenos resulten incluidos.

b) Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el plan general incluya dentro del

¹⁴ Las normas castellano-manchega, andaluza o extremeña, son más respetuosas con el principio de equidistribución, estableciendo mecanismos para evitar la patrimonialización de los incrementos de edificabilidad derivados de un cambio de planeamiento. Pero precisamente por ello son difícilmente articulables con la STC 164/2001, escasamente atenta a las consecuencias derivadas de sus afirmaciones en relación con el principio de distribución equitativa de beneficios y cargas.

¹⁵ Sin cambios sustanciales en los artículos 17 y 19 b) de la Ley 9/2002, aprobada al revisar estas líneas.

área de reparto en el que estén comprendidos los terrenos y ejecutar su urbanización básica.

c) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración el suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento tipo del área de reparto. La Administración actuante no tendrá que contribuir a los costes de urbanización de los terrenos en que se localice este aprovechamiento, que deberán ser asumidos por los propietarios.

d) Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo.

e) Costear y, en su caso, ejecutar o completar las obras de urbanización del polígono en los plazos establecidos por el planeamiento, incluidas las conexiones con los sistemas generales existentes.

f) Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento.

No podrá ser edificado terreno alguno que no reúna la condición de solar, salvo que se asegure la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación mediante aval que deberá alcanzar al 25% del coste estimado de las obras de urbanización y las demás garantías que se determinen reglamentariamente¹⁶.

En este sentido el Proyecto adapta las previsiones contenidas en los artículos 70 y 71 de la Ley 1/97 a la Ley estatal 6/98, situando las cesiones de suelo por participación en plusvalías en el máximo de la horquilla permitida por el artículo 14.2.b) de la citada norma estatal, y poniendo el coste de urbanización de los terrenos cedidos a cargo de los propietarios (como viene siendo moneda corriente en la legislación de otras Comunidades Autónomas). Además «corrige» la redacción de la norma estatal en cuanto los terrenos destinados a dotaciones locales objeto de cesión son los que «preferentemente»¹⁷ presten servicio al polígono en que estén incluidos, al resultar imposible circunscribir absolutamente el área de influencia de las dotaciones situadas en el suelo urbano. Esa «corrección» se extiende también a la exigencia de que la urbanización básica de los sistemas generales sea costeada por los propietarios. Por último resulta interesante la previsión de que el aval necesario para

¹⁶ El contenido del artículo 20 del Proyecto ha pasado al artículo 20 de la Ley 9/2002, sin más modificación sustancial que la de extender el aval para la ejecución simultánea de urbanización y edificación a todo el importe del coste estimado de las obras de urbanización.

¹⁷ «Predominantemente» dice el artículo 20 del texto finalmente aprobado, sin que el cambio de redacción pueda estimarse demasiado significativo.

garantizar la ejecución simultánea de la edificación y la urbanización alcance el 25% del coste estimado de las obras, además de las garantías que reglamentariamente se determinen¹⁸.

4. Suelo de núcleo rural

4.1. Consideraciones generales

Constituye uno de los puntos a los cuales dedica mayor atención la norma proyectada, incluyendo toda una serie de criterios que orientan la actividad planificadora y reducen la discrecionalidad interpretativa de la Administración. Destacan, en este sentido, las normas dedicadas por el Proyecto a regular el propio ámbito territorial de los núcleos rurales y las actividades permitidas y prohibidas a los propietarios, prestándose especial atención a las condiciones de la edificación permitida en estos núcleos.

Según el artículo 13 del Proyecto¹⁹ *«Constituirán el suelo de núcleo rural los terrenos que sirven de soporte a un asentamiento de población singularizado en función de sus características morfológicas, tipología tradicional de las edificaciones, vinculación con la explotación racional de los recursos naturales o circunstancias de otra índole que manifiesten la imbricación racional del asentamiento con el medio físico donde se sitúa y diferenciados administrativamente en los censos y padrones oficiales, así como las áreas de expansión o crecimiento de estos asentamientos».*

Mientras el artículo 75.2 de la Ley 1/97 se limitaba a imponer que el planeamiento delimitara gráficamente los núcleos rurales, el artículo 13.3 del Proyecto establece criterios más detallados, incluyendo los lazos de relación y coherencia entre lugares de un mismo asentamiento con topónimo diferenciado, y exigiendo la delimitación de un área de expansión del núcleo que, salvo justificación, comprenderá los terrenos delimitados por una poligonal paralela a su circunscripción y como máximo a 200 metros de la misma, sin que pueda incluir suelo rústico de especial protección y sin que puedan ampliarse los núcleos ubicados en la franja de 200 metros desde la ribera del mar en dirección a éste, salvo casos excepcionales en que el Consello de la Xunta lo autorice expresamente.

Además se exige en el apartado 2 del propio artículo 13 del proyecto que el planeamiento urbanístico realice *«un análisis detallado de la forma-*

¹⁸ Como ya dijimos en una nota anterior, el texto finalmente aprobado elevó la cuantía del aval a todo el coste estimado de las mencionadas obras.

¹⁹ Sin modificaciones sustanciales en la redacción definitiva del artículo 13 de la Ley 9/2002.

ción y evolución de los asentamientos, de sus peculiaridades urbanísticas, morfológicas, de su grado de consolidación por la edificación y de sus expectativas de desarrollo, así como de las tipologías edificatorias, forma de los huecos y de las cubiertas, y características de los materiales, colores y formas constructivas empleadas en las edificaciones y construcciones tradicionales de cada asentamiento», sirviendo estas últimas circunstancias como pauta para el otorgamiento de licencias.

4.2. Régimen jurídico de los núcleos rurales

4.2.1. Disposiciones generales

La regulación contenida en el artículo 76 de la Ley 1/97 se mantiene en sus líneas generales, de manera que los usos serán los relacionados con las actividades propias del medio rural y con las necesidades de la población residente (24.1 del Proyecto²⁰).

También se mantiene la necesidad proclamada por el artículo 76.2 de la Ley 1/97 de que esté resuelta la disponibilidad de los servicios de acceso rodado, saneamiento, abastecimiento de agua y electricidad, como requisito mínimo y previo a la autorización de cualquier clase de edificaciones, si bien el artículo 29.1.g del proyecto se refiere al servicio de evacuación y tratamiento de aguas residuales (no al de saneamiento), específica que la disponibilidad de esos servicios ha de procurarse a costa del Promotor, y permite que se autorice la edificación si se garantiza la ejecución simultánea de la edificación y la instalación de esos servicios²¹.

En caso de construcción de nuevas edificaciones o sustitución de las existentes se sigue exigiendo a los propietarios que cedan gratuitamente los terrenos necesarios para la apertura o regularización del viario preciso y ejecuten, a su costa, la conexión con los servicios existentes en el núcleo (76.3 de la Ley 1/97 y 24.2 del Proyecto²²). Si se trata de ejecutar planes especiales de protección, rehabilitación y mejora del medio rural que prevean actuaciones de carácter integral, los propietarios vienen obligados a ceder terrenos dotacionales, costear la urbanización prevista, y solicitar licencia y edificar si el plan así lo establece, pero desaparece la cesión de terreno en proporción al 15% del aprovechamiento, impuesta por el artículo 76.5 de la Ley 1/97 en concepto de participación en plusvalías (artículo 24.3 del Proyecto²³).

²⁰ Sin modificaciones en la redacción definitiva del artículo 24.1 de la Ley 9/2002.

²¹ Sin modificaciones en la redacción definitiva del artículo 29.1.g de la Ley 9/2002.

²² Sin modificaciones en la redacción definitiva del artículo 24.2 de la Ley 9/2002.

²³ Sin modificaciones en la redacción definitiva del artículo 24.3 de la Ley 9/2002.

Pero la novedad fundamental del Proyecto consiste en el establecimiento, a nivel legislativo, de un catálogo de condiciones de uso y de tipología edificatoria que proporcionará mayor seguridad jurídica a los dueños de suelo rural. Esas condiciones son las que expondremos seguidamente.

4.2.2. Condiciones de uso de los terrenos y edificaciones.

A) Usos de las edificaciones en los núcleos rurales:

Según el artículo 27 de la norma proyectada, que desarrolla la previsión genérica del artículo 24.1, *«El uso característico de las edificaciones en los núcleos rurales será el residencial. Asimismo se podrán permitir usos comerciales, productivos, turísticos y tradicionales ligados a la vida rural siempre que no se altere la estructura morfológica del asentamiento y el nuevo uso contribuya a revitalizar la vida rural y mejorar el nivel de vida de sus moradores y, en todo caso, resulten compatibles con el uso residencial»*²⁴.

B) Actuaciones permitidas en los núcleos rurales

Prevía licencia municipal y sin necesidad de autorización autonómica, *se permitirán*, según el artículo 25 del Proyecto²⁵, *«las siguientes actuaciones:*

a) Obras de conservación y restauración de las edificaciones existentes, siempre y cuando no supongan variación de las características esenciales del edificio, ni alteración del lugar, del volumen y de la tipología tradicional; ajustándose en todo caso a lo dispuesto en el artículo 29 de esta Ley.

b) Obras de rehabilitación y ampliación en planta o altura de las edificaciones existentes, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 29 de esta Ley y no impliquen variación de su tipología.

c) Nuevas edificaciones de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 29 de esta Ley».

C) Actuaciones prohibidas

1. Derribo o demolición de las construcciones existentes: **se prohíbe** con carácter general en el artículo 26.1 del proyecto²⁶, *«salvo en los siguientes supuestos:*

²⁴ La única modificación de interés consiste en la incorporación del pequeño taller en el catálogo de usos autorizables del artículo 27 de la Ley 9/2002.

²⁵ La redacción del artículo 25 de la Ley 9/2002 coincide sustancialmente con la transcrita, salvo algunas modificaciones de estilo.

²⁶ Sin modificaciones sustanciales en la redacción definitiva del artículo 26.1 de la Ley 9/2002.

- a) *Aquellas construcciones sin interés arquitectónico alguno que por su reducido tamaño o imposibilidad de acceso, no sea posible su recuperación, restauración o reconstrucción para cualquier uso de los autorizados en esta ley.*
- b) *Las edificaciones de escaso valor histórico o etnográfico, que estando en ruina material de acuerdo con la legislación urbanística, con evidente peligro para las personas o cosas no sea viable su recuperación total o parcial.*
- c) *Todos los añadidos que desvirtúen la tipología, forma y volumen de cualquier edificación primitiva, o que por los materiales empleados supongan un efecto distorsionador para la armonía y estética del conjunto edificatorio. Igualmente todos los alpendres, almacenes y edificaciones auxiliares, que estén en las mismas condiciones.»*

Por su parte el apartado 2 del propio artículo²⁷ establece que «*En los supuestos previstos en el número anterior, se solicitará licencia de demolición acompañando al proyecto técnico un estudio justificado y motivado del cumplimiento y veracidad de las circunstancias que concurren de acuerdo con lo especificado anteriormente».*

Además, el artículo 28 del Proyecto²⁸ establece que dentro del asentamiento rural **no se permitirán:**

2. Las edificaciones, ya sean de vivienda o auxiliares u otro uso, cuya tipología no responda a las del asentamiento en el que se ubica, de acuerdo con los artículos anteriores (28.a).
3. Viviendas adosadas, proyectadas en serie, de características similares y colocadas en continuidad en más de tres unidades (28.b).
4. Naves industriales de cualquier tipo (28.c).
5. Aquellos movimientos de tierras que supongan una agresión al medio natural o que varíen la morfología del paisaje del lugar (28.d).
6. La apertura de pistas, calles o caminos que no estén contemplados en el planeamiento, así como la ampliación de los existentes y el derribo de muros tradicionales de manera injustificada de los rueiros o corredoiras existentes (28.e).
7. Los nuevos tendidos aéreos de telefonía, electricidad y otros (28.f).
8. Actividades dedicadas a la producción agropecuaria que excedan del tipo tradicional y familiar del asentamiento rural (28.g).
9. Aquellos usos que, sea por el tamaño de las construcciones, por la naturaleza de los procesos de producción, por las actividades a des-

²⁷ Sin modificaciones en la redacción definitiva del artículo 26.2 de la Ley 9/2002.

²⁸ Sin modificaciones sustanciales en la redacción definitiva del catálogo de prohibiciones relacionado en el artículo 28 de la Ley 9/2002.

arrollar, o por otras condiciones, aún cumpliendo con los requisitos de la legislación medioambiental, no sean propios del asentamiento rural (28.h).

4.2.3. Condiciones de edificación

Reguladas en el artículo 29 del Proyecto, son las siguientes²⁹:

- a) Parcela mínima: 300m² salvo casos excepcionales de parcelas inferiores entre parcelas edificadas.
- b) Condiciones ambientales, morfología, tipología, materiales, colores y formas constructivas propias del núcleo. Carpintería de madera pintada o aluminio lacado y con colores acordes con el medio rural. Excepcionalmente, previa autorización de la Consellería, podrán emplearse otros materiales si se garantiza su adecuación al entorno.
- c) Volumen máximo similar a las edificaciones tradicionales existentes, pudiendo adosarse o retranquearse a otras construcciones.
- d) Altura máxima de 7 metros medidos desde la línea media de todas las fachadas, planta baja y piso.
- e) Cubierta con pendiente igual o inferior a la media de las existentes en el asentamiento, no superior a 40% y sin quiebros. Si se permite por el planeamiento aprovechamiento bajo cubierta, ha de ser prolongación de la vivienda interior, recibiendo su iluminación y ventilación por testeros y ventanas situadas en el plano de los faldones de la cubierta. Los materiales de la cubrición serán teja cerámica o pizarra, según tipología de la zona y salvo autorización preceptiva de la Consellería. Se prohíben también las mansardas o buhardillas, salvo autorización preceptiva de dicha Consellería y cuando formen parte de las tipologías tradicionales.
- f) Pueden ser adosadas o aisladas, según las características del núcleo, pero de ser aisladas se retranquearán un mínimo de 3m de los linderos de la parcela, respetando en todo caso las distancias mínimas establecidas en la legislación vigente en materia de carreteras y habiendo de separarse un mínimo de 4m al eje de la vía.
- g) Se impone, además, la resolución, a costa del promotor, de los servicios de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación y tratamiento de aguas residuales, y energía eléctrica, o en otro caso garantizar la ejecución simultánea con la edificación.

²⁹ La redacción final del artículo 29 de la Ley 9/2002 no presenta más modificaciones sustanciales respecto de la transcrita que la atribución al Ayuntamiento, y no a la Consellería, de la competencia para autorizar, excepcionalmente, el empleo de materiales distintos a los contemplados en la norma, o para incluir mansardas o buhardillas en la cubierta.

4.2.4. Equipamientos comunitarios

El artículo 30 del Proyecto³⁰ establece la posibilidad excepcional de dispensar de las condiciones del artículo 29 a las edificaciones destinadas a equipamientos comunitarios, con informe favorable y previo del Conselleiro competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, obtenido mediante la aportación de un estudio justificativo de la solución adoptada. En todo caso el volumen no puede exceder en tres veces al individual de las edificaciones tradicionales del asentamiento ni suponer una forma desproporcionada en relación con las mismas, permitiéndose fragmentar el volumen del equipamiento en varios interconectados entre sí para adaptarlo a las tipologías existentes.

5. Suelo urbanizable

5.1. Consideraciones generales

En relación con esta clase de suelo el Proyecto modifica la Ley 1/97 en dos aspectos: en primer lugar adapta la regulación al cambio de óptica derivado de la promulgación de la Ley estatal 6/98, en la cual el suelo urbanizable no puede ser únicamente el incorporado por el planeamiento al proceso de desarrollo urbano, sino también el que simplemente no haya de ser preservado de ese desarrollo, resultando absurdo limitar los usos y aprovechamientos del suelo urbanizable a los que señale el plan general, como dispone el artículo 72 de la Ley 1/97, porque es muy probable que ese plan general guarde silencio en relación con el suelo urbanizable «residual». Además, y cuando se trata de los deberes impuestos a los propietarios de suelo urbanizable con planeamiento de desarrollo aprobado, el Proyecto adapta el contenido del artículo 72.2 de la Ley 1/97 al contenido del artículo 18 de la ley estatal 6/98, cuya conformidad constitucional en este punto ha sido declarada por la STC 164/2001, situando el porcentaje de suelo a ceder en concepto de participación en plusvalías en el máximo de la horquilla permitida por la norma estatal, esto es en el 10% del resultado de aplicar el aprovechamiento tipo del área de reparto en que estén situados los terrenos a la superficie del ámbito de ejecución, e imponiendo que los costes de urbanización de esos terrenos de cesión obligatoria sean asumidos por los propietarios.

Según el artículo 14.1 del Proyecto «*Constituirán el suelo urbanizable los terrenos que no tengan la condición de suelo urbano, de núcleo rural, ni rústico*

³⁰ Sin modificaciones sustanciales en la redacción final del artículo 30 de la Ley 9/2002.

y puedan ser objeto de transformación urbanística en los términos establecidos en esta Ley». Inmediatamente después, el apartado 2 del artículo 14 diferencia dos categorías de suelo urbanizable: *el delimitado o inmediato*, que cuenta con las condiciones para su transformación y desarrollo establecidas por el plan general, y *el no delimitado o diferido*, integrado por los demás terrenos que el plan general clasifique como suelo urbanizable³¹.

En línea con otras normas autonómicas recientes, el Proyecto deja traslucir la sombra del suelo urbanizable programado y no programado de la legislación estatal (aunque en el Proyecto se acuda a la denominación de delimitado o inmediato y no delimitado o diferido mientras otras normas autonómicas acuden a la de sectorizado y no sectorizado u otras denominaciones que albergan análogos significados).

5.2. Régimen del suelo urbanizable

Derechos y deberes de los propietarios.

A) Antes de que se apruebe el planeamiento que establezca la ordenación detallada.

Según el artículo 21.1 *«Los propietarios de suelo clasificado como urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad de acuerdo con la naturaleza rústica de los mismos, debiendo destinarlos a fines agrícolas, forestales, ganaderos o similares. Además tendrán el derecho de promover su transformación instando del Ayuntamiento la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo establecido en esta Ley y en el plan general de ordenación municipal»*³².

De acuerdo con el artículo 21.3 *«En suelo urbanizable delimitado, en tanto no se haya aprobado la correspondiente ordenación detallada, no podrán realizarse obras ni instalaciones, salvo las que vayan a ejecutarse mediante la redacción de planes especiales de infraestructura y las de carácter provisional...»*³³.

Y de conformidad con el artículo 21.4 *«En el suelo urbanizable no delimitado, en tanto no se haya aprobado el correspondiente plan de sectorización, se aplicará el régimen establecido para el suelo rústico en esta Ley»*³⁴.

³¹ Sin modificaciones en la redacción de los dos apartados del artículo 14 de la Ley 9/2002.

³² Sin modificaciones sustanciales en el artículo 21.1 de la Ley 9/2002, salvo la referencia expresa e innecesaria al derecho del propietario a proceder inmediatamente al desarrollo urbanístico del suelo urbanizable que ya estuviera ordenado directamente en el plan general.

³³ Sin modificaciones sustanciales en el artículo 21.3 de la Ley 9/2002.

³⁴ Sin modificaciones sustanciales en el artículo 21.4 de la Ley 9/2002.

B) Deberes de los propietarios de suelo urbanizable una vez aprobado el planeamiento que establezca la ordenación detallada.

Según el artículo 22 del Proyecto son los siguientes³⁵:

«a) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración municipal todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del sector en el que los terrenos resulten incluidos.

b) Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el plan general incluya dentro del área de reparto en el que estén comprendidos los terrenos y ejecutar su urbanización básica.

c) Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales existentes, así como las obras necesarias para la ampliación y refuerzo de los citados sistemas de forma que se asegure su correcto funcionamiento, en función de las características del sector y de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el plan general.

d) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto. La Administración actuante no tendrá que contribuir a los costes de urbanización de los terrenos en que se localice este aprovechamiento, que deberán ser asumidos por los propietarios.

e) Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo.

³⁵ El artículo 22 de la Ley 9/2002 se aparta de la redacción transcrita y tomada del texto que manejamos para la redacción de este trabajo en algunos aspectos importantes, relacionados principalmente con el apartado b) del citado artículo 22. Así, la cesión de terrenos para sistemas generales se relaciona con los que el Plan General o el Plan de Sectorización incluyan o adscriban al sector en que están incluidos los terrenos de los propietarios obligados a ceder, no con los que el Plan General incluya dentro del área de reparto en que estén comprendidos los terrenos. En cuanto a la urbanización de esos sistemas generales, la Ley diferencia entre los sistemas incluidos en el sector y los simplemente adscritos, refiriendo el deber de urbanizar a los primeros y excluyéndolo en relación con los segundos. Por lo demás el texto de la Ley incluye en el concepto de cesión obligatoria y gratuita la exigencia expresa de que los terrenos estén «libres de cargas»; la alusión expresa a que los terrenos cedidos estén «libres de cargas» es innecesaria por sobreentendida, pero además puede resultar perniciosa si se incluye en unos casos (apartados «b» y «d» del artículo 22 en su redacción final), al tiempo que se omite en otros (apartado «a» del propio texto legal). El resto del artículo 22 no plantea modificaciones de interés en relación con el texto que manejamos, manteniéndose en el apartado «a» la relación de las dotaciones locales objeto de cesión obligatoria y gratuita con el servicio del sector, en lugar de referir ese servicio al ámbito de ejecución, como parecería más adecuado.

f) Costear y, en su caso, ejecutar las obras de urbanización del sector en los plazos establecidos por el planeamiento, incluidas las conexiones con los sistemas generales existentes y en funcionamiento...

g) Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento.»

6. Suelo rústico

6.1. Consideraciones generales

El Proyecto realiza una minuciosa regulación de esta clase de suelo, dividiéndolo en suelo rústico de protección ordinaria y especialmente protegido, subdividiendo el suelo rústico especialmente protegido en otras variedades según el interés específico que se pretenda tutelar, y estableciendo los usos y actividades posibles en cada una de esas modalidades de suelo rústico. Los mencionados usos y actividades se clasifican a su vez en tres categorías: permitidos, autorizables y prohibidos, que se corresponden, respectivamente, con la ausencia de necesidad de autorización autonómica para su ejercicio (sin perjuicio de la necesidad de licencia municipal y de las demás autorizaciones administrativas sectoriales que procedan), la necesidad de esa autorización previa a la licencia municipal, o la radical incompatibilidad del uso o actividad con la protección especial dispensada a cada categoría de suelo rústico de especial protección.

En este sentido, el artículo 34.2 establece que *«Serán nulas de pleno derecho las autorizaciones que se otorgaren para usos prohibidos. Serán asimismo nulas de pleno derecho las autorizaciones que se otorgaren para usos autorizables sin la previa y preceptiva autorización autonómica o en contra de sus condiciones»*³⁶.

6.2. Categorías de suelo rústico

Según el artículo 32³⁷ son dos:

Suelo rústico de protección ordinaria: *«los terrenos que el planeamiento o los instrumentos de ordenación del territorio consideren inadecuados para su desarrollo urbanístico, por razón de sus características geotécnicas o morfológi-*

³⁶ Sin modificaciones sustanciales pasa a constituir el artículo 34.3 de la Ley 9/2002.

³⁷ El artículo 32 de la Ley 9/2002 no incluye modificaciones sustanciales, incluyendo también la modalidad de suelo rústico especialmente protegido para zonas con interés patrimonial, artístico o histórico, que estén contempladas en el planeamiento o en la legislación sectorial que les sea de aplicación. Debería haberse modificado la

cas, por el alto impacto territorial que conllevaría su urbanización o por los riesgos naturales o tecnológicos» (32.1).

Nótese que pese al intento de establecer criterios que regulen la actividad del planificador, la mayoría de esos criterios pueden entenderse alterados por el transcurso del tiempo (el impacto territorial o los riesgos tecnológicos), de modo que nada impide cierta amplitud administrativa en la calificación de terrenos como suelo rústico de protección ordinaria y su posterior recalificación como suelo urbanizable no delimitado³⁸.

Suelo rústico especialmente protegido: «constituido por los terrenos que por sus valores agrícolas, ganaderos, forestales, ambientales, científicos, naturales, paisajísticos, culturales, sujetos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, o de otra índole deban estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación, de acuerdo con lo dispuesto en este apartado». (32.2).

- Dentro de este tipo de suelo rústico especialmente protegido el propio artículo 32.2 distingue las categorías de:
- Suelo rústico de protección agropecuaria.
- Suelo rústico de protección forestal.
- Suelo rústico de protección de infraestructuras.
- Suelo rústico de protección de aguas.
- Suelo rústico de protección de costas.
- Suelo rústico de protección de espacios naturales.
- Suelo rústico de protección de interés paisajístico.
- Las demás que se determinen reglamentariamente.

Además la regulación contenida en este precepto del proyecto define las características de los terrenos incluidos en cada una de las categorías y que constituyen normas de obligado cumplimiento para el planificador al delimitarlas sobre el terreno. Y el apartado 3 del propio artículo 32 establece que «Cuando un terreno, por sus características, pueda corresponder

redacción del artículo 32.2 para que dijera «o estar sujetos», o bien «sujeción», en lugar de «...sujetos a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público...», pero el problema es simplemente de estilo.

³⁸ ¿Y viceversa?. Sobre la posibilidad de «descalificar» el suelo urbanizable, transformándolo en no urbanizable por incompatibilidad con el desarrollo urbanístico sostenible, incompatibilidad que quizá pudiera encauzarse a través del «alto impacto territorial que conllevaría su urbanización», contemplado en la Ley de Galicia 9/2002 como uno de los criterios para que el planeamiento califique terrenos como suelo no urbanizable, puede consultarse el interesante trabajo de MENÉNDEZ REXACH «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», publicado en el momento de revisar estas líneas en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 200, marzo de 1993, págs. 135-198.

a varias categorías de suelo rústico, se optará entre incluirlo en la categoría que otorgue mayor protección, o bien incluirlo en varias categorías, cuyos regímenes se aplicarán de forma complementaria; en este caso, si se produce contradicción entre dichos regímenes, se aplicará el que otorgue mayor protección».

6.3. Régimen legal

6.3.1. Derechos y deberes de los propietarios de suelo rústico en general

A) Derechos

Como norma general, aplicable a todas las clases de suelo rústico y que viene a especificar el contenido del artículo 20.1 de la Ley estatal 6/98, el artículo 31.1³⁹ establece que «Los propietarios de terrenos clasificados como suelo rústico tendrán el derecho a usar, disfrutar y disponer de ellos de conformidad con la naturaleza y destino rústico de los mismos. A estos efectos, los propietarios podrán llevar a cabo las siguientes acciones:

a) Acciones sobre el suelo o subsuelo que no impliquen movimiento de tierras, tales como aprovechamientos agropecuarios, pastoreo, roturación y desecación, así como vallados con elementos naturales o de setos.

b) Acciones sobre las masas arbóreas, tales como aprovechamiento de leña, aprovechamiento maderero, entresacas, mejora de la masa forestal, otros aprovechamientos forestales, repoblaciones y tratamiento fitosanitario.

c) Otras acciones autorizadas en los términos previstos en esta Ley».

Parece que las acciones contempladas en los apartados a) y b) pueden realizarse sin necesidad de autorización urbanística autonómica ni municipal, al tratarse de actividades directamente relacionadas con el disfrute de los terrenos según su naturaleza rústica sin perjuicio de que esa licencia pueda venir exigida por la legislación

Sectorial, y por contraposición a las «otras acciones», referidas en el apartado c) y sometidas a autorización.

B) Deberes

En cuanto a los deberes generales de los propietarios de suelo rústico, el artículo 31.2⁴⁰ establece los siguientes:

³⁹ Sin modificaciones sustanciales en el artículo 31.1 de la Ley 9/2002. Se añade la exigencia de que las acciones sobre las masas arbóreas se ajusten a lo dispuesto por la legislación forestal.

⁴⁰ Sin modificaciones sustanciales en el artículo 31.2 de la Ley 9/2002. La alusión al deber de solicitar licencia municipal para las actividades contempladas en el artículo 36, contenida en el apartado c) del texto que manejamos en su día, se rectifica para poner ese deber en relación con el artículo 33, que es donde efectivamente se incluye el catálogo de actividades y usos concretos del suelo rústico.

«a) Destinarlos a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos, ambientales u otros usos vinculados a la utilización racional de los recursos naturales dentro de los límites que, en su caso, establezca esta Ley, el planeamiento urbanístico y los instrumentos de ordenación del territorio.

b) Solicitar la autorización de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de las actividades autorizables en los casos previstos en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sectorial correspondiente.

c) Solicitar, en los supuestos previstos en la legislación urbanística la oportuna licencia municipal para el ejercicio de las actividades contempladas en el artículo 36 de esta Ley.

d) Realizar o permitir realizar a la Administración competente los trabajos de defensa del suelo y la vegetación necesarios para su conservación y para evitar riesgos de inundación, erosión, incendio, contaminación, o cualquier otro riesgo de catástrofe o simple perturbación del medio ambiente o de la seguridad y salud públicas.

e) Cumplir las obligaciones y condiciones señaladas en esta Ley para el ejercicio de las facultades que correspondan según la categoría de suelo rústico, así como las mayores restricciones que sobre ellas imponga el planeamiento urbanístico y la autorización autonómica otorgada al amparo de esta Ley, en razón de las características específicas del entorno».

6.3.2. Usos y actividades distintas de las mencionadas en el artículo 31.1.

El artículo 33 proporciona un catálogo de actividades y usos concretos subdivididos en constructivos, no constructivos, y «otros que se determinen reglamentariamente». El artículo 34 establece tres categorías de usos y actividades: permitidos, autorizables y prohibidos. Por último los artículos 36 y siguientes establecerán, por referencia al catálogo general de usos y actividades del artículo 33, los usos y actividades que se consideran permitidos, autorizables y prohibidos, según la clase y categoría de suelo rústico ante la cual nos encontremos.

El trascendental catálogo del artículo 33 es el siguiente⁴¹:

⁴¹ Pese a no existir modificaciones sustanciales en el artículo 33 de la Ley 9/2002 en relación con el texto que manejamos y transcribimos en su día, ha de destacarse que las construcciones destinadas a usos residenciales, contempladas en el apartado h) del artículo 33.2 como actividad y uso constructivo, han de estar vinculadas a una explotación agrícola o ganadera (desapareciendo la posibilidad de que lo estén a una explotación forestal), que las caravanas y otros elementos móviles destinados a vivienda, habitación o actividades económicas, contempladas en el apartado j) del artículo 33.2, se consideran uso constructivo si son emplazados por término superior a un día (no a dos, como decía en el texto que utilizamos y transcribimos), y que se añaden un

«1. Actividades y usos no constructivos:

a) Acciones sobre el suelo o subsuelo que impliquen movimientos de tierra, tales como dragados, defensa de los ríos y rectificación de cauces, abancalamientos, desmontes, rellenos y otras análogas.

b) Actividades de ocio, tales como práctica de deportes organizados, acampada de un día y actividades comerciales ambulantes.

c) Actividades científicas, escolares y divulgativas.

d) Depósito de materiales, almacenamiento de maquinaria y estacionamiento de vehículos al aire libre.

e) Actividades extractivas, incluida la explotación minera, las canteras y la extracción de áridos o tierras.

2. Actividades y usos constructivos:

a) Construcciones e instalaciones agrícolas, tales como las destinadas al apoyo de las explotaciones hortícolas o de horticultura de ocio, almacenes agrícolas, viveros e invernaderos.

b) Construcciones e instalaciones destinadas al apoyo de la ganadería extensiva e intensiva, granjas, corrales domésticos, e instalaciones apícolas.

c) Construcciones e instalaciones forestales destinadas a la extracción de la madera o la gestión forestal y las de apoyo a la explotación forestal.

d) Instalaciones vinculadas funcionalmente a las carreteras y previstas en la ordenación sectorial de éstas, así como, en todo caso, las de suministro de carburante.

e) Construcciones y rehabilitaciones destinadas al turismo rural y que sean potenciadoras del medio donde se ubiquen.

f) Las infraestructuras y obras públicas en general, tales como los centros y las redes de abastecimiento de energía eléctrica y gas; las redes de saneamiento, estaciones de depuración y los sistemas vinculados a la reutilización de aguas residuales; los centros de recogida y tratamiento de los residuos sólidos; los ferrocarriles, puertos y aeropuertos; las telecomunicaciones; y, en general, todos los que resulten así calificados en virtud de la legislación específica, los instrumentos de ordenación territorial o el planeamiento urbanístico.

apartado k) al reiterado artículo 33.2 para considerar como actividad y uso constructivo las construcciones destinadas a actividades complementarias de primera transformación, almacenamiento y envasado de productos del sector primario, siempre que guarden relación directa con la naturaleza, extensión y destino de la finca o explotación del recurso natural. Además existen algunas modificaciones de menor interés que mejoran la redacción y desarrollan algunos usos concretos cuya omisión no impediría que pudieran integrarse en las cláusulas generales.

g) Construcciones e instalaciones para equipamiento, dotaciones o servicios que deban emplazarse en el medio rural, tales como escuelas agrarias, centros de investigación y educación ambiental, cementerios, construcciones e instalaciones deportivas y de ocio y campamentos de turismo. Igualmente aquellas otras construcciones de dominio público que hayan de emplazarse necesariamente en el medio rural a causa de sus específicos requerimientos o de su disconformidad con los usos urbanos.

h) Construcciones destinadas a usos residenciales vinculados a la explotación agrícola, forestal o ganadera.

i) Cierre o vallado de fincas con elementos opacos o de fábrica, con una altura máxima de 1,5 metros.

j) Caravanas y otros elementos móviles, destinados a vivienda, habitación o actividades económicas, emplazados por término superior a dos días.

3. Otras actividades análogas que se determinen reglamentariamente.»

6.3.3. Especial alusión a las prohibiciones

El Proyecto puede ser criticado por su carácter excesivamente reglamentista en la regulación del suelo rústico, pero estimamos que esta característica se justifica teniendo en cuenta de que las actividades permitidas, autorizables y prohibidas, así como la necesidad de obtener licencia municipal y, eventualmente, autorización autonómica para ejercitarlas, constituye elemento determinante de la tipificación de infracciones y sanciones contenida en los preceptos que configuran su régimen disciplinario. Desde esta perspectiva se trataría, simplemente, de definir el ámbito de lo ilícito con el cuidado que exige el respeto al principio de legalidad establecido en la Constitución Española para las normas sancionadoras, al tiempo que se reduce la discrecionalidad interpretativa de la Administración.

Admitido lo anterior, también es cierto que no deja de resultar agobiante una regulación que, incluso en el suelo rústico de protección ordinaria, parte siempre del principio general de que todos los usos no incluidos entre los permitidos o los autorizables están prohibidos. Paradójicamente este principio general de prohibición de todo lo que no se permita expresamente introduce nuevamente el riesgo de la inseguridad jurídica, pues por muy precisa que sea la definición de lo que puede hacerse resulta difícil admitir que todo lo demás esté, verdadera y absolutamente prohibido, y mucho más que ese hipertrofiado ámbito de ilicitud vaya a ser eficaz y efectivamente perseguido.

En particular surge la duda acerca de los requisitos para ejercitar alguna actividad privada de ocio en una parcela de suelo rústico de protección ordinaria, sin incurrir en violación del artículo 36.3 del Proyecto: recordemos que el artículo 33.1.b) contempla como actividades y usos no

constructivos a las «*Actividades de ocio, tales como práctica de deportes organizados, acampada de un día y actividades comerciales ambulantes*», mientras que el artículo 36 somete las actividades incluidas en el artículo 33.1.b) a autorización autonómica ⁴². Si la práctica del deporte no es «organizada», con todos los problemas planteados por la determinación de ese concepto normativo indeterminado, surgirá la duda entre considerar que de todos modos es un uso autorizable en virtud del artículo 36, porque sigue siendo una «actividad de ocio» y todas ellas están contenidas en el artículo 33.1.b), o entender que sólo están incluidas en este último precepto, y por tanto sometidas a autorización, las «actividades de ocio» que por su entidad puedan asimilarse a los casos concretos desarrollados en el artículo 33.1.b), es decir a la práctica de deportes organizados o la acampada de un día, en cuyo caso surgiría la duda sobre si las restantes «actividades de ocio» son usos directamente realizables sin necesidad de licencia municipal, sometidos a dicha licencia, o prohibidos por la cláusula general del artículo 33.1.c). 34.1.c). Lógicamente si avanzamos un poco más, dirigiendo nuestra mirada a actividades menos queridas por la sociedad que el fútbol o el golf «desorganizado» y cuyo impacto sobre el territorio es mayor, como por ejemplo la práctica dentro de mi propia finca de suelo rústico sin especial protección del motociclismo deportivo, veremos que la inseguridad jurídica se hace más peligrosa aún para los practicantes de esas actividades deportivas. Si un ejemplo vale más que mil palabras, valga el que hemos relatado para destacar el nivel a que estamos llegando con lo que parece un «exceso de prohibición» de las actividades privadas con indudable proyección en el ámbito de la libertad individual, exceso que, por supuesto, no se limita a la norma objeto de estas líneas, y tampoco a las normas procedentes de la Comunidad Autónoma de Galicia, que no se encuentran entre las más «prohibitivas» de nuestro país.

Además de esa prohibición genérica de todo uso o actividad que no sea permitida o autorizable, que se deduce de los artículos 36.3, 37.3, 38.3, 39.3 y 40.3 del Proyecto, merece la pena destacar las previsiones contenidas en el artículo 35, que impone importantes restricciones a la apertura de nuevos caminos o pistas en suelo rústico y establece la prohibición general de movimientos de tierra que alteren la topografía na-

⁴² En el artículo 36 de la Ley de Galicia 9/2002 se someten los usos contemplados en el artículo 33.1.b) a licencia municipal, no a autorización autonómica. Esto mejora un poco las cosas, pero los problemas siguen planteándose ante el exceso que supone la exigencia de licencia municipal para jugar al golf o al fútbol con unos amigos, y ante las dudas sobre la posibilidad de aplicar otro tratamiento a lo que, sin duda, es una «actividad de ocio».

tural de los terrenos rústicos, salvo en los casos expresamente autorizados por el Proyecto⁴³.

6.3.4. Condiciones generales de las edificaciones en el suelo rústico

Según el artículo 42 del Proyecto⁴⁴ «Para otorgar licencia o autorizar cualquier clase de edificaciones o instalaciones en el suelo rústico deberá justificarse el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) *Garantizar el acceso rodado público adecuado a la implantación, el abastecimiento de agua y el suministro de energía eléctrica, la recogida, tratamiento, eliminación y depuración de toda clase de residuos y, en su caso, la previsión de aparcamientos suficientes, así como corregir las repercusiones que produzca la implantación en la capacidad y funcionalidad de las redes de servicios e infraestructuras existentes; soluciones que siempre deberán ser asumidas como coste a cargo exclusivo del promotor de la actividad, formulando expresamente el correspondiente compromiso en tal sentido y aportando las garantías exigidas al efecto por la Administración en la forma que reglamentariamente se determine y que podrán consistir en la exigencia de prestar aval del exacto cumplimiento de dichos compromisos por importe del 25 al 50% del coste estimado para la implantación o refuerzo de los servicios⁴⁵.*

b) *Prever las medidas correctoras necesarias para minimizar la incidencia de la actividad solicitada sobre el territorio, así como aquellas medidas, condiciones o limitaciones tendentes a conseguir la menor ocupación territorial y la mejor protección del paisaje, de los recursos productivos y del medio natural, así como la preservación del patrimonio cultural y la singularidad y tipología arquitectónica de la zona...».*

El apartado c) del artículo citado establece una serie de condiciones de edificación relativas a superficie máxima ocupada en planta, volumen máximo, características tipológicas, altura máxima, características estéticas y constructivas, cierres y vallados. Por su parte el apartado d) se refiere a las condiciones de posición e implantación: superficie mínima de parcela, ubicación dentro de la parcela, frente mínimo a vía pública, retanques respecto de los linderos, condiciones de abanalamiento obligatorio y acabado de los bancales, y mantenimiento del estado natural de los terrenos en la mitad de la parcela como mínimo. El apartado e)

⁴³ Todos los preceptos citados en este epígrafe pasaron, sin alteración sustancial, a la redacción final de la Ley 9/2002, aprobada al revisar estas líneas.

⁴⁴ Cuyo contenido pasa al artículo 42 de la Ley 9/2002 sin modificaciones sustanciales. No obstante existen algunos cambios que merece la pena destacar y que relataremos en las notas siguientes.

⁴⁵ En el artículo 42.a) de la Ley 9/2002 se limita el aval exigible al 10% del coste estimado para la implantación o refuerzo de los servicios.

impone que la finca quede afectada con inscripción registral de la vinculación de la total superficie a la construcción y uso autorizados, expresando la indivisibilidad y las concretas limitaciones al uso y edificabilidad impuestas por la autorización autonómica. También se regula el plazo para el inicio de las obras (42.f) y se establece la posibilidad de añadir condiciones por vía reglamentaria (42.g)⁴⁶.

Además el artículo 43 del Proyecto establece condiciones adicionales para las edificaciones destinadas a usos residenciales vinculados a las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales⁴⁷, mientras el artículo 44 regula condiciones adicionales para otras actividades constructivas no residenciales⁴⁸.

7. Especial alusión a las parcelaciones, divisiones y segregaciones de terrenos

Los artículos 206 a 209 del Proyecto⁴⁹ establecen una regulación de esta trascendental actividad que, a primera vista, resulta muy similar a la contenida en los artículos 172 a 174 de la Ley 1/97: en lugar de tratar los actos de parcelación, división y segregación en general, estableciendo los requisitos necesarios según la clase de suelo en que se realicen esas actividades y acudiendo a criterios puramente objetivos para determinar su licitud, se sigue aludiendo a la oscura diferencia entre parcelación urbanística y no urbanística, incluyendo una definición legal de lo que puede entenderse como parcelación urbanística que parte de la finalidad perseguida por el propietario, consistente en urbanizar o edificar los lotes resultantes (¿acaso no bastaría con referirse a una parcelación realizada en suelo rústico y que vulnere las prescripciones de la legislación sectorial sobre unidades de cultivo?).

⁴⁶ El artículo 42.f) de la Ley 9/2002 se regula el plazo para el comienzo y la terminación de las obras, el artículo 42.g) se refiere a la caducidad de la licencia si la edificación no finaliza en dicho plazo, y el 42.h) establece la posibilidad de añadir por vía reglamentaria condiciones de edificación adicionales, contenida en el artículo 42.g) del texto que manejamos en su momento.

⁴⁷ Como dijimos en nota a pié de página referida al artículo 33.2.h) de la Ley 9/2002, en dicho precepto la construcción residencial vinculada a explotaciones económicas se limita a las agrícolas o ganaderas, desapareciendo cualquier alusión a la construcción residencial vinculada a explotación forestal. La misma limitación se refleja en el artículo 43 de la Ley 9/2002, que establece condiciones adicionales para edificaciones destinadas a usos residenciales vinculados a esas dos explotaciones, eludiendo cualquier referencia al uso residencial vinculado a una explotación forestal.

⁴⁸ Sin modificaciones sustanciales en el artículo 44 de la Ley 9/2002.

⁴⁹ Los preceptos citados se corresponden, sin modificaciones sustanciales, con los artículos 204 a 207 de la Ley 9/2002.

Sin embargo tras esa aparente continuidad el Proyecto presenta una elogiabile innovación, consistente en someter a licencia la parcelación, división y segregación en el suelo rústico, que es precisamente donde mayores problemas plantea esta actividad y donde la mera prohibición de parcelaciones urbanísticas muestra toda su inconsistencia. De esta manera parece claro que desaparecen los problemas que la «declaración de innecesariadad» aludida en la legislación estatal puede plantear, y que la parcelación en suelo rústico sólo podrá elevarse a Escritura Pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad cuando se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia, ya sea por acto expreso o por aplicación de las normas reguladoras del silencio administrativo.

Ahora bien, los problemas derivados del elemento intencional exigido para calificar una parcelación como urbanística seguirán manifestándose cuando se trate de considerar la realizada en suelo rústico como infracción muy grave, por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 219.2.b)⁵⁰ del Proyecto. Además el artículo 216 del Proyecto⁵¹ extiende a todo el suelo rústico la ilimitación del plazo establecido para la reposición de la legalidad respecto de las actividades realizadas en suelo rústico que estén prohibidas o se realicen sin autorización autonómica o sin ajustarse a sus condiciones, pero la prohibición expresa del Proyecto sólo se refiere a las parcelaciones urbanísticas en suelo rústico⁵², haciendo aparecer algunas dudas acerca de si la imprescriptibilidad excepcional puede predicarse también de las parcelaciones «no urbanísticas» realizadas en esta clase de suelo. **G**

⁵⁰ Artículo 217.2.b) de la Ley 9/2002.

⁵¹ Artículo 214.1 de la Ley 9/2002.

⁵² Artículo 207.1 de la Ley 9/2002.

A EVOLUCIÓN DO DEREITO GALEGO DESDE A CONSTITUCIÓN ATA O MOMENTO ACTUAL

Aurelia Álvarez Blanco

Directora da Escola de Ciencias Empresariais
da Universidade da Coruña

O dereito civil de Galicia veuse configurando historicamente coma un ordenamento xurídico de marcado carácter consuetudinario e de vocación netamente rural. Esta situación está cambiando nos nosos días en que a promulgación da Constitución de 1978 ó consagrar no seu título VIII a capacidade de autonormación das comunidades autónomas posibilita a adaptación dos históricos dereitos forais ás necesidades actuais da sociedade. Neste contexto, o presente traballo pretende ofrecer unha visión, sequera sucinta, das normas dictadas na nosa Comunidade Autónoma nos últimos anos con incidencia no ámbito civil. Obsérvase a preocupación do lexislador por cuestións xa non exclusivamente pertencentes ó ámbito rural, pois ó lado da regulación de arrendamentos históricos e de montes veciñais en propiedade colectiva, aparecen as fundacións, xunto coas regulacións sistemáticas do dereito civil de Galicia.

Na análise da normativa pretendemos proporcionarlle unha visión global ó lector da normativa analizando non soamente o dereito positivo, senón tamén a doutrina legal e xurisprudencial máis autorizada na materia.

O presente traballo trata simplemente de proporcionarlle materiais ó lector e estudioso no dereito civil da nosa comunidade, para abrir novas vías de investigación nuns temas que, entendemos, fundamentais, para

os efectos de conseguir configurar un novo dereito galego que reúna os conceptos tradicionais cos máis novidosos, e que poida supera-la imputación que ás veces se lle fai ó dereito galego, coma a outros dereitos privados autonómicos, de ser un dereito esclerotizado e de laboratorio xurídico. Como vemos, o noso dereito civil analiza cuestións vivas e con grande incidencia social. Vallan estas páxinas como unha achega para reivindicar-lo dereito civil de Galicia e para situalo no lugar que estimamos lle corresponde.

1. A Lei 7/1983, do 22 de xuño, de réxime das fundacións de interese galego e Lei 11/1991 do 8 de novembro que modifica á anterior

Esta lei é consecuencia do artigo 27 do Estatuto de Autonomía galego que lle atribúe competencia exclusiva nesta materia á Comunidade Autónoma. O citado artigo é distinto a outros homólogos das distintas comunidades autónomas nos cales a competencia se atribúe sobre as fundacións que «*desenvolvan principalmente as súas funcións no seu territorio*».

A institución fundacional estivo influída ata época recente por diversas leis, a maioría de finais do século XIX e principios do XX e é unha cuestión sempre pendente o acometer unha regulación de tipo xeral. Recentemente regulou mediante a Lei 30/1994 do 24 de novembro, de *fundacións e de incentivos fiscais á participación privada en actividades de interese xeral*.

Manuel Bouzas Costa¹ analiza a lei galega á luz da precitada lei estatal e fíxase nos elementos característicos de toda fundación, e destaca as principais diferencias entre unha e outra lei. En primeiro lugar destaca que na lei estatal se define a fundación como organización mentres que a lei galega, segundo o citado autor, omite expresamente esa mención, no entendemento de que «*la idea de actividad organizada (esto es una estructura en lo estático, que permita, en lo dinámico, la promoción, programación y realización del fin fundacional) se genera en la voluntad del fundador*».

A Lei de réxime das fundacións de interese galego consta dun título preliminar, un título I e un título II distribuídos en 24 artigos, catro disposicións adicionais e dúas transitorias, e, é importante non só porque regula unha institución que na compilación non se contempla e cunha inclusión que no dereito especial de Galicia viña reclamando a doutrina, senón ó meu xuízo porque é a primeira lei galega despois da Constitu-

¹ BOUZAS COSTA, M.: «Legislación civil especial: Fundaciones, arrendamientos históricos, concentración parcelaria», en AA.VV.: *Derecho Civil Gallego*, Ed. CGPJ e Xunta de Galicia, Madrid, 1996, páxinas 413 e ss.

ción que afecta a materias de dereito civil. Hai que sinalar que se ben o seu contido é máis propio do dereito administrativo, tamén participa en moitos aspectos do dereito civil e en concreto do dereito civil galego. En efecto, a lei examinada establece o protectorado da Xunta de Galicia atribuíndolle as facultades necesarias para garanti-lo cumprimento da vontade dos fundadores e incluso para asumir provisionalmente a xestión das actividades da fundación, no caso de que careza de órgano de goberno, porque este estivese suspendido nas súas funcións por decisión xudicial ou porque o padroado non se reunirse ó longo dos exercicios consecutivos.

2. A Lei 7/1987, do 10 de novembro, sobre a compilación de dereito civil de Galicia

Na exposición de motivos desta lei, dise que Galicia, despois de constituírse como Comunidade Autónoma, asume como unha das súas tarefas principais a defensa da súa identidade e dos seus intereses, tal e como sinala o primeiro dos artigos do Estatuto de Autonomía.

No relativo á citada defensa, o exercicio da potestade lexislativa que lle corresponde a Galicia en materia do seu dereito civil supón un feito notable polas súas consecuencias na realidade histórica das súas normas e institucións, e, sobre todo, pola potencialidade que ó abeiro do disposto no artigo 27.4 do Estatuto, debe levar ó seu desenvolvemento de cara á formación dun corpo xurídico civil propio, autonómico e parlamentariamente establecido.

A existencia dun dereito civil galego previo á Constitución fixo posible que a Comunidade Autónoma de Galicia puidese asumir no seu Estatuto, e con carácter exclusivo, a competencia sobre a súa conservación, modificación e desenvolvemento, pero non determinou que este último se tivese que circunscribir ós supostos institucionais recollidos no texto non completo da compilación aprobada pola Lei do 2 de decembro de 1963.

A tarefa que lles corresponde realizar ós poderes públicos galegos, e entre eles especialmente ó Parlamento, en materia de dereito civil, implica o desenvolvemento dunha liña abertamente constitucional e nitidamente autonomista que xunto coa necesaria renovación das disposicións da compilación terá que crea-las que necesiten as institucións non recollidas nela.

Acóllese así o lexislador á tese xa exposta no seu momento no presente traballo de que constitucionalmente nada determina que a expresión «desenvolvemento» leve a que só se poida desenvolver o que estea recollido en cada unha das compilacións anteriores á Constitución e en concreto no que a nós nos afecta a galega de 1963.

Sinala Lorenzo Merino² que «la necesaria armonización con el orden constitucional y estatutario de los preceptos de la Compilación demandó básicamente, la reforma del párrafo 1 del artículo 2 y dela Disposición Final segunda de la misma a fin de introducir, respectivamente, el principio de que el Derecho propio de Galicia en materia de Derecho civil era aplicable a su territorio con preferencia a cualquier otro, expresión tomada del artículo 38.1 del Estatuto, y el correlativo de que, en lo no previsto por él, regiría como supletoria la legislación civil del Estado que no fuese de directa aplicación general».

Sinala o citado autor a incongruencia que supuña a redacción da disposición final primeira cando establecía que as normas de dereito civil de Galicia escritas ou consuetudinarias, se substitúan polas da compilación, cando a propia exposición de motivos reconecía o seu carácter incompleto, así como a necesidade de integrar no futuro aquel texto coas institucións non recollidas de acordo coa visión claramente autonomista do lexislador.

Modifícase tamén o artigo 47 parágrafo 2º relativo á compañía familiar galega para substituí-lo orixinal «la mujer casada tiene personalidad propia y es, con relación a la compañía de condición igual a su marido» por «el hombre y la mujer casados forman parte de la Compañía con plena igualdad jurídica».

Igualmente, en sede de compañía familiar galega, o artigo 53 a) relativo ás formas de modificación da compañía, suprímese a expresión «su interdicción civil», simplemente porque é unha pena suprimida do ordenamento xurídico español.

Modifícase o artigo 90 para suprimi-lo seu parágrafo 2º é dicir en materia de comunidade de augas na que o exercicio do dereito dos comuñeiros se debía acomodar no posible ás normas da Lei de axuizamento civil para o apeo dos foros, por razóns obvias de desaparición da institución do foro. Tamén se suprime a disposición adicional, que remitía á elaboración pola comisión compiladora cada dez anos dunha memoria sobre as dúbidas e dificultades que tivera orixinado a compilación.

Modifícanse as disposicións finais primeira e segunda. A primeira dispuña, como xa vimos, que as normas de dereito civil especial de Galicia escrito ou consuetudinario, vixente á promulgación desta compilación, quedan substituídas polas contidas nela. E na nova a lei redáctase como segue: as normas de dereito civil de Galicia, escrito ou consuetudinario, vixente á promulgación da compilación do 2 de decembro de 1963, se substituirán polas contidas nela, ademais da competencia exclusiva da Comunidade Autónoma de Galicia sobre o dereito civil galego, en canto á súa conservación, modificación e desenvolvemento.

² LORENZO MERINO, F: «Prólogo» a la *Ley de Derecho Civil de Galicia*, Ed. Tecnos, 1995, páxina 17.

A disposición final segunda estableceu (a diferencia da regulación anterior e na que se sinala que en todo o non previsto na presente compilación rexerán os preceptos do Código Civil) que en todo o non previsto polas disposicións do dereito civil de Galicia, rexerá supletoriamente a lexislación civil do Estado que non sexa de directa aplicación xeral.

Suprímese a disposición final terceira da compilación que derogaba algunhas normas vixentes á súa entrada en vigor.

Modifícase tamén a disposición transitoria terceira, substituíndose a frase «*las aparcerías actualmente en vigor quedan sometidas a las normas de esta compilación*» pola de «*las aparcerías vigentes a la entrada en vigor de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, se someten a sus normas*» e a frase «*a la entrada en vigor de la Compilación*» pola de «*a la entrada en vigor de la Ley 147/1963 de 2 de Diciembre*».

Modifícase a disposición transitoria cuarta substituíndose a frase «*actualmente concertadas*» pola de «*concertadas a la entrada en vigor de la Ley 147/1963, de 2 de Diciembre*» e a frase «*en la Compilación*» por la de «*en la Ley 147/1963, de 2 de diciembre*».

Por último a Lei 7/1987, do 10 de novembro, sobre a compilación do dereito civil en Galicia, contén unha disposición derogatoria que di o seguinte: «*en tanto en cuanto pudiesen conservar alguna vigencia, se consideran definitivamente derogados el Título I, suprimiéndose sus artículos del tres al cuarenta y seis*», é dicir todo o relativo a foros, subforos e outros gravames análogos, e as disposicións transitorias primeira e segunda por conter normas relativas ós foros.

Igualmente queda derogado, en tanto en canto non estivese xa derogado, o capítulo 1º do título V da Lei 147/1963 do 2 de decembro, suprimíndose os seus artigos 88 e 89, relativos á comunidade en materia de montes, que sería materia de regulación especial.

Polo tanto podemos concluír que esta lei inicia o proceso de autonomía do dereito civil galego; trátase dunha norma que emana do Parlamento Galego a resultas dunha proposición de Lei do grupo socialista defendida polo relator D. Pablo Sande García³ e que se expresaba da seguinte maneira na súa presentación:

«Estamos a soste, señor Presidente, que desenvolve-la chamada Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia, a incompleta xa daquela, no 63, Compilación, como axiña amosaron, debo recoñecelo, non poucos xuristas galegos e como concluíron distintos congresos xurídicos tamén galegos. Para nós, señor Presidente e discúlpeme por lle repetir á Cámara algo que xa dixen nesta mesma Tribuna hai certo tempo, a decisión política que representa o exercicio da potestade lexislativa en materia de

³ Intervención do parlamentario Pablo Sande García no Parlamento Galego, en DS núm. 54, do 12 de maio de 1987.

Dereito civil galego ten que pasar por desenvolvelo en clave abertamente constitucional e nidiamente autonomista. É dicir, sen se limitar ó regulado na Compilación. Debotado así, xa que logo, un desenvolvemento do Dereito Civil Galego, cinguido os supostos institucionais regulados na Compilación, acertar cunha lexislación civil galega que o imperioso anovamento das disposicións da moi mentada Compilación encane as que precisen as institucións no recollidas na mesma, desta potencialidade abrangue, unha sorte de reto, outro reto xurídico e político pendente, que só chegados a súperalo contribuirá a testemuñar que este Parlamento cando menos sí naceu. Un Parlamento, este, que de tomar en consideración a proposición de lei que defendo, verdadeiramente asentará un sinxelo, mais necesario, alicerce para ese acaído desenvolvemento do Dereito Civil galego e, ó tempo, para afortalar e fornece-la identidade de Galicia».

O mesmo relator xa adianta que a proposición de lei que defende ten que se-la primeira etapa do desenvolvemento do dereito civil galego, no sentido xa citado de non referirse unicamente ó dereito compilado, nin tampouco ó dereito non escrito, senón a chegar a desenvolver un corpo completo del, se ben nesta primeira etapa, coa proposición de lei só se trata de incorpora-la Compilación do dereito civil especial de Galicia de 1963, coas modificacións que se lle propoñen, ó ordenamento xurídico galego.

3. A Lei do 13/1989, do 10 de outubro, de montes veciñais en propiedade colectiva

Para recorda-la orixe histórica desta forma de propiedade, unha vez máis neste traballo temos que remitirnos á tese maioritariamente aceptada pola doutrina que sostén que o home no estado máis primitivo, pero xa organizado en tribos ou posuía a propiedade da terra en común con tódolos seus membros (a chamada propiedade xermánica ou en propiedade colectiva), e que na evolución subseguinte se fan privativos de cada clan ou familia os terreos lindantes á vivenda e só quedaran en propiedade colectiva os terreos afastados ou circundantes da aldea.

Castro Somoza⁴ cre que ó nace-lo municipio como entidade con personalidade xurídica propia fai que se lle atribúa a titularidade dos montes que antes pertencían á *veciña* ou *pobo* e isto por dous motivos, un, porque o noso dereito patrio segue a tradición romanista e non a xermánica e naquela non se coñece a propiedade en propiedade colectiva. O outro motivo é que os municipios coincidían xeralmente coa *veciña* ou *pobo* na súa extensión e por isto a Administración podía pensar que desta

⁴ CASTRO SOMOZA, J. L.: «Montes Veciñais mancomunados», en AA.VV.: *Manual de Dereito Galego* T.II, Ed. EGAP, Santiago 1996, páxina 366 e ss.

maneira non se producía ningunha desamortización respecto ós seus antigos titulares.

Sen embargo, en Galicia as cousas non discorreron de forma pacífica nesta evolución, e isto fundamentalmente porque os núcleos de poboación, certamente dispersos, non coincidían exactamente cada un cun municipio, senón pola contra varios deles formaban moitas veces un municipio e non todos eles eran titulares de montes en propiedade colectiva co que se produciron grandes litixios porque a titularidade dos montes non lles correspondía ós mesmos veciños que agora constituían o municipio.

Esta forma de propiedade, por outro lado, formaba parte do acerbo propio do pobo galego, como manifestación de dereito consuetudinario desde tempo inmemorial e que chocaba co dereito escrito oficial e centralista. Este dereito propio de Galicia foi recoñecido polos tribunais galegos pero tamén polo Tribunal Supremo, non obstante a abundante lexislación na materia por parte do Estado que trataba de ignora-la dita realidade social.

A primeira lexislación que podemos citar neste sentido é a Real orde do 22 de maio de 1848 que no seu artigo primeiro dispuña que *«la legislación administrativa vigente no reconoce la diferencia que se pretende establecer entre los montes del común de los pueblos y del común de los vecinos»*. Así mesmo, as leis desamortizadoras, a lexislación de réxime local aplicada polos concellos e a propia Lei hipotecaria trataron de outorgarlle definitivamente a titularidade dos ditos bens a esas entidades xurídicas que comezaron a interferir, como sinala García Caridad⁵, no dereito de propiedade que sobre os montes veciñais en propiedade colectiva ditiñan os veciños das parroquias, aínda que en Galicia polas súas especiais circunstancias socioxeográficas, a organización municipal non logrou desmontar as estruturas consuetudinarias do réxime destas propiedades comunais. Sen embargo, a raíz da creación do patrimonio forestal do Estado, que tiña entre as súas finalidades a repoboación forestal dos montes en propiedade colectiva a través do denominado consorcio, xa porque lle resultara máis cómodo negociar cos municipios, xa por crer que eran os verdadeiros titulares, desentendeuse dos antigos titulares, os veciños que os viñan utilizando, e empregou como únicos interlocutores ós concellos.

A consecuencia inmediata foi a enorme conflictividade que se produciu nas distintas comunidades veciñais por esta razón, que unhas veces acudían ante os tribunais de xustiza para dirimirlas súas controversias (xa sinalamos noutro momento que os ditos tribunais galegos soían am-

⁵ GARCÍA CARIDAD, J. A.: «Comentario de los artículos 88 y 89 de la Compilación gallega» en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Compilación gallega* T. XXXII, Ed. EDERSA, Madrid, 1979, páxinas 215 e ss.

para-las reivindicacións dos comuneiros), e, outras veces acudiron a métodos máis expeditivos que foron desde a violencia contra os usurpadores, ata incendios provocados, todo isto como consecuencia da escasa sensibilidade dos poderes públicos da época cara a esta forma peculiar de propiedade colectiva existente en Galicia desde tempos remotos.

Hai que esperar a 1957 para que se recoñeza legalmente a existencia dos montes veciñais en propiedade colectiva por unha lei do 8 de xuño dese ano que no seu artigo 4 parágrafo 3 di: «*la presente ley reconoce y reglamentará la existencia en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra de montes pertenecientes en común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que serán vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán el disfrute de sus aprovechamientos de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos*». Esta lei tivo o seu correspondente regulamento do 22 de febreiro de 1962, que non engade nada novo en canto ó recoñecemento da institución tratada.

Dado que, nese momento, se estaba procedendo á redacción da Compilación do dereito civil especial de Galicia, decidiuse que sería conveniente que nela se tratase de facer unha regulación propia de tan importante forma de propiedade galega. Agora ben, como xa vimos, só se lle dedicaron dous artigos a tan importante institución, sen que nos pareza xustificación para esta insuficiente normativa as circunstancias negativas en que se tiveron que mover os redactores da compilación, os cales se aprestaron precipitadamente a transixir en aras de certos e non confesados perigos que a asexaban.

Tras varios intentos do Goberno central para lograr atribuírlles definitivamente os montes veciñais en propiedade colectiva ós concellos chégase, despois de obter un certo acordo de personalidades e organismos galegos, á Lei do 27 de xullo de 1968 e ó seu regulamento do 26 de febreiro de 1970. Esta lei recibiu críticas favorables en xeral pero non no relativo ó intervencionismo municipal.

Xa nos albores da democracia prodúcese unha nova Lei de montes o 11 de novembro de 1980, na que se suprime calquera intervencionismo municipal.

Como consecuencia da aprobación do Estatuto de Autonomía de Galicia, que recoñecía, no seu artigo 27.11, competencia exclusiva en materia de réxime xurídico de montes veciñais en propiedade colectiva, o Parlamento Galego elaborou e aprobou a Lei do 10 de outubro de 1989 *de montes veciñais en propiedade colectiva*, así como o seu regulamento do 4 de setembro de 1992.

A exposición de motivos da citada lei, comeza dicindo que os montes veciñais en propiedade colectiva son unha das poucas formas de propiedades de terras en común que lograron sobrevivir á organización muni-

cipal do século XIX e ó fenómeno desamortizador. É rechamante que unha forma tan orixinal e tan nosa non fose obxecto de regulamentación específica ata fai soamente vinte anos.

Como sinalamos xa, a Lei do 27 de xullo de 1968 de montes veciñais en propiedade colectiva, recoñeceu a figura pero coa negativa inxerencia municipal, e, a posterior do 11 de novembro foi un pouco máis alá que a anterior e efectivamente suprime todo intervencionismo estatal, pero presentaba numerosas limitacións, por iso a citada exposición de motivos di que a nova lei «*propone dar respuesta a la necesidad de una regulación realista de los montes vecinales en mano común propiedad peculiar y bien característica de Galicia, tantas veces puesta de manifiesto por los expertos, reivindicada por los campesinos y reclamada por la propia realidad económica*».

Recoñécese a natureza privada destas terras, que terán como titulares as comunidades veciñais que habitualmente as viñan gozando, liberándose de vínculos que as desnaturalizan, referíndose á función social que debe cumprir toda propiedade á luz do artigo 33 da Constitución e ó sometemento ó seu interese xeral, como non podía ser doutro modo.

Efectivamente, xa no artigo 3º da lei autonómica se di: «*La propiedad de los montes vecinales en mano común, con independencia de su origen, es de naturaleza privada y colectiva, correspondiendo su titularidad dominical y aprovechamiento, sin asignación de cupos, al conjunto de los vecinos titulares de unidades económicas, con casa abierta y residencia habitual en las entidades de población a las que tradicionalmente hubiese estado adscrito su aprovechamiento, y que vengan ejerciendo, según los usos y costumbres de la Comunidad alguna actividad relacionada con aquellos*».

Sen embargo o regulamento do 4 de setembro de 1992 non ten ningún reparo en declarar que os montes veciñais en propiedade colectiva son bens de utilidade pública e que por isto o seu réxime xurídico participa tanto do dereito público coma do privado.

A propia lei comentada, a pesar de declara-la titularidade privada dos montes veciñais en propiedade colectiva, introducía unha vez máis a intervención administrativa no título V que leva a rúbrica «Protección e xestión preventiva», establecendo no artigo 27 a xestión preventiva dos montes comunais pola Consellería de Agricultura en dous supostos: a) cando se produza unha situación de desaparición ou extinción da comunidade de veciños e ata en tanto en canto non se reconstituía esta e b) cando se declare a situación de grave abandono ou degradación do monte veciñal.

Pola súa parte a exposición de motivos do Regulamento de 1992 fala de «*un protectorado semellante ó existente respecto das fundacións*» que reside na Xunta de Galicia, e en concreto na Consellería de Agricultura.

Por outra parte, a Lei autonómica sobre montes veciñais en propiedade colectiva de 1989, no seu artigo 2 declara que estes montes son

bens indivisibles, inalienables, imprescritibles e inembargables, non estando suxeitos a ningunha contribución de base territorial nin á cota empresarial da Seguridade social, características todas elas propias dos bens de dominio público.

4. A Lei 3/1993, do 16 de abril, das parcerías e dos arrendamentos rústicos históricos de Galicia

A lei ten por obxecto o establecemento do réxime xurídico e a regulación das parcerías e arrendamentos rústicos históricos, entendendo por tales aqueles que se pactaron con anterioridade á vixencia da Lei do 1 de agosto de 1942, sexa cal for a súa procedencia xurídica inicial, e que compoñen no seu conxunto unha institución propia de Galicia.

É pois unha lei galega que procede do Parlamento de Galicia e que trata de regular unha materia no exercicio da competencia asumida estatutariamente no artigo 27.4 (competencia sobre a conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego).

O seu ámbito de aplicación son os arrendamentos rústicos e as parcerías históricos considerándose como tales os que existisen con anterioridade á Lei do 1 de agosto de 1942.

A lei que analizamos crea, no seu artigo 3º, o Rexistro das parcerías e dos arrendamentos rústicos históricos, dependente da Consellería de Agricultura, Gandería e Montes, ante a cal se instruirá o expediente contradictorio necesario para a inscrición.

A citada lei declara prorrogados os arrendamentos e parcerías ós que se aplica ata o 2005, salvo no caso de que á súa entrada en vigor o arrendatario ou parceiro cumprira sesenta anos, suposto no cal se prorrogarán ata que acaden a idade de xubilación. Durante a vixencia da lei as rendas poderán ser revisadas de acordo cos aumentos que experimenten os produtos da agricultura.

Establécese, ademais, o procedemento para acceder á propiedade polos arrendatarios e os parceiros polo prezo que resulte da media aritmética entre o valor catastral e o valor en venda actual das terras análogas pola súa clase e situación dentro do termo municipal ou comarca. Se non se chega a un acordo entre as partes, estas poden acudir á Xunta de Estimación Provincial das Parcerías e dos Arrendamentos Rústicos Históricos, que tamén se crea pola mesma lei. A Xunta de Galicia obrígase a establecer medidas dirixidas a facilita-lo acceso á propiedade dos arrendatarios e parceiros dos arrendamentos e parcerías históricos. Por outra parte, o propietario poderá reclama-la finca arrendada ou dada en parcería trala xustificación da súa necesidade inescusable como único medio de subsistencia, sempre que se comprometa a explota-la finca por si

mesmo. Caso de exercitar este dereito procederá a indemnización polas melloras, pero tamén polo lucro cesante que sexa consecuencia da rescisión do contrato e por tanto da actividade empresarial que se viña exercendo. De non producirse acordo sobre a indemnización e a necesidade do rescate, serán os tribunais ordinarios os que decidan.

Outra peculiaridade desta lei é que permite que se a parcería comprendese casa de labranza na que habitasen o arrendatario ou o parceiro, e non tivesen ningunha outra vivenda, aqueles continuasen habitando en arrendamento a casa, así como un 10 por cento da finca, cun máximo de 0,25 Ha., ata o seu falecemento e do seu cónxuxe, pagando a renda pertinente que sexa a usual na comarca para casa e fincas análogas.

Podemos concluír que se trata dunha regulación semellante á que deron os sucesivos decretos ós arrendamentos de tempo inmemorial ós que se refire o Código civil, pero coas peculiaridades propias do dereito consuetudinario galego coma o relativo ás parcerías de lugar acasado, así coma a creación do Rexistro e xuntas de estimación provincial das parcerías e dos arrendamentos rústicos históricos. Finalmente cabe sinalar que se instaura con esta lei un réxime xurídico que participa tanto do dereito público coma do privado.

5. A Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia

Coa Lei 7/1987 integradora da compilación no dereito autonómico galego púxose fin a unha situación cando menos chocante, posto que o chamado dereito civil especial galego, ata entón, estaba contido nunha lei estatal, a compilación de 1963, e non nunha lei procedente do órgano lexislativo propio de Galicia, o Parlamento Galego. Trala citada lei aparece a Lei 4/1995 que, en canto ó seu nacemento, queda sobradamente xustificada coas palabras do presidente do Parlamento de Galicia na sesión e na que se aprobou: *«la existencia desde siglos de un Derecho civil propio, surgido del uso y la costumbre, asentado en la conciencia colectiva nacional y proyectado a través de instituciones referentes a la materia jurídico-patrimonial, familiar y sucesoria, precisaba de un cuerpo normativo que, superando una reglamentación de origen estatal, obsoleta y apendicular, naciera del propio ámbito de competencias y recogiera y actualizara dichas instituciones de acuerdo con la realidad social de los tiempos que estamos a vivir»*.

O citado autor fai unha referencia a que na lei se poden encontrar rastros das dúas tendencias enfrontadas á hora de elaborala, a saber, a que segue fiel á tradición xurídica con base no uso e o costume e a que podemos chamar «moderna», que se ben acepta a tradición, o uso e o costume non por iso descarta a actualización do dereito foral galego de acordo coa realidade social actual. Estas tendencias estaban representa-

das respectivamente polo informe do *Consello Galego da Cultura* e pola *Comisión de Dereito Civil* constituída polo Parlamento de Galicia o 9 de maio de 1988, da que era membro e que coordinaba Sande García. Os traballos presentados diverxían en varios aspectos certamente importantes tales como a xerarquía normativa, ou o mantemento de determinadas institucións como parte do dereito foral galego.

A exposición de motivos, despois de xustificar as institucións reguladas na lei e tamén as posibles exclusións, sinala que «*estamos ante un dereito vivo de Galicia. Nado nos campos galegos, como emanación singular dun rico dereito agrario, desbordado hoxe, incluso na vida cotidiana das súas urbes. Lonxe da preocupación de calquera tentación arqueolóxico-xurídica, a lei pretende regular institucións válidas para os intereses e necesidades do pobo galego*». Respecto a esta afirmación, Sande García⁶ sinala que, pese ás pretensións do texto que acabamos de citar, na Lei de 1995 recollen os fósiles que xunto cos foros, xa derogados, conformaban o «*antro*» de institucións arcaicas da Compilación de 1963 (expresión tamén empregada por Menéndez-Valdés⁷, que Sande estende incluíndo algunhas outras figuras non mencionadas polo primeiro como a *casa* e a *veciña*). Ó seu xuízo, estas institucións incorporáronse como consecuencia de terse acollido o lexislador autonómico a esa posición tradicional que fai residir todo o dereito foral galego no costume e a tradición; posición que fora mantida polo *Consello da Cultura Galega*, o cal, na introducción do seu informe, xa indica que no traballo tratou de evitar calquera tentación de elaborar un texto legal na marxe do que sempre se considerou a tradición xurídica galega.

Xa dixemos noutro lugar do presente traballo que Sande pertence ó sector da doutrina que entende que é no dereito sucesorio onde reside a especialidade do dereito galego e sobre todo a súa parte máis vivida.

Pola súa parte, Baldomero Cores Transmonte⁸ sinala que tanto ó lexislador da Compilación galega de 1963 como ó da lei de 1995, se lles presentou o problema das institucións vixentes a incluír e que non faltaron críticas tanto a un lexislador coma a outro acusándoos de arcaísmo e de facer arqueoloxía xurídica. Non obstante este autor considera que eses

⁶ SANDE GARCÍA, P., «O Dereito civil de Galicia: unha actualización imposible á luz da historia», en AA.VV.: *La modernización del Derecho civil*, Ed. Fundación Alfredo Brañas, Santiago, 1994, páxinas 153 a 156.

⁷ MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., *Las particularidades de Derecho patrimonial en el noroeste de España ante la compilación gallega y el Código Civil*, S. E., BECERRÉA, 1964, páxina 77.

⁸ CORES TRANSMONTE, B.: «A Ley 4/1995, de Dereito civil de Galicia, Primeira parte: Título preliminar, parte final e preámbulo», en *Crónica Parlamentaria*, páxinas 292 e 293.

cualificativos se lle poden aplicar moi ben ó Código civil e sen embargo este é un texto reverenciado pola maioría dos xuristas.

As críticas aumentaron sobre todo polo mantemento de institucións coma os *muíños de herdeiros* que a maioría da doutrina sostén que non ten ningunha vixencia, e non parece suficiente xustificación que nalgún lugar perdido existise un en funcionamento.

Neste sentido o presidente do Parlamento Galego cando se elaborou a lei Victorino Nuñez⁹ sinala que «*precisamente a Lei do dereito civil de Galicia é froito dun desexo de adaptación das típicas institucións civís de Galicia ós novos tempos e, mesmamente, da revisión nese corpus iuris civilis de figuras ancestrais case esquecidas polo desuso*».

Un exame, necesariamente exiguu nun traballo como o presente, do texto legal comentado fainos achegar en primeiro lugar ás fontes formais do dereito galego. Nesta materia, o artigo 1º sinala que o dereito civil de Galicia está integrado polos usos e costumes propios e polas normas contidas na presente lei, así coma polas demais leis galegas que o conserven, desenvolvan ou modifiquen, e, o artigo 2 parágrafo 2º di que o dereito galego se interpretará e integrará desde os principios xerais que o informan, os usos, os costumes, a xurisprudencia e a doutrina que encarna a tradición xurídica galega. Por último, no artigo 3º, dispónse que se aplicará o Código civil e as demais leis civís comúns cando, ó faltaren costumes e leis civís galegas, esas normas non se opoñan ós principios do ordenamento xurídico galego.

Non serán aplicables os usos e costumes cando fosen contrarios a leis imperativas. Así pois, podemos dicir que as fontes formais son as normas legais, os usos e costumes e tamén os principios xerais do dereito galego, estes últimos ó falta-las dúas primeiras¹⁰. Pero ademais establécese unha xerarquía das fontes ó dicir que os usos e os costumes non serán aplicables cando sexan contrarios a leis de carácter imperativo, queda así claramente establecida a xerarquía das fontes. Os principios xerais servirán como fonte en defecto das anteriores pero tamén como integradores do ordenamento xurídico galego, e a xurisprudencia tampouco será fonte formal seguindo a tradición do dereito español. O Código civil e demais leis civís comúns aplicaranse en defecto de tódalas fontes anteriores, o mesmo que tódalas normas de carácter internacional ou supranacional que pasaran a formar parte do ordenamento xurídico xeral de acordo coas leis.

⁹ NUÑEZ RODRÍGUEZ, V. «Presentación», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxina I.

¹⁰ SEOANE IGLESIAS, J.: «Unha aproximación as fontes do Dereito civil de Galicia», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxinas 28 e 29.

Os artigos 4 e 5 refírense á aplicación do dereito galego no ámbito territorial e persoal respectivamente. No territorial aplicarase en toda a comunidade galega; e, no persoal, a veciñanza civil galega determinará a aplicación do dito dereito aínda que os galegos residan fóra de Galicia, salvo naturalmente os conflitos de leis que poidan presentarse e que deben ser resoltos polo dereito internacional ou interrexional privado. Ó tratar este tema Pena López¹¹ sinala que, a partir da lei que comentamos, o dereito galego aplicarase só no territorio da Comunidade Autónoma galega e só nela, e que a precisión é importante posto que, durante a vixencia da Compilación de 1963, o seu artigo 1 estendía a súa aplicación ós territorios limítrofes das provincias de Oviedo, León e Zamora no relativo ós foros e á compañía familiar galega, cando se puidesen acreditar tales costumes. Ó pasa-las citadas provincias a pertencer a distintas comunidades, dentro do novo estado autonómico, cada unha coa súa propia potestade lexislativa, unha lei autonómica non pode ir máis alá do seu propio territorio. Non obstante, a Lei 7/1987, do 10 de novembro, *sobre a Compilación do dereito civil de Galicia*, no seu artigo 1º, recoñecía que as disposicións do dereito civil de Galicia se aplicaran no territorio da Comunidade Autónoma galega, sen prexuízo da vixencia que poidan ter noutros ámbitos territoriais, ó abeiro da correspondente normativa autonómica ou estatal.

Precisamente di o citado autor, por esta circunstancia era posible que algunha das institucións aludidas (a Compañía familiar, porque o foro xa quedara derogado polo artigo 73) fose asumida en materia de dereito consuetudinario pola Comunidade Autónoma asturiana co réxime xurídico da nosa institución, aínda que non cre que esa fose a intención do lexislador asturiano vía estatutaria, senón que o que pretende é recollela como costume propio.

Con respecto á veciñanza civil, fai notar que non coincide coa veciñanza administrativa en Galicia, pois esta esíxese para te-la condición de galego segundo o Estatuto no seu artigo 3.1, mentres que a veciñanza civil segundo a Lei 4/1995 do 24 de maio e o l4 do Código civil, determina a suxeición ó dereito civil galego.

Como xa se repetiu a lei 4/1995 introduce institucións novas respecto da Compilación de 1963, así o título I leva a rúbrica: da situación de ausencia non declarada.

O artigo 6 dispón que, na situación de ausencia non declarada xudicialmente, para os actos ou negocios de Administración que non admi-

¹¹ PENA LÓPEZ, J. M^a., «O ámbito material do Dereito foral, con particular consideración do ámbito de aplicación do Dereito civil galego», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxinas 28 e 29.

tan demora, o cónxuxe non separado legalmente, os descendentes e os ascendentes, por esa orde, con capacidade xurídica plena, maiores de idade en relación cos do seu grao, representarán ó ausente mentres a citada situación permaneza. E nos dous artigos seguintes refírese ó destino dos bens do ausente, sinalando que serán aproveitados polo seu cónxuxe en primeiro lugar e no seu defecto polos outros parentes a que se refire o artigo 6º. Finalmente autoriza ós propios parentes que no seu caso representen ó ausente a facer seus como mínimo o 25 por cen dos froitos.

Así pois, o lexislador galego só se ocupa de resolver os conflitos que se poden producir cando unha persoa está ausente, pero non nos di, como fai o Código civil, cando se considera que unha persoa está ausente, polo que temos que acudir ó que establece o Código Civil ó respecto no artigo 181. Este precepto dispón que a declarará, en todo caso, o xuíz, «desaparecida unha persoa do seu domicilio ou da súa última residencia sen terse tido nela máis noticias». Polo tanto, a ausencia determínaa ademais da desaparición dunha persoa o feito de non ter tido noticias dela. O lexislador galego ocúpase dunha situación que poderíamos chamar, como o veu facendo a maioría da doutrina, de ausencia presunta ou se se quere como algún comentarista da lei galega¹² situación provisional de ausencia.

A xustificación da introducción da ausencia na comentada lei está na realidade social galega que aparece como consecuencia da emigración. As persoas emigraban e durante un tempo mandaban noticias pero ás veces ó cabo do tempo deixaban de envialas, descoñecéndose o seu paradiro. Pero non só no campo, outras profesións como por exemplo os mariñeiros que desaparecen no mar sen que se saiba se faleceron, ou simplemente non queren dar razón do seu paradiro. Os que entenden que o dereito civil foral só poderá ser desenvolvido no sentido de desenvolver institucións ou ben compiladas ou fóra delas as que tivesen existencia real, sosteñen que dificilmente se podía facer outra cousa que a que se ten feito porque non é unha situación que tivese, en canto a normas, xa escritas xa consuetudinarias, un substrato en que basea-lo desenvolvemento, se ben a S.T.C. do 12 de marzo de 1993 admitiu a posibilidade de regular institucións conexas con outras reguladas nas compilacións, pero tamén aspectos sobre os efectos dalgunhas institucións.

O título II: da casa e a veciña: Incorporáranse aquí dúas institucións cunha inclusión na antiga compilación de 1963 que fora solicitada por numerosos autores en relación cunha eventual revisión desta, dada a súa máis que incompleta regulación naquel texto legal. Así Carballal Per-

¹² CORES TRASMONTA, B., Op. Cit., páxinas 180 a 183.

nas¹³, tras un estudio empírico realizado a través dunha enquisa que enviou a un grupo de xuristas galegos acerca do que eles consideraban que era dereito vivo, chega á conclusión que de que o dito dereito só estaba referido a certas comunidades e ó dereito sucesorio encamiñado a conseguir-la unidade familiar. Polo tanto, para el, o dereito de Galicia está constituído fundamentalmente polas institucións dirixidas ó mantemento da casa familiar e do lugar acasado. Institucións conexas con estas dúas, debido a que están destinadas á súa consecución de fins son a sociedade familiar galega e a mellora de labrar e posuír, ás cales habería que engadirlo usufructo vidual universal e o testamento conxunto, así como a delegación da facultade de mellorar.

Aínda que o citado autor atopa alusións á casa labrega no articulado da compilación; entende que isto non supón máis que un recoñecemento da súa existencia; polo cal cre necesario proceder á súa regulación unitaria «*como unha verdadeira propiedade especial*».

Deste modo, a inclusión da casa patrucial correspóndese co sentir da maioría dos estudiosos do dereito foral galego e configúrase no artigo 9 coma un patrimonio indivisible xunto cos seus anexos.

Distinta cuestión é a relativa á veciña, á que se refire o artigo 10. Este precepto dispón que os patrucios dunha parroquia constitúen a veciña, que deberán reunirse polo menos unha vez ó ano e que administrarán os bens en propiedade colectiva, salvo os montes de igual natureza que se rexerán pola súa propia lei. A veciña estará presidida polo patrucio de maior idade ou vicario etc. Creo sinceramente que a esta institución se lle podería aplica-lo que no seu día afirmou un profesor da Facultade de Dereito de Santiago con respecto á compañía familiar galega: «*é coma a santa compañía que todo o mundo fala dela e ninguén a viu*». Desde logo, nos meus longos percorridos polas comarcas da provincia da Coruña, nunca tiveron noticias da existencia de manifestacións da veciña. Todo o contrario do que sucedeu coa Compañía familiar galega, respecto da cal puiden comprobar persoalmente, só no Val do Dubra, a presenza de ó menos sete compañías familiares, por suposto de constitución tácita, incluída a formada pola familia economicamente máis poderosa do lugar.

O título III: dereitos reais: O capítulo I, sección 1ª refírese ós montes veciñais en propiedade colectiva. Así, no artigo 14, establécese que «*serán montes veciñais en propiedade colectiva os que pertenzan a agrupacións veciñais na súa calidade de grupos sociais e non como entidades administrativas, e veñan aproveitándose consuetudinariamente en réxime de comunidade sen*

¹³ CARBALLAL PERNAS, R.: «Ante a revisión do Dereito civil especial de Galicia» en AA.VV.: *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Ed. Sept, Santiago de Compostela, 1973, páxinas 68 e ss.

asignación de cotas polos membros daquelas na súa condición de veciños con casa aberta e con fumo». O precepto opera, polo tanto, unha remisión á súa regulación na lexislación especial de montes en propiedade colectiva xa analizada.

A sección 2ª refírese á comunidade en materia de augas que tamén inclúe algunhas novidades respecto á Compilación galega. O artigo 15 establece que o propietario dunha finca pode aproveita-las augas procedentes da chuvia facendo saí-las sobrantes polo lugar acostumado. Igualmente pode aproveita-las subterráneas que broten na súa finca. As nacidas en montes en propiedade colectiva aproveitaranse segundo o costume e as subterráneas que alí broten segundo o que decida o órgano representativo da comunidade. O artigo 16 é de contido semellante ó 90 da compilación co engadido de que os aproveitamentos existentes se presumiran inmemoriais e poderán ser inscritos no Rexistro da propiedade. Todo isto salvo o disposto na vixente lexislación de augas.

A sección 3ª aborda a institución dos «muíños de herdeiros». Os tres primeiros artigos que lles dedica son o resultado de converter en tres o 93 e a compilación, único que lles dedicaba. Engádesse a maiores que calquera modificación no uso e aproveitamento requirirá o voto favorable da maioría que teña a maior parte do uso e aproveitamento, pero sendo impugnables dentro dos trinta días seguintes ó acordo.

Una vez máis, encontrámonos cunha institución que a maior parte da doutrina considera arcaica e inexistente. Neste sentido, mantén Menéndez-Valdés¹⁴ que «os muíños de herdeiros mellor do que na compilación estarían no Museo Etnográfico do Cebreiro, onde nos oufanamos en amosarlles ós turistas cómo se vive en certas terras da Galicia en pleno século XX».

Na sección 4ª, que regula as agras e os vilares, como sinala Baldo-mero Cores Trasmonte¹⁵, a Lei 4/95 ampliou o contido da Compilación de 1963 incorporando as propostas do Consello da Cultura Galega e a os exparlamentarios, de modo que regula a copropiedade dos valados como facía a Compilación e engade a prohibición de alleamento ou gravame dos elementos anexos.

Engádesse como novidade no artigo 22 que se non houberse pacto ou normas específicas de concentración parcelaria, o uso rexerá o aproveitamento e, en xeral, as relacións xurídicas dos propietarios das fincas que integren o agra ou vilar.

Do mesmo modo é novidade o contido do artigo 24 que establece que as melloras e os novos servizos e instalacións non será obrigatorio pagalas polos copropietarios que non llo desexen pero para utilizalos deberán pagalos.

¹⁴ MÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., ob. cit., páxina 47.

¹⁵ CORES TRASMONTE, B., ob. cit., páxinas 216 e 217.

Sen embargo, elimínase o contido do parágrafo 2º do artigo 91 da compilación no relativo a dereito de aproveitamento de silvas, esquilmos ou árbores das fincas lindeiras co muro e que nazan pegados a el, así como o artigo 92 relativo á transmisión do dominio dalgunha das fincas do agro que daría lugar á transmisión da cota no muro que tivese o dito participe.

No capítulo II da lei, regúlanse as figuras das servidumes e serventías. Só se contén na Lei 4/95 unha clase de servidume: a de paso. O artigo 25 sinala que a servidume se adquire por lei, por dedicación do dono do predio servente ou por negocio xurídico bilateral, calquera que sexa a forma en que aquel se expresase. Igualmente, pode adquirirse pola súa posesión pública, pacífica e ininterrompida durante o prazo de vinte anos, que comezará a contarse desde o momento en que se empezara a exercitar.

A preocupación da doutrina e dos tribunais polo prazo de prescrición na servidume de paso e por iso a lei vén resolver un problema que se viña arrastrando en Galicia, non era esta a única servidume que deu lugar a non poucos conflitos, non só de tipo xudicial, senón social e de convivencia que a diario se ven nos xornais, e, solucionouse acollendo as propostas neste sentido coincidentes do Consello da Cultura como a dos exmembros da Comisión parlamentaria, fixándose en 20 anos e non en trinta como propuxera nas súas conclusións o I Congreso de dereito galego¹⁶.

Como se pode observar, no artigo 25 establécense distintos modos de adquiri-la servidume: por lei, por dedicación do dono, por negocio xurídico bilateral e por prescrición.

En canto á dedicación do dono, temos que entender por aceptación expresa ou tácita do dono do predio servente.

No relativo ó negocio xurídico bilateral coincidimos con Moure Mariño¹⁷ ó considerar que a forma poderá ser tanto a escrita coma a verbal, pois o precepto afirma que se poderá constituír por negocio xurídico bilateral «*calquera que sexa a forma na que aquel se exprese*».

Respecto á adquisición por prescrición, o mesmo autor sinala que a pesar de que o precepto legal é moi claro en canto a que se trata dunha adquisición de servidume de paso por usucapión durante vinte anos, que se comezará a contar desde o momento en que empezara a exercitarse, suscitou dúbidas sobre todo na práctica do foro e fai unha serie de

¹⁶ CORES TRASMONTE, B., ob. cit., páxina 220.

¹⁷ MOURE MARIÑO, P.: «Comentario ó Título III: Dereitos reais», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxina 161.

diferenciacións sobre situacións de feito que poden producirse. Así, no caso de que se trate dunha finca encravada entre outras e que accede ó camiño público sobre o predio que lle facilita o camiño máis curto ou por onde causa menos danos, se á entrada en vigor da lei xa transcorreran 20 anos o uso consolidouse. Sen embargo, se o dono do predio dominante puidera acceder ó camiño público construíndo unha rampla ou de calquera outra forma, o feito de ter utilizado o predio do veciño non supón a adquisición do seu dereito por usucapión, posto que se trata dun acto simplemente tolerado, ademais de ser un paso de comodidade e non de utilidade.

Os artigos seguintes non presentan cuestións conflictivas na doutrina por coincidir no seu tratamento ordinario, tanto no relativo ó modo de exercitarse a servidume que deberá supoñer o menor prexuízo para o dono do fondo servente e satisfacendo as necesidades do dominante. Así como que os donos dos respectivos fondos non poderán alterar unilateralmente as condicións da servidume, causas de extinción, das cales a máis importante é a do non uso durante 20 anos. O feito da imposibilidade de usa-la servidume durante o mesmo prazo non a extingue sen máis, o mesmo por falta de utilidade.

O artigo 30, agora en relación coas serventías, establece que *«o paso que se efectúa sobre un terreo que non teña carácter público e do que non conste o dominio ou a identidade individualizada dos que o utilizan será considerado serventía ou servicio, calquera que fose o que cada un dos usuarios ou causantes cedera para a súa constitución ou establecemento»*.

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en referencia ó tema e nos momentos previos á vixencia da Lei 4/95 nun auto de data do 22 de xullo de 1994, distinguiu entre servidume e serventía, facendo fincapé en que a xurisprudencia do Tribunal Supremo pon indiscutiblemente de manifesto a vixencia dunha institución non compilada como a serventía, norma consuetudinaria integrante do ordenamento xurídico de Galicia e noutro momento do auto se sinalase que *«onde hai ou houbo agro, agra ou vilar e uso continuo, aí presúmese serventía, camiño realmente consubstancial á agra»*.

A serventía diferénciase da servidume en que esta é un dereito real sobre cousa allea mentres que a primeira é un dereito real sobre cousa propia, ó menos en parte porque nela tódolos titulares cederon parte do terreo por onde discorre a serventía ou servicio.

A orixe histórica da serventía quizais fóra o agra como forma de comunidade xermánica¹⁸, pero tamén se dá noutros supostos nos que dis-

¹⁸ MOURE MARIÑO, P., «Comentario ó Título III: Dereitos reais», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxinas 171 e ss.

tintos propietarios cerran o agra ata a recollida da colleita cedendo cada un unha franxa do seu predio para o servicio de todos.

A serventía nace cando os titulares de varias fincas rústicas contiguas, para unha mellor explotación, nunha zona con condicións semellantes de explotación, as dedican ó mesmo cultivo e cada un dos propietarios das fincas lindantes, cede, case sempre pola cabeceira ou por onde sexa máis beneficioso para todos unha franxa de terreo para o paso das persoas, animais e carros, o que constitúe a serventía de agra que recolle o artigo 31 da Lei 4/95.

Non obstante, sexa cal for a súa orixe, actualmente a serventía é unha institución que abarca máis que o dito ata agora, e que tal como sinala Freire Santos¹⁹ a serventía é un camiño que pasa por terreos de propiedade particular e que utilizan os habitantes doutras fincas para comunicarse cos públicos. A serventía só se refire a camiño privado ó servicio común dos propietarios lindantes, sen requirir-la existencia dun predio dominante e outro servente, consubstanciais á servidume, e na que os propietarios só teñen o dereito a usar, aproveitar e posuír en común, sen que sexa concibible o dereito individual a pedi-la súa extinción, pero tampouco pode ser pedida a declaración da súa existencia, pois a serventía non constitúe un dereito individual do titular dun predio dominante, segundo se deduce por exemplo da Sentencia da Audiencia Provincial de Pontevedra do 8 de febreiro de 1996.

No caso que se resolve pola sentenza comentada por M^a Freire Santos, a Audiencia da Coruña entende que, non se dan os requisitos para apreciar-la existencia de unha serventía pois «no se trata de un camino perteneciente a los colindantes que sirva de comunicación con un camino público, pues la pericia ha puesto de relieve que la senda... termina precisamente en la finca de los demandados, que está cerrada con muros, sin continuidad hacia otras fincas ni comunicación con camino público». A autora do comentario conclúe que aínda que o normal é que a serventía pola súa propia configuración require unha comunicación das fincas con camiño público, o que parece deducirse da sentenza comentada, non é menos certo que non sempre ten que ser así, pois pode darse o caso de que termine nalgunha das fincas á que da acceso sen continuidade posterior.

O artigo 31 establece a presunción de serventía se as fincas forman ou formaron parte do agra, agra ou vilar e se se proba o uso continuo, isto ¿que pode significar?, ¿que se trata dunha presunción *iuris et de iure*?, é dicir, que bastará con que o que a alega probe que se trata dunha senda que discorre por un agra ou vilar e que o uso é continuo para que xa non

¹⁹ FREIRE SANTOS, M.: «Comentario a la Sentencia de 8 de Enero de 1997 de la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de la Coruña», en *Dereito* Vol. 6. N^o 1: 291-304, páxina 300.

se poida opoñer nada a isto. Resístome a crelo, entre outras cousas porque cando o lexislador acolle unha presunción dese tipo soe dicilo expresamente e, ademais, porque a parte contraria podería alegar outro tipo de posesión, que quedaría carente de tutela de admitirse a realidade da presunción *iuris et de iure*.

Por último, nesta materia, o artigo 32 sinala que o exercicio do paso para a realización das faenas agrícolas realizarase de acordo co costume, pero o que cambiase o uso respecto á xeneralidade non poderá realizar, mentres non se recollan as colleitas, outro paso que o dea a pé polo lugar onde non cause prexuízo para outros. Parece que este artigo establece unha sanción distinta que o 23, en sede de agra, agro ou vilar, que establecía que o que cambie o cultivo responderá polos danos e perdas. Creo que hai que entender que non hai contradicción entre eles senón que se complementan, é dicir ademais dos danos e perdas (que temos que entender que como sempre haberá que probalos) se os houbese, só poderá utiliza-lo paso por onde non cause prexuízo ós demais.

No artigo 33, en materia de relacións de veciñanza, a Lei regula o cómaro, ribazo ou arró e os muros de contención de fincas lindeiras situadas a distinto nivel ou terrazas, establecendo unha presunción de que forman parte do predio situado no plano superior.

Temos de entender que tódolos elementos citados no dito artigo son de separación de fincas e que cando estean a niveis distintos se presume que pertencen ás fincas do plano superior, presunción unha vez máis que a noso xuízo só pode ser *iuris tantum* porque se o que levantou o muro pode probar que foi el e só el quen correu cos gastos, sería inequitativo que se lle adxudicase o do plano superior se non colaborou nos gastos, aínda que como dicía Castelao nunha das súas viñetas, «*pregue-mos para que Deus nos libre da xustiza*».

Para concluír coas institucións reguladas neste título, é preciso facer unha referencia á regulación do chamado retracto de graciosa. Xa entre as conclusións da sección IV «Castro Bolaño» do I Congreso de dereito galego, outubro de 1972, a VIII, recollía a necesidade de que se «*reconozca y regule el llamado retracto de graciosa, o de gracia, a favor del deudor ejecutado sobre los bienes adjudicados al acreedor o a un tercero, en trámite de ejecución judicial o de autoridad competente, que constituyan o formen parte del patrimonio familiar agrícola*».

Esta necesidade sentida por unha parte da doutrina, e negada pola outra, incorporouse no artigo, que efectivamente sinala que: en tódolos casos de execución patrimonial sobre bens de natureza agraria, o debedor executado que tivese a condición de profesional da agricultura poderá retraer definitivamente os bens adxudicados no prazo de trinta días a partir da data de notificación da adxudicación, mediante o pagamento do prezo e gastos de lexítimo abonamento. O organismo que fixo a ad-

xudicación a notificará ó debedor dentro do terceiro día, e desde este momento iníciarase o cómputo do prazo para o exercicio da acción contractual.

Con respecto á regulación desta figura nova (non se encontraba na Compilación do 63. Bello Janeiro²⁰ sinala que con ela se permite que polo mesmo prezo de adxudicación, calquera profesional da agricultura poida recupera-la propiedade que lle tivera sido embargada e obxecto de poxa pública, no prazo de 30 días «con isto trátase de impedi-la realidade diaria de embargos e adxudicacións de fincas por unha cantidade moi inferior ó seu valor real».

O citado autor sostén que non obstante se trata dunha figura que por non ter arraigo no dereito actual é de difícil acomodo ó texto constitucional que no artigo 149.6 declara que o Estado ten competencia exclusiva sobre a lexislación procesual, sen prexuízo das necesarias especialidades que nesta orde se deriven das particularidades do dereito substantivo das comunidades autónomas.

Creemos que neste punto hai que sinalar de novo que o dereito civil foral de Galicia existente trala vixencia da Constitución non é só o compilado como moi ben sinala a propia Compilación do 63. Desta forma, se o dito retracto se veu exercitando por vía consuetudinaria e sobre todo é recollido polos tribunais como costume con tódolos seus requisitos o lexislador galego puido perfectamente estende-las súas competencias obxectivas ó recolle-la institución. Agora ben, dado que esta institución participa na súa esencia tanto do dereito procesual como do puramente civil, Rebolledo Varela²¹ considera a súa inclusión na LDCG como a máis conflictiva da lei, entre outras razóns pola súa dubidosa constitucionalidade. Por outra parte, sinala este mesmo autor que a súa inclusión resulta especialmente sorprendente, tendo conta que tódolos grupos parlamentarios do momento postularon a súa supresión.

O título IV: contratos. No capítulo I deste título contense a regulación dos arrendamentos rústicos. Este capítulo tamén é novidade con respecto ó dereito compilado anterior. A súa inclusión xustifícase pola necesidade de adapta-la normativa á realidade social de Galicia que chocaba coa lexislación estatal en materia de arrendamentos rústicos. O dereito non escrito no país galego desde antigo estivo presidido por princi-

²⁰ BELLO JANEIRO, D.: «O desenvolvemento do dereito civil de Galicia no tráfico xurídico moderno», en *REGAP*, Abril de 1997, páxinas 56 e 57

²¹ REBOLLEDO VARELA, A. L.: «O contrato de vitalicio na Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxina 220.

prios coma o da liberdade negocial e por iso dificilmente podía acomodarse á rixida lexislación proteccionista estatal.

Por iso xa desde as disposicións xerais se declara que os arrendamentos rústicos se rexerán en primeiro lugar polos pactos establecidos entre as partes, no seu defecto polas normas da lei e a falta delas polos usos e costumes.

Se se pactou un destino para a finca arrendada, non se poderá modificar unilateralmente pero a falta de pacto destinarase ó uso que tivese a finca no momento do arrendamento. Igualmente a renda será a libremente pactada, e poderase convir en qué consistirá a renda, o mesmo ocorre coa duración do contrato que será a que se pacte e, no seu defecto, será de dous anos agrícolas. Non se poderá cede-la finca nin total nin parcialmente sen consentimento do arrendador.

En canto ás melloras, corresponderanlle ó arrendador as necesarias e as extraordinarias, podendo realiza-las útiles calquera dos dous. Os tributos de carácter real correspóndenlle ó arrendador que poderá repercutilos ata a metade cando se xeraran despois da entrada en vigor do arrendamento.

A extinción producírase polas seguintes causas: chegada do prazo, por perda ou expropiación da finca e por morte ou invalidez do arrendatario, a salvo os dereitos dos herdeiros ou familiares que convivisen con aquel e colaborasen na explotación.

Tamén poderá resolverse o contrato a instancia do arrendador polas seguintes causas: falta de pagamento, non respecta-lo destino, non explota-la finca durante ó menos dous anos, grave incumprimento das obrigas pactadas, danos causados culposa ou dolosamente, subarrendo ou cesión in consentida. Cando o arrendador non sexa propietario o arrendamento resolverase cando o faga o dereito do arrendador, pero subsistindo o arrendamento ata a fin do ano agrícola.

Tamén se lle concede ó arrendatario os dereitos de adquisición preferente por vía de tenteo e de retracto, nas alienacións a título oneroso co prazo de 30 días nun e outro caso desde a notificación, ou desde que se tivo coñecemento da alienación sen terse cumprido os requisitos.

A continuación efectúase a regulación do arrendamento do lugar acasado. A casa patrucial e o lugar acasado constitúen normalmente o patrimonio familiar que os ascendentes queren que permaneza indiviso. Por iso soen deixarlla ó patrucio ou vinculeiro mediante a mellora do tercio e quinto. A súa principal característica é a súa indivisibilidade, por iso soe ir unida á mellora de labrár e posuír, costume que naceu para protexe-la casa e o patrimonio familiar, ó lado doutro arraigado costume de casar para casa un dos fillos que se convertería en patrucio.

O artigo 50 da comentada lei dinos o que se debe entender por lugar acasado que se compadece coa tradición antecitada. Así, entenderase

por lugar acasurado: o conxunto que, formando unha unidade, comprende a casa de labor, edificacións, dependencias e terreos, aínda que non sexan lindantes. Inclúe, así mesmo, toda clase de gando, maquinaria, apeiros de labranza e instalacións que constitúan unha unidade orgánica de explotación agraria, forestal ou mixta.

Polo tanto, poderase arrendar todo o conxunto que se entende por lugar acasurado, como xa se viña facendo consuetudinariamente, pero agora a lei fixa un prazo mínimo de duración que é de cinco anos, salvo denuncia fidedigna do arrendatario ó arrendador con máis de seis meses de antelación á data que desexe abandonar-lo arrendo. O prazo de duración só se poderá prorrogar por acordo expreso ou tácito das partes. Durante o arrendamento o arrendador non poderá excluír ningunha das fincas ou demais elementos que o integran.

Así mesmo terá este arrendatario os dereitos de tenteo e de retracto que serán preferentes fronte a calquera outro salvo o de coherdeiros e o de copropietario. O caseiro que tivese exercido o seu dereito por trinta anos ou máis poderá adquirir-lo lugar a prezo de mercado, a falta de acordo fixarao o xuíz.

Unha curiosidade da lei é o artigo 56 que di que *«cando o arrendamento teña por obxecto exclusivamente unha explotación gandeira xa preexista ou un aproveitamento forestal, sexa nun monte veciñal en propiedade colectiva ou noutro monte calquera, rexerese polos pactos libremente acordados entre as partes polas súas normas específicas, se as houberse, e, no seu defecto, polas normas do dereito civil estatal»*. Dicimos que resulta curioso o contido do artigo e isto tanto polo defecto de sistemática, xa que non se comprende a súa inserción na sección do arrendamento de lugar acasurado, salvo que se presuma que a explotación gandeira ou forestal comprenda un casal destinado exclusivamente a unha explotación das citadas, tanto e canto porque fai referencia á explotación forestal, entendo eu, á existente nun monte veciñal en propiedade colectiva e xa coñecemos o seu particular réxime sobre todo en canto ó seu aproveitamento.

Se o que quere o lexislador é referirse a unha explotación pecuaria ou forestal sen máis, cando menos a norma é certamente estraña, xa que remite en primeiro lugar para o seu réxime ós pactos entre as partes, ás normas específicas se as houberse, e no seu defecto, polas do capítulo I do título V.

Cremos que o precepto parece innecesario, posto que xa nas disposicións xerais se di que tódolos arrendamentos se rexerán en primeiro lugar polos pactos entre as partes, no seu defecto polas normas do presente capítulo e por último polo costume, o único que engade o artigo 56 é o relativo ás normas específicas cando as houbera que temos de supoñer que se refire ás dos montes en propiedade colectiva, co cal a remisión tamén sería innecesaria, por obrigatoria.

Os arrendamentos rústicos históricos réxense como xa vimos pola Lei da Comunidade Autónoma de Galicia 3/1993 do 16 de abril, á que se remite a Lei 4/1995 na súa disposición adicional 2^a.

Como sinala Lorenzo Merino²² a regulación que a lei 3/1993 fai deste tipo de arrendamentos así como das parcerías, responde á necesidade de ordenar e lexisla-lo dereito consuetudinario vixente e ás súas fontes nesta materia, máxime cando se tiña producido unha lei estatal na mesma materia (arrendamentos rústicos históricos) de xeral aplicación e con carácter supletorio na lexislación foral.

Con respecto ás fontes, o mesmo autor sinala que a disposición adicional 2^o declara que no non regulado pola lei autonómica aplicárase o disposto no Código civil e na Lei de arrendamentos rústicos de 1980, de maneira que se antepón o dereito común xeral do código ó especial de arrendamentos, e ademais esquecese a lei estatal máis específica tal é a de arrendamentos rústicos históricos que á súa vez se declara supletoria da lexislación foral.

O capítulo II do título que analizamos regula a institución da parcería. Cando nos ocupamos no presente traballo da regulación da parcería na Compilación de 1963, xa fixemos unhas consideracións moi xerais sobre a institución, por iso agora o que cómpre é examina-las diferencias entre o citado texto e a Lei 4/1995 da Comunidade galega.

En primeiro lugar obsérvase un cambio en canto á prelación das normas polas que se ha de rexe-la parcería, posto que na compilación se dicía que haberían de rexerse polo pactado (título constitutivo), e no non previsto por el, polas normas da compilación, ámbolos dous se interpretarán de acordo co costume do lugar. Pola súa parte a lei nova no seu artigo 57 di que se rexerán polo título de constitución e no non previsto por el, polos usos e costumes locais e, no seu defecto, polas normas deste capítulo, antepoñendo, así, o costume ás normas da lei.

En canto á forma, ambos textos recoñecen a liberdade de forma, e é facultativo de calquera das partes o pedir que se encha a forma escrita.

Respecto ó prazo de duración, ámbalas dúas leis permiten que se fixe polas partes e, se non se fixera así, entenderase que durará dous anos, finalizando para a Lei 4/1995 o día que determine o costume do lugar, mentres que a compilación enumeraba algúns días típicos de distintas comarcas, como San Silvestre, San Martiño e San Miguel, é dicir tamén costumes locais. Tamén se recollen nos dous textos a tácita recondución cada dous anos, e é este prazo de tres meses para a aparcería pecuaria.

²² LORENZO MERINO, F.: «A contratación na Lei de Dereito Civil de Galicia. O arrendamento rústico», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992, páxinas 256 e ss.

En canto ás obrigas do cedente na lei comentada suprímese a de realiza-las obras extraordinarias necesarias para conserva-la explotación, que incluía a compilación.

Tamén se limitan as obrigas do aparceiro, e suprimíanse as regras terceira, cuarta, sétima e oitava relativas respectivamente a, notificación ó cedente da necesidade de reparacións así como das usurpacións e menoscabos producidas ou que se preveñan na explotación, realiza-las reparacións ordinarias etc, satisfácese a súa parte nos tributos e primas de seguros, e, finalmente permitirle ó parceiro entrante o uso das dependencias así como os labores de preparación do ano agrícola seguinte.

Para a extinción da parcería redúcense as causas a dous das oito que contemplaba a compilación, que agora quedan: o cumprimento do prazo e as súas prórrogas, e a perda da finca cedida. As demais que contemplaba o artigo 63 da compilación pasan a ser causas de resolución, salvo o mutuo disentiemento, e a morte do parceiro. Respecto a esta última o artigo 65 da Lei 4/1995 sinala que non extinguirá a parcería, ó igual que non a fará desaparecer, tampouco, a inutilidade permanente do parceiro.

Polo que respecta ás obras, tanto o cedente como o parceiro quedan suxeitos ás obrigas que neste sentido se establece nas disposicións xerais do título para arrendador e arrendatario.

En canto á parcería agrícola, regúlase igual en esencia en ámbolos dous textos coa única novidade de recoñecer que este contrato se poderá asinar entre varios titulares de fincas rústicas ou con terceiros sempre que se comprometan a repartir entre si os produtos por partes alícuotas.

Polo que se refire á parcería de lugar acasado, distribuído o articulado doutra maneira e con outra sistemática a regulación non difire en esencia nun e outro texto legal. Igualmente non se aprecian diferencias sensibles entre a regulación da compilación e a Lei 4/1995 en materia de parcería forestal.

Unha novidade da lei en materia de contratos é a que constitúe o chamado vitalicio. Esta é unha figura recollida por primeira vez na lei que comentamos. A ela xa se refería o I Congreso de dereito galego, que nas conclusións da sección IV Castro Bolaño, a VI dicía que «1. *por tratarse de una institución distinta de la de renta vitalicia, pedimos que la Compilación revisada reconozca y regule la costumbre arraigada en Galicia conocida con el nombre de o Vitalizo, o sea el contrato que se otorga por persona que, careciendo de herederos forzosos conviene con terceros la transmisión de bienes a éstos a cambio de su convivencia o cuidado y asistencia en salud y en enfermedad, y de cualquier otra obligación que se una a estas principales.* 2. *Igualmente pedimos que esta institución dado su carácter cuasi-familiar, y dados los escasos recursos económicos que generalmente poseen los contratantes, no sea asimilada a efectos fiscales al contrato de renta vitalicia, sino al de compraventa o a otro que,*

por la entidad de su tributación no sea tan gravoso que la haga escapar de su documentación escrita».

A Lei 4/1995 no artigo 95 recolle o concepto do vitalicio, ó sinalar que polo contrato de vitalicio unha ou varias persoas se obrigan, respecto a outra ou outras, a prestar alimentos na extensión, amplitude e termos que conveñan a cambio da cesión ou entrega de bens polo alimentista.

En todo caso, a prestación alimenticia comprenderá o sustento, a habitación, o vestido e a asistencia médica do alimentista, así como as axudas e cuidados, incluso os afectivos, adecuados ás circunstancias das partes.

Este concepto de vitalicio acollido na citada lei correspóndese co mesmo que a xurisprudencia do Tribunal Supremo viña sostendo, aínda afirmando que o dito contrato non estaba expresamente recollido no Código civil, pero que era perfectamente posible dentro do marco do principio da autonomía da vontade recollido no artigo 1255 do dito código.

Non podemos negar-las evidentes similitudes entre o contrato de vitalicio e a renda vitalicia, o que levou a non poucos autores a soste que se trata de dúas modalidades do mesmo contrato, cando non ó mesmo contrato con algunhas variacións²³. A diferenza esencial entre ambos contratos podería estar en que na renda vitalicia, a renda ou pensión fixa e determinada, mentres que no vitalicio é esencialmente variable en atención ás concretas circunstancias do alimentista, tales como sustento, habitación, etc.

No punto á súa natureza xurídica a cuestión céntrase en se se trata dun contrato real ou consensual. O artigo 95 da Lei 4/1995 parece decantarse pola consideración de contrato consensual ó sinalar que polo mesmo dúas ou máis persoas se obrigan fronte a outras, configurándoo como unilateral, pois del xorden obrigas unicamente para o cesionario. É tamén un contrato oneroso pois obrígase ó cesionario a pagar unha pensión a cambio da cesión duns bens determinados.

O artigo 96 establece que as normas do vitalicio aplicaráselle a todo contrato que teña as características sinaladas na súa regulación calquera que sexa a denominación que se lle dea. O contrato deberá formalizarse en documento público.

Estamos de acordo en que esta importante institución incorporada á lei galega comentada é escasamente regulada ou o que é o mesmo quedan importantes cuestións relativas a ela que non se contemplan, tal como sinala Rebolledo Varela²⁴, polo que e de acordo co sistema de fontes da lei galega, no seu defecto e do costume aplicaranse as normas do

²³ BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, J.: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, páxinas 128 e ss.

²⁴ REBOLLEDO VARELA, A. L.: «O contrato de vitalicio na Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia», ob. cit., páxinas 282 e ss.

Código civil en canto sexa posible, pois xa sinalamos aquí as evidentes diferencias entre o vitalicio e a renda vitalicia.

Respecto das obrigas das partes, os artigos 97, 98 e 99 son os que as determinan e o primeiro deles dinos que a obriga do alimentista subsiste ata que morra, salvo pacto en contrario e que será transmisíbel ós seus herdeiros ou legatarios.

O artigo 98 permite que o cesionario pida a resolución do contrato en calquera tempo, trala notificación con seis meses de antelación, pero terá dereito á metade das ganancias obtidas co seu traballo.

Pola súa parte o alimentista poderá rescindi-lo contrato por incumprimento grave das obrigas do obrigado a paga-la pensión, por conducta inxuriosa ou vexatoria do cesionario, en todo caso coa obriga de indemniza-los gastos ocasionados que poderán ser compensados cos froitos percibidos.

O título VI da Lei de dereito civil de Galicia de 1995, que estamos comentando, versa sobre a compañía familiar galega. Este título trasládase da Compilación de 1963 con algunhas modificacións pouco significativas e polo tanto non se considera preciso neste traballo engadir nada máis ó xa exposto ó comenta-la dita compilación.

Pola súa parte, o título VII aborda a regulación do réxime económico familiar. Este título é novidade introducida pola Lei 4/1995. O capítulo I contén un único artigo cunha disposición xeral relativa ó réxime económico matrimonial, establecendo o mesmo sistema que o Código civil, é dicir o réxime de gananciais, cando os cónxuxes non elixiran outro en capitulacións matrimoniais, e, tendo en conta que ningún réxime se regula na lei citada; temos de concluír que nesta materia son de aplicación as súas normas no Código civil.

O capítulo II contén tamén un só artigo relativo ás capitulacións matrimoniais, e, en diversos artigos da lei alude a elas, pero non fai por tanto unha regulación delas, pois o que o artigo 113 contén é ó meu xuízo puramente testemuñal. O citado artigo di que as capitulacións matrimoniais poden outorgarse ou modificarse antes ou durante o matrimonio, pero necesariamente en escritura pública ou en transacción xudicial que poña fin a calquera procedemento de separación, divorcio ou nulidade.

Poderán conter calquera estipulación relativa ó réxime económico, familiar e sucesorio, sen máis limitacións que as derivadas do establecido nesta lei. A transacción xudicial é unha novidade respecto ó dereito común, entendendo por esta calquera acordo das partes que poña fin a un litixio de separación divorcio ou nulidade que recaia sobre o réxime económico familiar e sucesorio, nos termos que sinala o citado artigo 113 da lei galega, ademais de calquera outras disposicións por razón do matrimonio pola aplicación supletoria do Código civil artigo 1.325 e ss.

O capítulo III leva a rúbrica de doazón por razón do matrimonio. O artigo 114 dinos que son doazóns por razón do matrimonio as que se fan por causa deste, antes ou despois de celebrado, entre noivos ou cónxuxes ou por terceiras persoas a favor de calquera daqueles. Poderán comprender bens presentes e futuros, e incluso para caso de morte, en igual medida que a fixada para a sucesión testada.

Como se ve a regulación é ben diferente do Código civil onde as doazóns por razón do matrimonio se regulan a partir do artigo 1336 que nos di que as doazóns por razón do matrimonio as poderá facer calquera antes da celebración e por consideración do mesmo. Polo tanto a novidade está na lei galega en que poderán celebrarse antes e despois do matrimonio.

Estas doazóns serán irrevogables salvo por incumprimento de cargas expresamente impostas, tamén aquí se modifica o réxime do Código civil, xa que neste as doazóns por razón de matrimonio se revogaran polas causas xerais de revogación das doazóns salvo polas de supervivencia ou sobrevenencia de fillos, é dicir na lei galega non se reconece fronte ó dereito común a revogación por ingratidade do donatario.

As doazóns por razón do matrimonio quedarán sen efecto na lei galega se o matrimonio non se contrae no prazo dun ano ou desde que sexa declarado nulo. Se se producira separación ou divorcio, a ineficacia só se producirá respecto do cónxuxe culpable.

O título VIII, un dos máis transcendentais da lei, ocúpase do dereito de sucesións. O precepto que contén o primeiro artigo deste título dispón que a delación sucesoria pode ter lugar por testamento, por lei e polos pactos sucesorios regulados nesta lei, e son compatibles entre eles. Polo tanto, con respecto ó dereito común a novidade é que en virtude de pacto ou acordo entre as partes se pode produci-la delación sucesoria, é dicir en virtude de contrato, pero non de calquera pacto senón soamente os regulados na Lei 4/1995.

A citada lei só regula catro tipos de pactos sucesorios, a saber: o usufructo voluntario de viuvez, o pacto de mellora, o dereito de labrar e posuír, e a apartación, non obstante o pacto de mellora e o dereito de labrar e posuír son parte da mesma institución que é a mellora, polo que se poderían ter reconducido a tres.

O primeiro Congreso de dereito galego que tivo lugar en 1972, entre as conclusións da sección IV «Castro Bolaño», a IV versaba sobre o usufructo universal ou total do cónxuxe viúvo, para o que se pedía a súa inclusión nunha posible reforma da Compilación de 1963²⁵, petición

²⁵ «Quinta sesión» das conclusións do primeiro congreso de dereito galego, A Coruña 1972, emitidas pola sección Castro Bolaño, IV, no *1 Congreso de Dereito Galego*,

avalada pola maioría da doutrina entre os que podemos citar a Abraira Lopez²⁶.

O usufructo voluntario de viuvez, régúlese como un pacto, que pode ser recíproco ou unilateral, entre os cónxuxes para concederse o usufructo universal de viuvez. Se é recíproco poderá facerse en testamento conxunto, en escritura pública ou en capitulacións matrimoniais. Se é unilateral a diferenza é que poderá ademais facerse en calquera clase de testamento. Este pacto será revogable, pero se se fixo reciprocamente, a revogación haberá de notificárselle á outra parte no prazo de dez días seguintes á data de revogación.

En canto á sistemática da lei non parece ser demasiado acertada, posto que ó lado do verdadeiro pacto sucesorio, escritura pública e capitulacións, pon tamén o testamento como medio para producirse o usufructo universal viudal que como sabemos non é un acordo entre partes, senón un negocio unilateral²⁷.

Polo demais a lei galega recolle na súa regulación as conclusións do citado Congreso de dereito galego, pois configúrao como un dereito familiar, inalleable, aínda que tamén será revogable en vida dos cónxuxes e viúdo que goce do dereito de que falamos terá as obrigas propias de todo usufructuario en dereito común.

Do pacto de mellora dinos a lei galega que será válido o pacto ou contrato sucesorio no que se conveña a mellora a favor de calquera dos fillos ou descendentes, sen máis limitacións que o respecto ós dereitos dos lexitimarios, deberá realizarse entre maiores de idade e poderá delegarse a facultade de mellorar entre cónxuxes mediante capitulacións matrimoniais.

Libro del I Congreso de Derecho gallego, Ed. Comisión Ejecutiva do I Congreso de dereito galego, Colexio de avogados, Palacio de Justicia da Coruña, A Coruña, 1974, páxinas 541 e 542: «*Previa: Pedimos que esta institución se reconozca y regule en la Compilación según los siguientes principios y norma. Primera.- El usufructo universal o total de viudedad es una institución viva. Mediante él se quiere conservar indiviso el patrimonio familiar hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite y evitar la disolución familiar así como garantizar la autoridad e independencia de su posición económica. Segunda.- Su naturaleza es genuinamente familiar. Tercera.- El derecho de usufructo universal o total es inalienable. Cuarta.- Los derechos del cónyuge usufructuario se configuraranparalelamente al poseedor de buena fe. Quinta.- Las obligaciones del usufructuario o usufructuaria serán las propias de un buen padre de familia. Sexta.- la extinción del usufructo se produce por renuncia, por nuevas nupcias salvo pacto o disposición en contrario o por falta grave a los deberes familiares*».

²⁶ ABRAIRA LÓPEZ, C.: *El Derecho Foral Gallego*, ob. cit., páxina 105: «*Respecto a Galicia, es innecesario, por demasiado sabido, justificar el amplio usufructo viudal fundándolo en que la asignación al cónyuge supérstite sólo entraña ventaja para el receptor, en aras a persistencia del patrimonio familiar; el viudo recibe el beneficio, en función conservadora de la totalidad y que abarca incluso los bienes propios del viudo*».

²⁷ GUTIÉRREZ ALLER, V.: «*Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*», en AA.VV.: *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Ed. Parlamento de Galicia - Asociación Revista Xurídica Galega, páxina 365.

Trátase dun pacto ou contrato «inter vivos» para producir efectos á morte dun dos contratantes polo que o mellorante conserva a propiedade dos bens en que consista a mellora durante a súa vida, o que non significa que o mesmo poida incumpri-lo contrato baleirándoo de contido alleando aqueles e polo tanto desaparecendo a mellora ou reducíndoa etc. Este contrato de acordo coas regras xerais debe ser cumprido e non é posible en principio revogalo unilateralmente.

En canto á posibilidade de delega-la facultade de mellorar, hai que entender que se trata dunha delegación para despois da morte do delegante, porque como sabemos as capitulacións matrimoniais pódense modificar en calquera momento, e polo tanto é de supoñer que o cónxuxe que delegara, durante a súa vida poderá exercer por si mesmo o dereito de pacta-la mellora.

Respecto ó dereito de labrar e posuír, xa sinalamos que é unha forma de pacto de mellora, pero referente a uns bens concretos, un lugar ou unha explotación agrícola e como novidade da lei galega respecto da Compilación de 1963, unha explotación ou establecemento fabril, industrial ou comercial.

A regulación que fai a Lei 4/1995 do dereito de labrar e posuír é practicamente igual á da compilación, coa novidade xa citada e o establecido no n.º. 2 do artigo 132 respecto do mellorado por un pacto de mellora que morre antes que o mellorante, ó deixar descendentes, os cales lle sucederán na mellora, pero o mellorante poderá elixir a un como sucesor se o premorto non o tivera feito.

O último dos pactos sucesorios que se contemplan na lei que comentamos é o das apartacións. Esta inclusión foi unha das aspiracións do *I Congreso de dereito galego*, o artigo 134 dinos que poderá adxudicarse en vida a plena titularidade de determinados bens de calquera clase, sen ningunha excepción, a quen teña a condición de lexitimario do adxudicante no momento da adxudicación, quedando este totalmente excluído de tal condición de lexitimario con carácter definitivo, calquera que sexa o valor da herdanza no momento de deferirse.

A apartación vincula ó apartado e ós seus sucesores e lexitimarios. A apartación precisa a plena capacidade de disposición dos intervinientes e farase en escritura pública. Menéndez-Valdés, ó trata-lo tema en traballo presentado no xa tantas veces citado *I Congreso de dereito galego*, cara a unha achega interesante a noso xuízo, en canto que consideraba a apartación desde unha perspectiva moito máis ampla, pois tamén comprendía a que poderían facer uns irmáns, fundamentalmente o mellorado, respecto da lexítima doutro ou outros²⁸, e, respecto do «apartamento» do

²⁸ MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: «Algunhas suxerencias ao Congreso de Dereito galego», en AA.VV.: *I Congreso de dereito galego*, ob. cit., páxinas 601 a 604; onde manifesta

pai respecto dun fillo entende que aínda que legalmente non é posible debería de estudiarse a posibilidade de incluíla na posible reforma á que se procedese. Como vemos na lei galega só se comprende o apartamento dos lexitimarios do adxudicante.

O capítulo III deste título regula a sucesión testada, e a súa sección 1ª contén as disposicións aplicables ó testamento aberto notarial. O artigo 136 da lei dispón que:

«O testamento aberto poderá ser individual, conxunto ou por comisario.

O testamento aberto outorgarase ante notario, sen que sexa necesaria a presenza de testemuñas, salvo nos seguintes supostos:

a) Cando o solicite o notario ou o propio testador.

b) Cando o testador sexa cego, demente en intervalo lúcido ou non saiba ou non poda ler ou escribir.

Nos supostos indicados requírese para ser testemuña unicamente ter plena capacidade xurídica. E terán que ser dúas polo menos».

A regulación que a lei galega fai do testamento aberto notarial é ben distinta da regulación do testamento aberto que se regula no Código civil, posto que se permite o conxunto e por medio de comisario.

O testamento conxunto regúlase na sección 2ª, con respecto a esta forma de testamento, sinalar que historicamente en España era unha práctica antiga nos distintos reinos tamén con diversas fórmulas denominadas «pactos de unidade», «de benefactoría», «de metade» etc.²⁹

É desde a baixa Idade Media cando podemos dicir que se contraponen as posicións, ó seren favorables os territorios que hoxe chamamos aforados e negativa en Castela-León. Ó chega-la codificación optouse pola prohibición do testamento conxunto no artigo 669 do Código civil

que «na montaña galega son escepcionás as partixas; o común e que o mellorado vaia «apartando» aos seus irmaos, dandolles en diñeiro o que de mutuo acordo coidan ser o valor dos seus dereitos. Tamén pode ser que non se trate do mellorado, sinón de outros heredeiros ou incluso estanos, que adquiren a cuota hereditaria antes de cesar na indivisión, cando un heredeiro quere emigrar, ou se desentender da casa por calqueira motivo, e o mellorado non está en condicións de lle pagar ou non dá o que se pretende. O retracto de coheredeiros establece unha limitación á intromisión de estranos no patrimonio familiar».

Respecto do apartamento en vida dos pais dun fillo sinala: «Sería cousa a estudar a posibilidade de admitir que un fillo se poda «apartar» en vida dos pais, xa co que lle dean ístes, xa co que le dea o mellorado. E unha finalidade que moitas veces se pretende acadar, aínda que legalmente no é posible. Os pais dotantes, queren «apartar» ao dotado; os pais ou o mellorado que lle dan unha cantidade ao que se quere establecer na cidade, ou poñer un negocio, tamén teñen tal pretensión (e o propio favorecido tamén) xa que lle entregan diñeiro equivalente á súa lexítima, ou tal vez máis. Pero como ise diñeirosigue perdendo valos, resulta que cando chegue o tempo de facer a partixa ou liquidar as lectímas, aínda hai que lle dar máis».

²⁹ NAGORE YARNOZ, J.: «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho Privado foral de Navarra», en AA.VV.: *Libro Homenaje a Mariano Alonso Lambán*, Zaragoza, 1972, páxinas 7 e ss.

e García Goyena³⁰ sinalaba que se o dito testamento se podía revogar era tanto como «violar la regla de la reciprocidad» e se era irrevogable isto supuña cambia-la natureza propia de todo testamento e convertelo nun negocio puramente contractual.

Nos distintos réximes forais pódese sinalar que en Aragón segue vixente, Biscaia e Álava a pesar de telo tido vixente durante moito tempo a súa compilación non o recolle, Navarra si o recolle, a compilación catalana tampouco o recolleu.

Entre os autores favorables ó recoñecemento desta forma testamentaria e á inclusión do testamento conxunto na compilación podemos sinalar a Alberto Casal Rivas e a Abraira Lopez entre outros moitos³¹.

O certo é que a Lei 4/1995 galega incluíu este tipo de testamento, cunha forma que ha de ser en testamento aberto notarial, e o poderán outorga-los cónxuxes galegos aínda fóra de Galicia. O dito testamento é revogable por ambos cónxuxes conxuntamente ou por separado neste último caso deberá facerse en vida do outro cónxuxe e producirá a ineficacia das disposicións reciprocamente condicionadas. A dita revogación haberá de facerse en testamento notarial aberto e deberá serlle notificada polo notario ó outro cónxuxe no domicilio que sinale o testamento conxunto ou no que especialmente indique o revogante. Se non fose posible face-la notificación por descoñecemento do domicilio poderá facerse mediante edictos. Despois de falecido un cónxuxe o testamento convértese en irrevogable en canto ás disposicións reciprocamente condicionadas ou que se tivesen feito a favor de persoas incapaces de herdar, ou premortas que deixasen fillos sobreviventes³².

Outra institución á que se refire especificamente a Lei de dereito civil de Galicia é a do testamento por comisario. Concretamente permítese que mediante testamento ou capitulacións matrimoniais se poida nomear comisario ó cónxuxe non testador, para que poida distribuír ó seu arbitrio os bens do defunto e mellorar neles ós fillos comúns, sen prexuízo das lexítimas e melloras que tivera instituído xa o causante. Salvo que

³⁰ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, T.I., Ed. Base, Barcelona, 1973 (Ed. Facsímil de la de 1852), páxina 14.

³¹ ABRAIRA LÓPEZ, C., ob. cit., páxinas 111 e ss.: «Las tachas al testamento mancomunado estriban en una supuesta irrevocabilidad y en las posibles presiones que pueden existir siempre en los testamentos de cónyuges, agravadas por el posible hecho de que el presionante reforzado por las ventajas manifestadas al cónyuge, revoque solapadamente su testamento e incida en un dolo imposible en el testamento mancomunado, cuya revocación unipersonal habrá de ser comunicada al cotestador y ser por tanto siempre conocida de ambos».

³² GUTIÉRREZ ALLER, V.: ob. cit., páxinas 403 e 404: «O legislador establece unha preunción iuris et de iure absolutamente arbitrari: a de que as disposicións a favor daqueles que, por incapacidade ou premoriencia, non chegan a herdar, teñen o carácter de reciprocamente condicionadas, aínda que non resulte así do testamento e conseguintemente son irrevogables».

se tivera fixado prazo, a viúva ou viúvo terán un ano a contar desde a apertura da sucesión, ou en caso de existir fillos menores comúns ata a emancipación do último deles. A regulación coincide literalmente co disposto no artigo 831 do Código civil.

A sección 4ª deste capítulo regula as melloras testamentarias e os legados. Nesta sede, o artigo 144 limítase a establecer que por vía de legado o testador pode establece-lo usufructo universal viudal que recolle a propia lei nos artigos 118 a 127, así como a mellora de labrar e posuír dos artigos 130 a 133, así como a facer unha aclaración da mellora de tercio e quinto. Pola súa parte o artigo 145 di que as normas contidas no artigo 133 son de aplicación ás disposicións testamentarias.

Acto seguido, o capítulo IV aborda a regulación das lexítimas. Segundo a lei galega a lexítima é a cota de activo líquido que necesariamente corresponde a determinados parentes do causante dunha sucesión e ó cónxuxe viúvo deste, salvo nos casos de apartación regulados na lei.

Os lexitimarios serán os chamados forzosos no Código civil e na contía e proporción que el determina. A renuncia ou transacción sobre a lexítima non deferida é nula, salvo o suposto de apartación regulado na lei.

A lexítima poderá ser atribuída a título de herdanza, legado, doazón ou de calquera outro modo e terá que ser satisfeita necesariamente en bens da herdanza, pero a continuación xa sinala importantes excepcións e así dinos que se pagará en metálico cando expresamente o causante dispuxese que se pague en metálico, aínda cando non o houbese na herdanza, cando o tiveran convido o lexitimario e o obrigado ó pagamento da lexítima, cando se conviñese en pacto de mellora.

Non obstante permíteselle ó herdeiro obrigado a face-lo pagamento en metálico, optar entre iso ou pagar con bens da herdanza non adxudicados especificamente a ninguén polo causante, pero iniciado o pagamento en metálico ou en bens, o lexitimario poderá esixir todo o pagamento da mesma maneira. Por todo isto podemos convir que a lexítima galega se configura como un dereito a unha cantidade determinada sobre o patrimonio hereditario, pero non necesariamente sobre os bens da herdanza.

No relativo a cómo se calcula ese valor en que consiste a lexítima, a lei que comentamos di que se atenderá ó valor dos bens á hora do falecemento do causante, deducindo deste as súas débedas, os gastos da súa última enfermidade, enterramento e funeral, así como o importe das melloras útiles e gastos extraordinarios de conservación e reparacións feitos polo mellorado por pacto de mellora. Ata aquí nada se diferencia do Código civil, pero a continuación di que o valor así obtido hai que engadir-llo valor das doazóns feitas polo causante ó momento de facelas, o cal se supón unha diferenza esencial co código que as refire ó momento de ser imputadas ó caudal hereditario.

O seguinte capítulo dispón as regras propias de Galicia en materia de sucesión intestada. O lexislador limitábase, neste ámbito, a dispoñer que son aplicables as normas do Código civil na materia, salvo o disposto para o viúvo ou viúva, ó que o cónxuxe premorto non outorgase disposición ó seu favor, que poderá optar por facer efectiva a súa cota usufructuaria sobre os bens gananciais cando concorran na herdanza con descendentes ou ascendentes do causante. Cando non chegase o dito usufructo para cubri-la cota, esta completárase con bens privativos do causante sen necesidade de fianza.

O artigo 153 contén unha norma para o caso de que non existisen herdeiros ata o cuarto grao nos termos que se recollen no Código civil, no dito caso o quinto chamamento será a favor da Comunidade Autónoma en lugar do Estado como sinala o dito corpo legal. Se se dera o caso a herdanza entenderase aceptada a beneficio de inventario, trala declaración legal de herdeiros.

O capítulo VI e último do título contén as disposicións sobre partición, baixo a rúbrica «Das partillas». Este capítulo comeza reproducindo os artigos 134 e 135, en sede de apartacións, nos artigos 155 e 156. O artigo 157 di que o *«testador pode face-la partilla da herdanza no propio testamento ou noutro documento. Os cónxuxes poden partir conxuntamente nun só documento, aínda que testasen por separado. Cando o fixeran en documento non testamentario e existiese algunha contradición co testamento aberto, prevalecerá a partilla realizada naquel, sempre que se outorgase en documento público de data posterior ó testamento»*.

Polo tanto prevense dúas clases de partillas, ben a feita polo testador no propio testamento ou ben a realizada noutro documento «inter vivos», a primeira temos que entender que será revogable como o é o propio testamento, mentres que a segunda, cando se trata ademais dunha apartación será irrevogable, pero se é un documento público ou privado para que produza efectos á morte do causante, mentres esta non se produza este poderá revogalo se o desexa. En todo caso este documento necesitará da existencia dun testamento, porque así se deriva da dicción do artigo 157 que comeza empregando o termo *«el testador»*³³.

Introdúcese a novidade de que poidan partir conxuntamente os cónxuxes nun só documento aínda que tiveran testado por separado. As discrepancias que puideran producirse entre o testamento e o documento particional resolveranse a favor deste sempre que fose público e de data posterior a aquel.

A partición ten a consecuencia fundamental de facer que á morte do testador se lles confira a propiedade dos bens obxecto da partilla ós beneficiarios.

³³ ZULUETA DE HAZ, A.: «De las Partijas (Das Partillas)», en AA.VV.: *Derecho Civil Gallego*, ob. cit., páxinas 372 e ss.

O artigo 158 contén unha disposición no sentido de que a partilla feita polo testador ou cónxuxes testadores será válida aínda que o valor do adxudicado a calquera dos partícipes na comunidade hereditaria non se corresponda coa cota ou participación atribuída no testamento, sen prexuízo do dereito dos lexitimarios a reclamar no seu caso, e suplemento de lexítima.

Na partilla conxunta por ambos cónxuxes, o haber correspondente a calquera herdeiro ou partícipe nas dúas herdanzas, aínda que sexa lexitimario, poderá ser satisfeito con bens dun só causante.

Respecto ó primeiro parágrafo do artigo 158, entendemos que volve a incidir na preferencia do documento particional sobre o que di o testamento, é dicir trátase dunha mera reiteración.

En canto ó segundo parágrafo é unha confirmación do que tiñamos sinalado anteriormente con respecto á lexítima en canto que non é preciso que recaia sobre os bens do causante, non só porque pode ser pagada en metálico, senón porque tamén pode ser pagada con bens que, como neste caso, pertencen a un só dos cónxuxes.

A lei galega no artigo 159 permite que o testador xa en testamento, xa en documento público lle encomende a quen non sexa partícipe na herdanza, a facultade de face-la partilla, e pode tamén nomear contador partididor en capitulacións ou en testamento conxunto ou non, ó cónxuxe sobrevivente ó que houbese outorgado o usufructo total de viuvez, e, delega-la facultade de mellorar ós fillos e descendentes comúns, mentres continúe en estado de viuvez, o que xa se recollía no artigo 129 en canto que permite que en capitulacións matrimoniais os cónxuxes puidesen delega-la facultade de mellorar.

Os artigos seguintes dan unha serie de normas para a actuación dos contadores partididores o cal nos parece loable dado que o Código civil non contén normas concretas respecto aqueles, e, así establece a regra da comunidade cando son varios e non se establece expresamente a solidariedade nin unha orde sucesiva. Do mesmo modo establécese que os herdeiros maiores de idade e os emancipados poderán por unanimidade face-la partición aínda que houbese partididor nomeado polo causante. A senso contrario os herdeiros maiores de idade que representen ó menos o 50% do haber hereditario e sexan dous ó menos poderán facer por si sos as partillas sempre que non exista contador partididor, nin menores ou incapaces.

Finalmente introdúcense no artigo 166 unha serie de disposicións ás que terá que axustarse a partilla, e debe respectarse a vontade do causante en primeiro lugar e en defecto desta ás normas da sucesión legal.

Se á sucesión concorre un ausente de feito, do que se descoñece o seu domicilio, a súa cota será administrada polo viúvo do causante que concorre á partilla e fose ascendente do adxudicatario, en defecto deste ou

pola súa renuncia, de entre tódolos coherdeiros nomearase un que se encargue da administración o cal terá sobre a cota os mesmos dereitos e obrigas que un usufructuario, é este o contido dos artigos 167 e 168, que en definitiva recollen unha institución consuetudinaria en Galicia que se coñece co nome de «abandamento» da que se fixera eco un sector importante da doutrina galega, dos que é importante expoñente Adrio Barreiro.³⁴

O artigo 169 dispón que a partilla entre coherdeiros cando entre eles exista algún incapacitado ou menor non emancipado, legalmente representado non necesita aprobación xudicial cando exista acordo unánime entre os representantes legais e os herdeiros maiores ou emancipados. O que este artigo regula coincide co 1060 o Código civil en sede de partición hereditaria, engadindo unha cautela como a de que ha de existir acordo unánime entre tódolos representantes legais e os herdeiros maiores e emancipados.

Por último o artigo 170 di que o cesionario dun coherdeiro se subroga en lugar deste na partilla de herdanza, deste modo tan preciso a lei galega soluciona a cuestión formulada pola doutrina sobre cando se cede o dereito hereditario a un terceiro (contemplado no artigo 1067 do Código civil) este ocupa a mesma posición que o herdeiro ou non, xa que o citado texto legal garda silencio ó respecto. Non hai dúbida para o legislador galego, prodúcese subrogación.

A lei 4/1995 conclúe con dúas disposicións adicionais, catro transitorias, unha derogatoria e unha final.

A primeira disposición adicional fai referencia ás doazóns de inmobles por razón de matrimonio, sinalando que han de facerse en capitulacións matrimoniais ou noutra escritura pública, sen que alcance a comprender por que se utiliza a disposición adicional no lugar do capítulo relativo ás doazóns por razón de matrimonio.

O mesmo se pode dicir do n.º 2 da mesma disposición adicional cando se refire á modificación dos pactos sucesorios, para manifestar que deberán de axustarse ás mesmas formalidades que o pacto que se modifica ou extingue, salvo para o usufructo viudal que se poderá utilizar para a modificación ou extinción o testamento conxunto.

A disposición adicional segunda contén un mandato ó Parlamento Galego para que cada cinco anos como máximo se proceda a nomear un relatorio, integrado por membros dos diversos grupos da Cámara, co fin de elaborar un informe comprensivo das dificultades e dúbidas que se advirtan na aplicación dos preceptos da lei.

³⁴ ADRIO BARREIRO, G: «La partición cuando hay ausentes», en AA.VV.: *I Congreso de Dereito Galego*, ob. cit., páxinas 503 e ss.

As tres primeiras transitorias refírense respectivamente ós contratos de arrendamentos rústicos vixentes á entrada en vigor da presente lei; finalizarán ó termo das prórrogas ou tácita reconducción salvo pacto en contrario, os arrendamentos rústicos históricos vixentes prorrogaranse de acordo co establecido na súa propia normativa, e, as parcerías en vigor quedan suxeitas a esta lei. A cuarta disposición transitoria remite para a solución dos demais problemas de dereito intertemporal que se presenten pola entrada en vigor da lei ós principios que informan as disposicións transitorias do Código civil. **G**

Bibliografía

- ABRAIRA LÓPEZ, C.: *El Derecho foral gallego. Estudio crítico de la Compilación de Derecho civil especial de Galicia*, Santiago de Compostela, 1970.
- ADRIO BARREIRO, G.: «La partición cuando hay ausentes», en AA.VV.: *I Congreso de Dereito Galego. Libro del I Congreso de Derecho gallego*, Ed. Comisión Executiva do I Congreso de dereito galego, Colexio de Avogados, Palacio de Xusticia da Coruña, A Coruña, 1974.
- BELLO JANEIRO, D.: «O desenvolvemento do dereito civil de Galicia no tráfico xurídico moderno», en *REGAP*, abril de 1997.
- BELTRAN DE HEREDIA y CASTAÑO, J.: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- BOUZAS COSTA, M.: «Legislación civil especial: Fundaciones, arrendamientos históricos, concentración parcelaria», en AA.VV.: *Derecho Civil Gallego*, Ed. CGPJ e Xunta de Galicia, Madrid, 1996.
- CARBALLAL PERNAS, R.: «Ante a revisión do Dereito civil especial de Galicia» en AA.VV.: *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Ed. Sept, Santiago de Compostela, 1973.
- CASTRO SOMOZA, J. L.: «Montes Veciñais mancomunados», en AA.VV.: *Manual de Dereito Galego* T. II. Ed. EGAP, Santiago 1996.
- CORES TRANSMONTE, B.: «A Ley 4/1995, de Dereito civil de Galicia, Primeira parte: Título preliminar, parte final e preámbulo», en *Crónica Parlamentaria*.
- FREIRE SANTOS, M.: «Comentario a la Sentencia de 8 de Enero de 1997 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de la Coruña», en *Dereito*, Vol. 6. 0 N°1.
- GARCÍA CARIDAD, J. A.: «Comentario de los artículos 88 y 89 de la Compilación gallega» en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Compilación gallega* T. XXXII, Ed. EDERSA, Madrid, 1979.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, T. I., Ed. Base, Barcelona, 1973 (Ed. Facsímil da de 1852)
- GUITERREZ ALLER, V.: «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV.: *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, Ed. Parlamento de Galicia-Asociación Revista Xurídica Galega.
- LORENZO MERINO, F.: «A contratación na Lei de Dereito Civil de Galicia. O arrendamiento rústico», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992.
- «Prólogo» a la *Ley de Dereito Civil de Galicia*, Ed. Tecnos, 1995.
- MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E.: «Algunhas suxerencias ao Congreso de Dereito galego», en AA.VV. *Libro del I Congreso de Derecho gallego*, Ed. Comisión Executiva do I Congreso de dereito galego, Colexio de Avogados, Palacio de Xusticia da Coruña, A Coruña, 1974.
- *Las particularidades de Derecho patrimonial en el noroeste de España ante la compilación gallega y el Código Civil*, S.E., Becerreá, 1964
- MOURE MARIÑO, P.: «Comentario ó Título III: Dereitos reais», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992.
- NAGORE YARNOZ, J.: «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho Privado foral de Navarra», en AA.VV.: *Libro Homenaje a Mariano Alonso Lambán*, Zaragoza, 1972.
- NUÑEZ RODRÍGUEZ, V.: «Presentación», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992.

- PENA LÓPEZ, J. M^a.: «O ámbito material do Dereito foral, con particular consideración do ámbito de aplicación do Dereito civil galego», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: «O contrato de vitalicio na Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992.
- SANDE GARCÍA, P.: «O Dereito civil de Galicia: unha actualización imposible á luz da historia», en AA.VV.: *La modernización del Derecho civil*, Ed. Fundación Alfredo Brañas, Santiago, 1994.
- SEOANE IGLESIAS, J.: «Unha aproximación as fontes do Dereito civil de Galicia», en AA.VV.: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios a la Ley 4/1995 de 24 de Mayo)*, Ed. Parlamento de Galicia e RXG, Santiago de Compostela, 1992.
- ZULUETA DE HAZ, A.: «De las Partijas (Das Partillas)», en AA.VV.: *Derecho Civil Gallego. - I Congreso de Derecho Galego, Libro del I Congreso de Derecho gallego*, Ed. Comisión Executiva do I Congreso de dereito galego, Colexio de Avogados, Palacio de Xusticia da Coruña, A Coruña, 1974.

O CONCEPTO DE INFORMACIÓN DOCUMENTAL ELECTRÓNICA

Antonio Sanjuán Pérez

Doutor en ciencias da información

Profesor de comunicación audiovisual e publicidade

Universidade da Coruña

Entre a multitude de etiquetas que utilizamos de modo cotiá, sen a penas preguntármolos o seu significado, atópase a popular «sociedade da información». Asumamos, que xa é moito, a idea «sociedade» como algo entendible por todos, pero ¿de que falamos cando falamos de información?, ¿de noticias, de coñecemento, de tecnoloxías, de ordenadores, de redes?, dito doutro modo: ¿que é a información? As preguntas tan simples poucas veces teñen respostas sinxelas. En realidade, a comunidade científica non resolveu aínda, polo menos ata o punto de que poida considerarse definitivo, o mesmo concepto de información. E, mentres tanto, aparentemente cando un enxeñeiro, un matemático ou un xornalista falan de información refírense a cousas diferentes. Pode tratarse só de diferencias modais pero, á fin, tan significativas, que implican, con rapidez sorprendente, consecuencias pragmáticas de considerables dimensións: por exemplo, a mesma definición de negocio dunha empresa de telecomunicacións, o sentido dun determinado decreto gobernamental ou o plan de estudos dunha carreira universitaria.

En principio, poucos rexeitarían esta aseveración: a información tende ó infinito. É inabarcable aínda que se apliquen os criterios do deber ser que traten de limitala, dito doutro modo, aínda que pretendamos limitármolos á información digna de ser coñecida. Isto sempre foi así, a

novidade é que agora somos máis conscientes diso porque se multiplicou a nosa capacidade de almacenamento. Sabemos mellor que nunca que a verdadeira infinitude correspóndelle á acumulación de información; de feito, para contar con toda a información en torno a calquera cuestión necesitaríamos posuír toda a información acumulada, incluída a información falsa. Isto xa é un inicio de discusión teórica por inextricables camiños que se complican cos conceptos de comunicación (proceso de transmisión da información, por exemplo, ou transmisión eficaz, ou eficiente, etc) e de coñecemento (información aprendida e, polo tanto, previamente comunicada eficientemente.)

Máis indiscutible aínda é que os recursos informativos son limitados, sobre todo desde o punto de vista material, o punto de vista económico. As realidades prácticas están menos cuestionadas que as teóricas. A información será infinita pero os medios para conseguila, tratala, transmitila e asimilala, non. E esa é a información valiosa, o resto queda no limbo.

Agora mesturamos ámbalas dúas perspectivas: a terminolóxica (teórica) e a económica (práctica). ¿Estamos na sociedade da información porque somos capaces de facer chegar información a máis xente que nunca con menos esforzo? Entón falamos de medios de comunicación de masas, comunicación social (televisión, prensa, cine, etc) e interpersonal (teléfono). Hipersector, hipermedia ou hipermercado da información, a penas importa. Xeramos ruído na mesma proporción, unhas mensaxes pelexan con outras mensaxes pola atención da audiencia, os receptores frágantanse e multiplícanse os emisores. Non, isto era antes dos noventa. Agora, no século XXI o cambio máis importante, a verdadeira novidade da sociedade da información non está na súa transmisión, senón na súa recuperación unha vez que foi emitida e conservada. Este é o verdadeiro valor engadido de tódolos avances tecnolóxicos que se agrupan baixo a etiqueta S.I. e que outros simplemente derivan do último *tótem* comunicativo: Internet.

Así que ó final estamos falando de documentación. Sono van, permitan o tópico, de bibliotecarios, científicos, fundacións e administracións públicas porque *todo o mundo sabe* que os arquivos son lugares sempre desbordados pola infinita información e os finitos recursos.

A comprensible aspiración de estudiosos das ciencias da información na que se engloba a ciencia da documentación é antepoñelos rendementos a longo prazo fronte ós beneficios a curto tanto a ciencia coma o dereito á información e á documentación. Admiten en liñas xerais (e sería absurdo non facelo) o elevadísimo custo dun centro de documentación, centro do que se afirma taxativamente que non lle acompaña un rendemento inmediato, nin economicamente cuantificable. «De aí que a documentación teña pasado, ben a ser un servizo oficial, ou a darse nos casos en que resulta preceptivamente obrigatoria, coma nos protocolos

notariais. Nos demais supostos, a documentación só se pode soste con espírito de mecenado ou de servizo social ou cultural».¹

Sen embargo non fai falta ser tan ambiciosos. Conxugando o realismo económico co desexo de adquirir toda a información documental posible, atopámonos con que a vida cotiá está repleta de exemplos de comercialización de información documental cuns actores que nin sequera son conscientes disto. E, aínda séndoo, cren pagar ou cobrar pola información ou polo soporte da información en lugar do que no fondo fan: pagar e cobrar pola localización da información documental máis adecuada e factible.

Asistimos a unha explosión informativa sen precedentes históricos. «Díxose que nos últimos 50 anos se ten producido máis información que nos 3.500 anteriores, e que a cantidade total de información existente no mundo se duplica cada 4 anos».²

Aínda que os cálculos non sexan de todo exactos, resulta obvio que, hoxe como nunca, non podemos aspirar a posuíla toda, e de calquera forma sería inútil porque non poderíamos sequera dixerila. De feito, xa nos adoita abafar porque ademais de multiplicarse a información, multiplicouse o seu acceso gracias sobre todo ós novos medios electrónicos e ó proceso de globalización que vive o planeta.

Hoxe ninguén pode esperar manter durante moito tempo o acceso en exclusiva a unha información. Isto, que antes supuña unha vantaxe competitiva sostible incluso durante anos, converteuse nunha simple zancada dunha carreira; se non se dá outra de inmediato, a carreira pérdese irremisiblemente. A causa deste proceso, máis que de explosión da información fálase da explosión da *desinformación*³, aínda que o preciso sería falar da explosión da *infopolución*.

Neste contexto, a información documental é máis valiosa ca nunca e a súa xestión convértese nunha das tarefas imprescindibles tanto desde o punto de vista científico coma social no sentido máis xenérico. En termos de competencia, cada vez é máis difícil encontra-la mellor información documental, entendendo por mellor a máis precisa no seu contido e extensión e a máis oportuna no momento e lugar.

¹ DESANTES GUANTER, J. M.: *Teoría y Régimen jurídico de la Documentación*. Madrid, Eudema, 1987 p. 281.

² CORNELLA, Alfons: *Información digital para la Empresa. Una introducción a los Servicios de Información Electrónica*. Barcelona, Marcombo, 1996, p. 1.

³ *Íbidem*, p.2.

1. A información, a desinformación e a infopolución

Quizais porque sempre se fala de información e comunicación de maneira simultánea (por exemplo no campo das tecnoloxías), en liñas xerais hai progresiva coincidencia en sinala-la información, máis que como unha cousa, como un proceso que comeza en «un suxeito emisor, quen, a través dun medio de comunicación, transmite o obxecto da información ou mensaxe, que ten determinado contido, a un suxeito receptor»⁴.

Sen embargo, a exposición de cousa non se refire a unha indefinición, senón que parte do denominado paradigma da cesta baleira segundo o cal «unha persoa que necesita información é coma unha especie de recipiente baleiro que pode ser enchido de información». Desde este enfoque a participación do informado non conta moito.⁵

Fronte a esta idea xorde aquela que entende o proceso de información coma un proceso fundamentalmente humano, coma un fenómeno subxectivo, construído en certa maneira polo usuario da información, máis que coma un fenómeno obxectivo⁶. Desde esta perspectiva, a información pode definirse como «o proceso mediante o cal alguén resulta informado» ou como «todo aquilo que o individuo encontra informante».⁷

Na clásica *Teoría Matemática de la Comunicación* de Shannon (1949)⁸ a información é un conxunto de sinais (bits) que viaxan dun emisor a un receptor a través dalgún medio. Neste modelo a cantidade de información dunha mensaxe é medible. Falamos polo tanto da información como cousa, coma o sinal transmitido entre a entrada e a saída dun sistema, ou coma un conxunto de noticias, informes ou datos. Outros autores prefiren resumilo en todo o que pode ser obxecto dun tratamento numérico.

Pero na aproximación subxectiva encontrámonos cun modelo interesante que distingue claramente dous mundos: un mundo físico e un mundo

⁴ DESANTES GUANTER, J. M.: Op. cit. pp. 19-20, xeralizando o esquema de F. Fatorello trala análise de Laswell e Fearing.

⁵ COLE, CH. (1994): «Operationalizing the notion of information as a subjective construct». *Journal of the ASIS* 45(7):465-476. MORRIS, R.C.T. (1994) «Toward a user-centered information service». *Journal of the ASIS* 45(1):20-30.

⁶ DERVIN, B. e NILAN, M. (1986): «Information needs and uses». *Annual Review of Information Science and Technology*, núm. 21, pp. 3-33.

⁷ DERVIN, B. (1977): *Useful theory for librarianship; communication, not information*. *Drexel Library Quarterly* 13, xullo, pp. 16-32.

⁸ SHANNON, C: *Teoría Matemática de la comunicación*. Madrid, Ediciones Forja, 1981.

mental e humano. Está recollido por Alfons Cornella⁹ e leva o título xenérico de «Understanding information», desenvolvido polo Center for Management Research en Londres (1994) e cita o exemplo dos terremotos: un tremor é medible nunha determinada escala co que un acontecemento do mundo físico é recollido en datos, pero para que estes datos se convertan en información é preciso entrar no mundo mental dos humanos. Nunha primeira fase estes datos estrutúranse para converterse en información co sentido xeral que á súa vez é peneirada polos criterios e expectativas persoais ata chegar ó significado e comprensión persoal.

Ademais, sinala Cornella, para que a información se converta en coñecemento é fundamental que quen a utilice teña criterio para saber interpretala. Do mesmo xeito que é necesario certo criterio para entender unha gráfica, un plano ou un signo.

Pola contra, algúns autores falan de desinformación. Se ben, aquí se utilizará o concepto desinformación como o «conxunto de técnicas utilizadas para manipular a información conservando a súa verosimilitude co fin de influír sobre a opinión e as reaccións da xente»¹⁰. É preferible utilizar ante a ausencia de criterio, de peneira ou de intención de influí-lo concepto infopolución é dicir, a abundancia excesiva de información, a información falsa, dubidosa ou de pouca calidade.¹¹

Non é intención deste artigo abondar na distinción entre proceso e cousa. Máis ben ó contrario, por pragmatismo non se pretenderá disociar-lo binomio información-datos e para referirse ó proceso utilizarase a expresión proceso comunicativo ou proceso informativo.

2. A documentación e a información documental

No *mare magnum* da información tamén existe a información da información, é dicir, a documentación. Tal e como afirma Desantes¹², a documentación é un dos posibles obxectos da información e que ten como fin último dar noticia dos documentos que, á súa vez, conteñen noticias, ideas ou opinións. A posibilidade de información crece coa documentación, poténciase con ela tanto cualitativa coma cuantitativamente. A documentación, como información que é, ten os seus dispositivos contra a *infopolución*. Tódolos labores de busca, descubrimento, cualificación, ordenación, conservación, recuperación, difusión, etc, es-

⁹ CORNELLA, Alfons. 1996. Op. cit pp. 6-9.

¹⁰ JACQUARD, R.: *La desinformación, una manipulación del poder*. Madrid, Espasa Calpe, 1988, p. 9.

¹¹ DESANTES GUANTER, J. M.: Op. cit. pp. 29-30.

¹² *Ibidem*.

tán en función do que é o fin primordial da documentación: informar. A documentación que non sexa información constitúe unha contradicción conceptual.

Desde os anos setenta, está xa absolutamente superado o concepto de documentación como simple organización de depósitos documentais. De feito, así como se fala do proceso informativo, enténdese a documentación como o feito e o proceso documental, englobado evidentemente dentro do anterior. López Yepes e Ros García¹³ analizan o concepto de documentación desde a perspectiva informativa e sinalan: «o proceso documental descansa no proceso informativo e é unha variedade deste. En efecto, no proceso documental dáse un suxeito emisor –o documentalista–; unha mensaxe –o documento– a través dun medio determinado, e un suxeito pasivo¹⁴ ou receptor, que é o investigador ou usuario en xeral. A natureza deste proceso peculiar de información, que se deriva do obxecto transmitido, a mensaxe, isto é, o documento, pois no proceso documental o que lle transmite ó suxeito emisor ou documentalista ó suxeito pasivo ou usuario da documentación é, precisamente unha mensaxe documentaria. [...] Ó ser un coñecemento rexistrado, o documento é esencialmente información, información documental, e cando se transmite no proceso informativo-documental estase transmitindo, obviamente, información sobre información, información reduplicada».

É esencial destacar aquí que se pode discutir e incluso considerar equivocado encadra-la información como a cousa ou no binomio información-datos. Pero si resulta evidente que, aínda entendendo a información e a documentación só como procesos, é moi esclarecedor a efectos prácticos o concepto de información documental. Comunmente adóitase identifica-la información como a mensaxe, aínda que de feito este só é o obxecto daquela. Do mesmo modo pódese chegar á conclusión de que, no proceso documental, a documentación é identificable ó documento, pois, en efecto, é a mensaxe do proceso comunicativo documental. Estas confusións non soamente son perigosas no campo científico senón que tamén teñen unha repercusión concreta na vida cotiá: considérase que a documentación é o arquivo e non un labor informativo. Este reduccionismo leva a estima-la documentación como algo inconmensurable, angustiosamente infinito, escasamente rendible a curto prazo e máis propio dun legado á ciencia e á posterioridade que dun activo contable. De aí que se

¹³ LÓPEZ YEPES, J. e ROS GARCÍA, J.: *¿Qué es documentación? Teoría e historia del concepto en España*. Madrid, Síntesis, 1993, p. 107.

¹⁴ DESANTES GUANTER, J. M.: Op. cit. p. 21, afirma que non sempre o suxeito receptor é pasivo e que non debe confundirse a actitude receptiva coa inerte. No caso concreto do proceso documentario subliña que é importante ter en conta que é o usuario quen en realidade o inicia.

considere labor propio da Administración pública e de entidades sen ánimo de lucro.

A dita formulación non se sostén a pouco que a analicemos desde perspectivas concretas. Existen poucas cousas tan rendibles como, por exemplo, unha auditoría de contas antes da compra dunha corporación industrial ou a simple presentación do informe anual ante a xunta xeral de accionistas da que pode depende-la súa cotización bolsista. Trátase de casos evidentes de mensaxe documentaria, unha información documental en canto que se recuperou a partir de mensaxes previamente emitidas e conservadas na contabilidade da empresa. Nese sentido, unha firma auditora dedícase á comercialización de produtos documentarios e ata poderíamos consideralos de actualidade en canto que o seu proceso de busca se limita ó último exercicio contable. A información documental empresarial, a comercial, a económica ou, en sectores menos mercantilistas como o militar, o policial, o xudicial, etc, ten un sentido práctico evidente, a curto prazo e rendible se entendemos por rendibilidade a obtención dun beneficio tras realizar unha inversión.

Non falemos polo tanto de documentación, senón de información documental ou mensaxe documentaria, é dicir, dun dos elementos do proceso, que se pode converter, e de feito convértese, en produto documental comercializable.¹⁵

3. A información electrónica

Amat popularizou unha clasificación dos tipos de documentos segundo a súa natureza¹⁶, a saber:

- Documentos en forma de papel
- Documentos en filme
- Documentos en forma magnética
- Documentos en forma electrónica

Hoxe ben poderíamos, seguindo a Negroponte, establecer só a seguinte diferenciación:

- Documentos compostos por átomos
- Documentos compostos por bits.

¹⁵ A comercialización engloba os últimos elos do proceso documental e do proceso comunicativo ou informativo en xeral: a difusión e a procura de que os usuarios adquieran ou acepten o produto. É interesante ó respecto a análise que fan sobre o concepto e características das relacións comerciais NIETO, A. e IGLESIAS, F.: *Empresa Informativa*. Barcelona, Editorial Ariel, 1993.

¹⁶ AMAT NOGUERA, N.: *Documentación Científica y Nuevas Tecnologías*. Madrid, Ediciones Pirámide, 1988, p.19.

E é que o magnético e o electrónico, como o dixital ou o online, ten barreiras difusas. A pesar de que os termos se están acuñando popularmente con moita rapidez, en estricto senso a información dixital está comprendida dentro da información electrónica, non son polo tanto sinónimos. Para que a información poida considerarse totalmente dixital ha de ser emitida, distribuída e recibida dixitalmente, o cal só se pode facer mediante os sistemas online, que en realidade tampouco son tales necesariamente.

Aínda que durante dúas décadas se produciu un certo reduccionismo ó documentario co termo de información electrónica (asociábase ós servizos provedores de bases de datos empresariais ou científicos case de modo exclusivo) realmente, a inmensa maioría da información de masas ten unha relación directa co tratamento electrónico. Como veremos máis adiante, tanto o teléfono, coma a radiotelevisión, e incluso os periódicos, o fax ou a nova multimedia, ten un tratamento electrónico. De feito non é sequera necesario esperar á chegada dos ordenadores para poder falar de xornalismo electrónico: desde o mesmo momento da invención da radio e da televisión hai medios de comunicación de masas electrónicos, pero aínda non se pode falar de xornalismo dixital ou, en xeral, de emisión de información dixital de actualidade.

Hai tamén que distinguir entre a información dixitalizada pero comercializada en átomos e a comercializada en bits. Un disco de música pode ser unha gravación dixital, pero o disco é un soporte composto de átomos e son os átomos os que se comercializan, os que se distribúen ás tendas, o que levamos ás nosas casas e almacenamos en estantes ou caixóns. Se fora comercializado en bits isto non ocorrería.

Xorden así mesmo matices dignos de estudio na distribución e venda en bits e a posible atomización voluntaria do usuario (impresoras dixitais tipo E-Print 1000 de Índigo ou os formatos de música MP3) ou do intermediario. Resulta curioso, ó respecto, o tema da lonxitude da canle dixital como medida de adaptación ó mercado. Por exemplo, é posible que os comerciantes polo miúdo sigan vendendo átomos, pero ás tendas pódennlle facer chega-los bits en lugar dos átomos e así nunca se acabarían as existencias de libros, periódicos, cintas de vídeo, discos, etc. En todo caso, o tendeiro necesitaría un almacén para materias primas, como papel, CD ou cintas, pero o produto final fabricaríase baixo demanda. ¿Que tipo de empresa sería esta tenda? ¿Tal vez poderíamos considerala unha empresa informativa? O certo é que a canle dixital non ten por qué chegar ó usuario final, aínda que o lóxico é que así sexa e que así acabe sendo. O probable é que antes se aproveite unha fase intermedia, antes de que os domicilios dos particulares teñan a posibilidade de atomizar ou manter en dixital o que prefiran, segundo os seus gustos ou necesidades. Esta fase intermedia abre novas oportunidades de negocio. Átomos

e bits seguirán sen ser excluíntes durante moito tempo. Sen dúbida o fax pódese considerar un precedente primitivo desta idea de atomización, exactamente igual ocorre cando o correo electrónico se imprime para lelo máis comodamente.

A información electrónica non é só unha cuestión de medio ou de soporte. Tamén o é de concepto. Aquí hai que ter en conta a multimedia, a información deseñada especialmente para a interactividade electrónica, a ausencia de relatos lineais, o hipertexto, a complexidade encadeada a outras complexidades á súa vez encadeadas ata alcanzar combinacións tendentes ó infinito.

Desde outro punto de vista, do mesmo modo que se fala da Era da información fálase tamén da Era da electrónica. Sen querer entrar en disquisicións técnicas que non veñen ó caso, a electrónica é a parte da física que estudia os fenómenos derivados da circulación de cargas eléctricas en gases, sólidos e no baleiro, así coma o control dos ditos movementos. Entre as súas aplicacións encóntrase a electroacústica, a radiotécnica, a automática e a informática. Aínda que non é do todo exacto, podemos utiliza-la expresión información electrónica coma sinónimo da información que se difunde a través dos medios electrónicos.

Na actualidade faise unha asociación inmediata entre información electrónica e informática, é dicir, ordenadores e redes que os interconectan, ata o extremo de confundi-la sociedade da información coa sociedade informatizada. De feito, coa eclosión dos máis recentes medios electrónicos, os norteamericanos engloban todo este proceso na expresión novas tecnoloxías da información, mentres que os europeos, incluso a Unión Europea de maneira oficial, prefiren o máis xenérico sociedade da información. É precisamente en Europa onde máis se produce, polo tanto, a confusión entre ámbalas dúas sociedades, a da información e a da informatización.

Resulta obvio que a información engloba á informatización. De feito os medios electrónicos van, como se dixo, máis alá que a informática. Xa en 1971 Hans Magnus Enzensberger iniciaba o seu opúsculo *Elementos para una teoría de los medios de comunicación* facendo unha curiosa distinción entre medios electrónicos e medios máis antigos:

Co desenvolvemento dos medios electrónicos, a industria elaboradora da conciencia converteuse en precursora do desenvolvemento socio-económico nas sociedades cun avanzado grao de industrialización. Infiltrase en tódolos demais sectores da produción, faise cargo dun número cada vez maior de funcións directivas e de control, e determina a norma da tecnoloxía do momento.

En lugar de ofrecer unhas definicións normativas, velaquí unha relación incompleta das innovacións que se produciron durante os últimos vinte anos: satélites de comunicacións, televisión en cor, televisión por

cable e con casete, video-tapes, video-recorders, video-fonos, a técnica láser, procesos electrostáticos de reproducción, sistemas electrónicos de impresión rápida, máquinas de composición e de ensinanza, microfichas con acceso electrónico, impresión por radio, computadoras time-sharing, bancos de datos.

Tódolos citados medios forman combinacións entre si cos medios máis antigos como son a imprenta, radio, cine, televisión, teléfono, teletipo, radar, etc. A marchas forzadas están establecendo interconexións tendentes a crear un sistema universal.¹⁷

En puridade, a radio, a televisión, o teléfono, o telégrafo, o teletipo, etc., son tamén medios electrónicos, sen embargo poucas persoas pensan neles ó oír expresións coma xornalismo electrónico, correo electrónico ou información electrónica. Imponse polo tanto unha substitución do adxectivo electrónico para clarifica-lo obxecto que se quere definir.

Así, para José B. Terceiro¹⁸, a Era electrónica pódese considerar supe-rada desde os anos setenta e é dos que opina que a Era da información leva xa máis de vinte anos:

«La Edad de Piedra duró millones de años, pero la siguiente, la del Metal, sólo cinco mil años. La Revolución Industrial (de primeros del siglo XVIII a últimos del siglo XIX), doscientos años. La Era Eléctrica (de comienzos de siglo a la Segunda Guerra Mundial), cuarenta años. La Era Electrónica duró veinticinco años y la Era de la Información ya tiene veinte [más de 25 en 2002], evolucionando rápidamente desde lo que podríamos llamar Infolítico Inferior al Infolítico Superior o Información Hipermédia.»

Nicholas Negroponte¹⁹ xulga indubidable que nos atopamos nunha Era da información, aínda que xa introducía, sen demasiado éxito por certo, a Era da post información, pero a súa principal achega ó problema terminolóxico das etapas é que na dita Era da información a meirande parte desta nos chega en átomos: xornais, revistas e libros. É dicir, parece importar máis o soporte que o contido, algo que sen dúbida afecta de maneira fundamental á industria e a todo o seu complexo marketing.²⁰

¹⁷ ENZENSBERGER, HANS MAGNUS: *Elementos para una teoría de los medios de comunicación*. Barcelona, Anagrama, 1981. pp. 7 e 8. A súa distinción é reveladora dunha opinión subconsciente moi xeneralizada que considera que os medios electrónicos son só os novos medios electrónicos. Algo semellante ocorre coa información dixital que se soe identificar coa teleinformación ou telecomunicación dixital.

¹⁸ TERCEIRO, JOSÉ B.: *Sociedad digital. Del homo sapiens al homo digitalis*. Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 29.

¹⁹ NEGROPONTE, Nicholas: *El mundo digital*. Barcelona, Ediciones B, 1995, p. 25.

²⁰ Por exemplo, a paxinación dos xornais é ás veces tanto ou máis importante que os seus contidos como atributo preferido polo público e constitúe un elemento fundamental no marketing xornalístico. Algo semellante ocorre co deseño, a cor, a calidade da impresión, que a publicación sexa agradable ó tacto, etc.

Isto podería facer pensar, como dicíamos, que os átomos son o continente e os bits o contido, en definitiva, os bits son a información. Pero hai que ter coidado en non formulalo á inversa: a información non ten por qué ser en forma de bits. Isto, que parece obvio, ás veces non o é tanto e en boa parte relativiza a novidade da comparación que fai Negroponte e que despois recollen numerosos autores sobre o control aduaneiro²¹. Este problema do mundo dixital non é novo. Os activos materiais e os inmateriais sempre coexistiron e o control destes sempre foi moito máis complexo a pesar de que, con frecuencia –como é o caso da información–, son os máis valiosos.

Información dixital é información dixitalizada, información reducida a un conxunto de sinais, como vimos na Teoría matemática de Shannon, e eses sinais son os bits, 1 e 0, que combinados forman o sistema binario. O bit pódese definir coma a unidade básica de información.

Por agora non toda a información pode ser dixitalizada, do mesmo modo que por agora os átomos non poden ser dixitalizados. Algúns científicos cren que non está moi afastado o día no que se poida conseguir, pero aínda é imposible dixitalizar olores, tactos e gustos. Sen embargo aquí vainos interesar só aquela información que si o pode ser.

Por simple analoxía, nunca mellor dito, a Información documental electrónica podería definirse coma a información documental difundida a través dos medios electrónicos. Máis exacto sería definila como a información que se recuperou de maneira electrónica a partir de mensaxes previamente emitidas e conservadas tamén electronicamente.

4. ¿Información documental electrónica, dixital ou en liña?

Aínda que cando se fala de información electrónica se adoita querer falar de información dixital, o certo é que ata non hai moito a maioría dos medios electrónicos eran analóxicos e, de feito, toda información dixital se debe reconverter en analóxica para que o ser humano a comprenda.

Indica Amat que a comunicación analóxica «supone la transmisión de mensajes como una corriente continua de señales diversas que se va muestreando en el tiempo y que se reconstruye en el lugar de destino.

²¹ NEGROPONTE (1995) Op. cit. pp. 25-26, fai unha ilustrativa distinción entre bits e átomos tomando como exemplo unha recepción na que declaraba o valor do seu ordenador portátil. A recepcionista referíase ó valor dos átomos, o do propio ordenador, mentres que Negroponte calculaba o valor pola cantidade de información que contiña (bits). Os átomos valían aproximadamente 2.000 dólares mentres que os bits, entre un e dous millóns.

Cuanto más corto sea el tiempo entre una muestra y otra, más exacta será la transmisión».²²

É o caso da radio e televisión actuais, aínda que xa estamos asistindo á aparición en masa da televisión dixital e dentro de non moito tempo sucederá o mesmo coa radio dixital.

Se falamos de información documental dixital concretamos moito máis, e quizais aínda non o suficiente. Algúns autores prefiren utiliza-la expresión de documentación automatizada, en liña, etc. Polo pronto definiríamos a información documental dixital como a información que se recuperou de maneira dixital a partir de mensaxes previamente emitidas e conservadas tamén dixitalmente ou, dito doutro modo, a información dixital recuperada e clasificada para a súa difusión dixital, incluso aínda que falemos de distribución en átomos.²³

Esta última precisión é quizais o único motivo polo que aínda non debemos considerar como expresións sinónimas a información dixital e a información en liña ou online. Toda a información en liña é dixital, pero a rede de telecomunicación é un medio, unha simple canle a través da cal se distribúe a mensaxe. E existen outras canles máis tradicionais para distribuí-la información dixital e, polo tanto, a información documental dixital.

Non obstante todo o anterior, aínda que desde o punto de vista científico resulta obvio que é máis exacta a denominación información documental dixital (IDD), desde a perspectiva comercial segue tendo máis vixencia e popularidade a información electrónica, de aí o concepto Información documental electrónica (IDE).

5. O concepto de Información documental electrónica (IDE)

A mellor maneira de entende-lo concepto de Información documental electrónica é, como xa se mencionou, establece-la analoxía: información é á información electrónica o que información documental é á Información documental electrónica.

A intersección dos conceptos de información documental e información electrónica amplía enormemente os límites da primeira e reduce a segunda ó substancial, ó de maior calidade e interese desde varios puntos de vista, desde o estrictamente científico ata o comercial (Figura 1).

Dentro da IE hai que desbota-la información fugaz, irrecuperable por definición, por limitación do seu emisor ou sinxelamente por acabar con-

²² AMAT NOGUERA, Nuria (1988): Op. Cit., p. 279.

²³ A información dixital pode ser envasada en soportes non dixitais para a súa distribución comercial. É o caso da comercialización de CD-ROM.

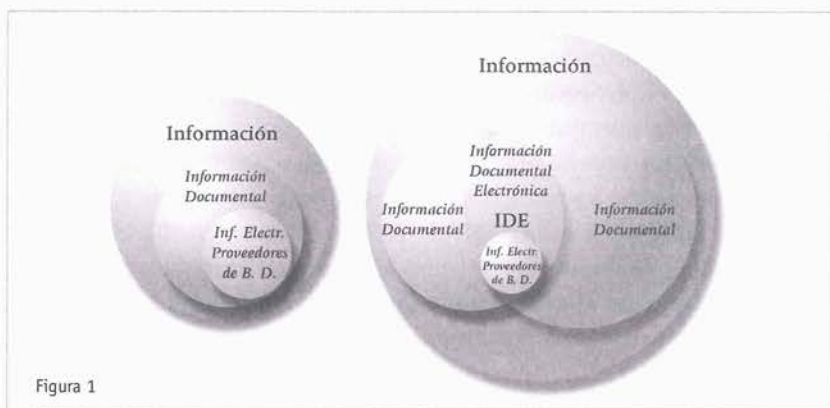


Figura 1

verténdose en ruído ou infopolución. Un caso claro de entender sería unha páxina na World Wide Web que se borra sen que ninguén a almacenara ou sequera visitado nunca. O caso de ruído sería esa mesma páxina que perdeu o seu formato e a súa intelixibilidade. Tamén hai que rexeita-la información de dubidosa veracidade.

Tampouco sería IDE a IE que aínda non foi recompilada e ordenada por ninguén, porque só entón se converte en IDE. Seguindo co exemplo da páxina web, imaxinemos que ninguén recompilase as páxinas web realizadas por españois e referidas ás súas emocións persoais o día de Nadal, ata que esa recompilación non se produza de maneira exitosa e se poida ordenar estaremos falando de simple información electrónica, non de Información documental electrónica.

Ó partir do citado concepto de información documental, a información que se recupera a partir de mensaxes previamente emitidas e conservadas, preséntase unha dúbida: ¿onde encaixa a IDE no proceso comunicativo tradicional: emisor-canle-receptor? Se aceptamos que a información é o contido da comunicación (a información é a mensaxe), a información documental pódese considerar tal cando a mensaxe é recuperada unha vez que o proceso comunicativo concluíu. Pois ben, especialmente na comunicación electrónica, con moita máis frecuencia ca noutras canles, este proceso é inconcluso. Por exemplo, a comunicación establecida mediante un libro entre o escritor e os sucesivos lectores pode durar séculos; a comunicación verbal é por definición efémera, a audiovisual (radio, televisión) tamén, a do xornal dura un día (o tempo na información, un concepto que hai que utilizar seguindo a Desantes²⁴). Na información electrónica ese tempo é tan dificilmente medible coma no libro, pero moito máis multitudinaria por canto é moito máis masiva a

emisión de mensaxes e máis cambiante: un libro é un produto terminado mentres que a información electrónica en rede pode estar en permanente construción. Seguindo a Hahn²⁵, é case un ser vivo.

Obviamente, non toda a información electrónica se pode considerar Información documental electrónica nin é susceptible de selo. Pero na rede pódese chegar a producir un curioso efecto: posto que toda información documental é susceptible de ser electrónica, o medio electrónico amplía a capacidade da información a secas para converterse en información documental. Como se unha inmensa gravadora gardara case toda a información existente á espera de poder ser considerada documental.

6. Orixes e medios da Información documental electrónica

Aínda sen entrar aquí na descrición das distintas tecnoloxías que puideron contribuír á xeración de información electrónica, si podemos repasar someramente as orixes das aplicacións da electrónica no acceso á información.

As orixes da Información documental electrónica hai que buscalas nas primeiras aplicacións do que se veu a denominar tecnoloxías e as novas tecnoloxías da información.

Tecnoloxía da información é o concepto de cómo aplicar tecnoloxías á xeración, almacenamento, tratamento, recuperación e difusión da información.²⁶

No seu sentido máis amplo, tecnoloxías da información eran a pintura coa que se representaban escenas de caza na caverna, as lentes que lle permitían ó artesán seguir adquirindo experiencia que máis tarde transmitiría ós seus aprendices ou, evidentemente, a imprenta (non só a de tipos móbiles de Guttenberg). Pero comunmente non nos remontamos tanto e adoitamos falar dos medios analóxicos como a telecopia, telefacsímil ou fotocopia a distancia, é dicir, o fax; a microforma ou microfilmación e microficha; teletexto, que se difunde por radio, e videotexto, que se transmite por teléfono; por último cabe reseña-lo videodisco e videocinta, que son soportes analóxicos pero que almacenan imaxes previamente dixitalizadas.

Desde ese momento entramos xa nos medios dixitais, nos discos magnéticos, os discos ópticos numéricos (o modo afrancesado de dicir dixitais) e as súas variedades coma o DVD, CD-ROM, CD-I ou o CD-Au-

²⁵ HAHN, HARLEY. Páxinas de Internet 99. McGraw Hill, 1998.

²⁶ AMAT NOGUERA, Nuria (1988): Op. cit. p. 279.

dio, o vídeo dixital, na tecnoloxía que rodea o chamado Arquivo Documental Electrónico e os sistemas de documentación multimedia.²⁷

O desenvolvemento tecnolóxico é o que permitiu que progresivamente exista máis información documental accesible a custos cada vez máis reducidos. Pero o gran salto cualitativo da man das telecomunicacións en combinación coas bases de datos informáticas e tódolos conseguíntes servicios online, desde o mencionado videotex ata os servicios ASCII ou a máis desencorsetada Internet e as futuras autoestradas da información. É o proceso denominado co concepto de Teledocumentación que xa está practicamente desfasado.

Segundo Amat, «a Teledocumentación consiste no acceso de forma selectiva e a distancia á información, é dicir, acceder a bases de datos bibliográficos e non bibliográficos mediante un terminal de teleproceso que permite unha comunicación instantánea e conversacional coa información que contén a base de datos.

Así, podemos establecer como obxectivo primeiro da teledocumentación o recuperar unha determinada información, que se atopa no seu conxunto máis amplo, a través do acceso a un ordenador mediante un terminal de teleproceso».²⁸

Unha base de datos é, segundo a Federación Internacional de Documentación, «un conxunto de datos homogéneos, ordenados de una forma determinada, que se presenta normalmente en forma legible por ordenador (en cinta magnética u outro soporte) y se refieren a una organización, materia o problema determinado». No mesmo contexto defínese banco de datos como «un sistema de información automatizado que consta de una o más bases de datos, un sistema de gestión de las mismas, programas de aplicación adecuados y el soporte físico del sistema»²⁹.

As técnicas de *teledocumentación* popularizáronse gracias á simplificación das estratexias de busca e, sobre todo, o abaratamento das ferramentas necesarias: ordenadores, redes e software, as mesmas ferramentas que tamén contribuíron a que cada vez haxa máis creadores de información primaria. Así prodúcese o coñecido paradoxo: a máis cantidade de información e maior accesibilidade, maior risco de estar sobrecargado e *infopolucionado* de tal maneira que resulta tremendamente difícil encontrar-la información que se necesita no momento adecuado. Isto chega a provocar unha perigosa ansiedade da información. Ante este fenómeno


²⁷ Para unha máis ampla descrición das aplicacións da electrónica no acceso á información ver Da Costa Carballo, Carlos. *Introducción a la informática documental. Fundamentos prácticos y jurídicos*. Madrid, Síntesis, 1993, p. 115 e ss. AMAT NOGUERA, Nuria. Op. cit. pp. 310 e ss.

²⁸ AMAT NOGUERA, Nuria (1988): Op. cit. p. 319.

²⁹ CORNELLA, Alfons. (1996). Op. cit. p. 39.

xorden os produtores de información secundaria e terciaria, é dicir, a representación condensada de documentos primarios e as listaxes de publicacións secundarias, respectivamente. Así que, como tantas outras veces, o deseñado para resolver un problema ó mesmo tempo agrávo.

Ó final segue sendo necesaria a intervención da peneira humana, alguén que asuma a responsabilidade de seleccionar aceptando erros. É o intermediario de información no seu sentido máis amplo, denominado tamén como infomediario, axente de información ou xestor de información, todas elas traducidas do inglés «information broker», exercente como tal ou baixo outras denominacións e incluso funcións laborais teoricamente distintas. Este intermediario pode ir desde a simple biblioteca ó consultor de información, incluíndo ó teledocumentalista ou ó investigador de mercados.

Aínda que a tecnoloxía promete que chegará o momento no que calquera sen unha preparación específica se poderá mover con éxito polo universo da información, a verdade é que non parece moi probable, polo menos no que se refire ó que en definitiva é máis importante, o último elo que une a cadea documental co usuario: os servizos de valor engadido, cando a información significa directa ou indirectamente diñeiro. En efecto, ata acadala utopía na que a tecnoloxía se relacione coas persoas da mesma maneira que estas o fan entre si, é dicir, coa linguaxe natural, coa voz e os xestos, coas mensaxes implícitas e incluso coa identificación de necesidades implícitas que se poidan satisfacer, non só será imprescindible a intermediación humana senón o constante desenvolvemento de sistemas que lle proporcionen á información documental un especial valor engadido.³⁰ Todo o demais será case de balde, e xa se sabe que o que non custa non vale. 

³⁰ Íbidem. p. 38.



XURISPRUDENCIA

A FISCALIZACIÓN XUDICIAL DO OUTORGAMENTO DE INDULTO (SENTENCIA DO TRIBUNAL SUPREMO DO 11 DE DECEMBRO DE 2002, SALA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 6ª; RELATOR EXMO. SR. D. ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ)

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo
da Universidade de Santiago de Compostela

1. Unha das máis típicas prerrogativas rexias é, sen dúbida, o dereito de gracia, recollido na alínea i) do artigo 62 CE e regulado aínda na projecta Lei do 18 de xuño de 1870 («reglas para o exercicio da Gracia de Indulto»), se ben modificada pola Lei 1/1988, do 14 de xaneiro.

Este precepto da Constitución non suscitou a penas debate na discusión parlamentaria do texto fundamental en ningunha das súas alíneas, tampouco no que agora nos ocupa, a pesar da súa importancia para a adecuada integración da Coroa na armazón institucional do Estado. Sen embargo, esta falta de debate non quere dicir que o exercicio da prerrogativa de gracia deixe de presentar actualmente problemas, sobre todo desde a perspectiva do principio de igualdade e desde o punto de vista do control dos actos do Estado, entidades ambas cardinais no espírito e na letra constitucional. Os problemas son tanto doutriniais coma prácticos.

En efecto, destacados penalistas e administrativistas criticaron acerbamente tanto a persistencia no noso sistema dos actos de gracia como a súa actual regulación, xaxún de elementais controis do seu exercicio que esixe o sistema democrático. Non faltan desde logo defensores do indulto, incluso do particularizado (único vixente, pois no noso dereito están prohibidos os indultos xerais), en razón de moralizantes argumentos, como a necesidade da piedade para a convivencia social, ou en razón

da súa presumible utilidade para a recuperación social do penado antes de extingui-la súa condena. Tamén en razón da necesidade de emendar posibles erros xudiciais ou de atender a «nobres consideracións de conveniencia política» (Cáceres Crosa). Pero son máis abundantes as críticas, sobre todo cando se trata de indultos condicionados por razóns de «utilidade pública» (terminoloxía da Lei de 1870), que resultan moi evocadoras da «razón política», sempre de moi difícil control.

Ante todo, no noso sistema o indulto aparece na Constitución como un acto persoal do Xefe do Estado, non como un acto de goberno. E, sen embargo, dada a súa irresponsabilidade proclamada, acórdase en realidade polo Goberno, mediante decreto, converténdose na práctica e en boa medida nunha función gobernamental, desligada da vontade do rei, o que non deixa de presentar problemas. En realidade, o fenómeno é común a outros sistemas europeos. En Inglaterra, por exemplo, a «prerogative of mercy» é tamén un poder discrecional da Coroa, pero na práctica o que a exerce é o «Home Secretary», que é o ministro encargado de referenda-lo «sign manual barrant» mediante o que se outorga o indulto. Na nosa Constitución de 1931, en cambio, atribuíaselle a concesión dos indultos individuais ó Tribunal Supremo, a proposta do sentenciador, do fiscal, da Xunta de prisións ou a instancia de parte. Só o indulto dos delitos de extrema gravidade, que comportaban a imposición da pena de morte, lle quedaba reservado ó Xefe do Estado.

A aparencia constitucional de que estamos ante unha verdadeira prerrogativa rexia exercida polo monarca á súa vontade agudizou as críticas ó seu texto. Considera, por exemplo, Gimbernat que o outorgamento dos indultos debería basearse en razóns de política criminal e non na vontade subxectiva do Rei, como aparentemente se derivaría da dicción del artigo 62, i) CE. Parada, pola súa parte, tras resaltar que o acto de concesión polo Goberno do indulto non pode ser axuizado ante ningún tribunal, nin sequera a instancia dos prexudicados polo delito, mantén que o dereito de gracia é «un atavismo xurídico que haberá que derrogar ou corrixir ou, polo menos, someter a control xudicial, porque constitúe non só un atentado á independencia xudicial senón tamén ó principio de igualdade e non discriminación e é un sarcasmo para as vítimas».

2. A cuestión encádrase, pois, no *desiderátum*, de que se oufanan moitas das exposicións de motivos das nosas leis, do control de tódolos actos que emanan dos poderes públicos. Da existencia ou inexistencia en suma de actos de «natureza política ou constitucional» exentos de control xudicial na súa esencia ou contido.

É coñecido que desde hai tempo, xa antes da nova Lei xurisdiccional de 1998, boa parte da nosa doutrina veu pregoando de maneira volunta-

rista a desaparición da nosa orde xurídica dos chamados actos políticos. Non se dubida da boa intención e incluso virtualidade conformadora de tales asertos. Pero o certo é que a realidade xurídica seguiu mostrando outra cousa: que calquera pode encontrarse facilmente co chamado «in-encontrable» acto de goberno, con que é obvia a persistencia de actos ou actividades inmunes ó control xudicial de fondo, moitas veces consagrados por leis que se empeñan en baleirar de contido a tendencia á ampliación do seu ámbito insita nas sucesivas regulacións xerais do noso contencioso administrativo. O que, ademais, non deixa de ser unha tendencia, por máis que sexa saudable, xa que a vixente Lei xurisdiccional de 1998 no terminou con tales fantasmas, que seguen presentes no noso dereito. O sistema implantado, como é ben sabido, aséntase nun criterio «equilibrado»: a atribución á xurisdicción contencioso administrativa destes actos (que non se vén liberados da súa «especial» natureza non administrativa), pero só para protexe-los dereitos fundamentais que puideran ser vulnerados, para controla-los elementos regrados e para fixa-las indemnizacións que resulten procedentes. Un control xudicial, pois, moi limitado, que non pode entrar no «núcleo duro» da liberdade decisoria, coa conseguinte exención do control.

A xurisprudencia ten tamén formulado doutrina abundante acerca da diferenciación entre acto administrativo e acto político e a non suxeición deste último ó control xudicial, aínda que é ben certo que tal distinción veu sendo «minorada», como demostran as coñecidas sentencias de 1997 sobre a decisión do Goberno de non desclasificar determinados documentos declarados secretos. Unha tendencia que se agudiza trala nova Lei da xurisdicción contencioso administrativa (co seu artigo 2 a), como pode verse, por exemplo, nas sentencias do Tribunal Supremo do 9 de outubro de 2000 e 13 de decembro de 2001 (AZ., respectivamente, 8242 e 3460, de 2002 esta última).

3. Nesta orde de exencións, os supostos de indulto (igual que, por exemplo, as medidas tomadas pola Administración para «xestionar», sen proceso, as penas e operar para a reinserción social) resultan especialmente rechamantes e, por qué non dicilo, socialmente conflictivos. Na mente de todos está o caso dos indultos de xuíces separados da carreira, acordados sen petición previa do condenado e con pretendidos efectos da súa reincorporación a esta, que non deixaron de causar alarma social, pola presunta politización da decisión governamental e a súa imposibilidade de control.

¿Resulta razoable e, sobre todo, coherente cos principios constitucionais de igualdade e non discriminación o mantemento desta figura?, ¿achega algunha utilidade nos sistemas penitenciarios progresivos, con

liberdade condicional, redención de penas polo traballo, etc.?, e sobre todo, de manterse, ¿resulta xuridicamente correcto e desexable impedir todo control xudicial sobre o fondo do outorgamento de indulto? ¿Cal é o estado da nosa xurisprudencia ó respecto?

4. Unha recente sentenza do Tribunal Supremo (11 de decembro de 2002, AZ. 372, de 2003) bota algunha luz ó respecto. Os feitos circunscribíense en síntese ó seguinte. Un socio dunha entidade mercantil dedicada á construción foi condenado pola correspondente Audiencia Provincial, por un delito de estafa, á pena de 6 anos e un día (Sentencia do 19 de abril de 1996). El recorreu esta sentenza, en casación ante o Tribunal Supremo, este declarou non haber lugar a tal recurso, pero dada a concorrencia de dilacións indebidas (o xuízo oral tivo lugar dez anos despois da iniciación do procedemento) propuxo o indulto parcial do recorrente ata deixa-la súa pena reducida a un ano de privación de liberdade (STS 17 de marzo de 1998).

Sobre esta base, pero sen seguir estrictamente o seu dictado, o Real decreto 2677/2000, do 1 de decembro, indultou o condenado «á metade da pena privativa de liberdade pendente de cumprimento», un tempo superior ó dun ano que fixara o Tribunal Supremo na súa sentenza de 1998. Desconforme con isto, o condenado formulou oposición fronte tal Real decreto, ante o Tribunal Supremo, pedindo a súa anulación «por ter transgredido os límites aplicables para a súa concesión en atención ós termos en que foi proposto pola Sala segunda do Tribunal Supremo ou, subsidiariamente, se anule por falta de motivación, con retroacción do actuado a fin de que se razoe debidamente a adopción da decisión impugnada e solicitando, nun e outro suposto, unha indemnización polos danos morais que polo seu ingreso en prisión se lle causaron».

A sentenza recaída, se ben non é moi extensa nas súas argumentacións, trata as cuestións máis importantes que suscita este preito, sobre todo en punto ós aspectos de control, os que aquí máis interesan.

a) Ante todo, o Tribunal Supremo acolle a causa de inadmisibilidade, aducida pola avogacía do Estado, do artigo 69 c) da LXCA («actos non susceptibles de impugnación»; artigos 1 e 25), no sentido de que «a natureza xurídica do indulto exclúe o control xurisdiccional en canto que o dereito de gracia se lle reserva ó rei co só límite da prohibición de indultos xerais, segundo prescribe o artigo 62 i) da Constitución». Xa se ve, pois, que non entra en ningunha consideración sobre quen na práctica exerce no noso dereito o dereito de gracia.

b) Matizando un tanto as expresións (exclusión total do control xurisdiccional) afirma que «certamente, a concesión do indulto constitúe unha consecuencia da prerrogativa real de gracia, de sorte que a súa concesión ou denegación se conforma como un acto non suxeito ó dereito administrativo e conseguintemente a súa revisión recae fóra do ámbito da nosa xurisdicción, excepto no puramente procedemental de cumprimento dos trámites establecidos para a súa adopción, que poden ser fiscalizados no seu aspecto meramente administrativo.

Dito isto, e constatado que tales vulneracións da debida tramitación non concorrían no suposto, o Tribunal ben podería ter concluído a súa sentenza. Sen embargo, faise un esforzo argumentativo que parece inspirado por unha «certa mala conciencia» pola aceptación acrítica da subsistencia de actos de natureza política e inmunes, como tales, ó control xudicial, a pesar dos novos criterios do artigo 2 da vixente lei xurisdiccional.

Como se dixo, se asume aquí a regra tradicional de limitación do control estritamente ó procedemento de adopción, deixando exento o núcleo por completo discrecional e incontrolable da decisión. O Supremo apoia o seu criterio no sustentado polo Tribunal de Conflictos de Xurisdicción en diversas sentencias (cita a do 13 de xuño de 2001), que manifestan a posibilidade de efectuar un certo control, por vía xurisdiccional, dos indultos outorgados polo Goberno, pero cinxido exclusivamente ó principio de legalidade, sen que se poida estender á «motivación discrecional, prerrogativa rexia, que constitúe a esencia do perdón». Ancórase así na posición máis inflexible respecto do control da discrecionalidade (como vén facendo de forma reiterada tamén noutros ámbitos, como por exemplo a chamada «discrecionalidade técnica»), fuxindo incluso con especial coidado de aludir ó control con base nos «elementos regrados» (artigo 2-a da LXCA), como revela a súa innecesariamente repetida afirmación de que o indulto non é, *stricto sensu*, un acto administrativo «nin menos un acto cuasi-regrado como pretende o recorrente». Entendo que, polo menos, deberían terse presentes aquí as consideracións contidas nos autos do Tribunal Supremo do 18 de xaneiro e 27 de abril de 1993, en recursos interpostos contra o Decreto 364/1992, do 10 de abril, sobre nomeamento de fiscal xeral do Estado. O requisito de que o elixido para o cargo deba ter «máis de quince anos de exercicio efectivo da súa profesión» (de xurista) «é verificable en termos xurídicos e non debe subtraerse ó control dos tribunais, polo que o recurso é admisible...» E, na mesma liña, considera-las afirmacións da Sentencia do 22 de xaneiro de 1993 (entre outras moitas) que, tras admiti-la existencia de actos dos máximos órganos constitucionais que teñen así mesmo «un máximo contido político» e que polo tanto non son controlables respecto ó fondo da decisión en sede xurisdiccional, manifesta que «en

canto os ditos actos conteñan elementos regrados establecidos polo Ordenamento xurídico, estes elementos si son susceptibles de control xurisdiccional». ¿Ha de operar como elemento regrado da decisión gobernamental a predeterminación normativa do contido temporal do indulto efectuada por sentenza firme? Disto falarase máis adiante.

c) O Tribunal Supremo extrema ademais o carácter incontrolable destes actos ó negar de forma tallante a necesidade da súa motivación. Isto é coherente coa súa non referencia ós elementos regrados como medio de control e tamén coa súa negativa a entrar en materia da indemnización pedida polo recorrente, con esquezo das prescricións do xa citado artigo 2 a) da Lei xurisdiccional. Para estes efectos, argumenta que a Lei 30/1992 «non establece a motivación como requisito xeral de todo acto administrativo, pois só os actos que se enumeran no artigo 54.1 deben ser motivados», aínda que engade –no que parece unha contradicción– que «se ben, dada a extensión dos supostos contemplados no citado precepto, podemos afirmar que a motivación constitúe a regra xeral». E, a maior abundamento: «agora ben, con isto non queremos dicir que *de lege ferenda* fose conveniente que estes actos contiveran unha especificación sucinta das razóns sobre as que se fundamentan, a fin de determinar con maior certeza e exactitude o coñecemento da vontade manifestada e permiti-lo seu control xeral, máxime cando na resolución do Comité de Ministros do Consello de Europa do 27 de setembro de 1977 se recomenda que na lexislación dos países europeos se recolla o principio de que cando un acto é susceptible de afecta-los dereitos, liberdades ou intereses, o administrado deberá ser informado dos motivos sobre os que se funda...»


Resulta certamente difícil discrepar destas afirmacións. Pero, na mesma medida, resulta tamén difícil de entender que isto non levara ó Tribunal a unha esixencia de motivación suficiente da decisión adoptada polo Goberno (que –non se esqueza– se afasta do proposto polo propio Tribunal Supremo na súa sentenza), xa que isto tería posibilitado o control do feito en base a elementos que poden reputarse de regrados. Debe observarse que, neste suposto, non é o condenado o que solicita o indulto, senón que son os propios xuíces os que na súa sentenza o propoñen en razón do seguinte argumento: concorreu un «retardo inexplicable» na tramitación de proceso; as dilacións indebidas supoñen un vicio de carácter constitucional, «unha práctica denegación da tutela xudicial efectiva»; en consecuencia, atopámonos ante «unha vulneración dun dereito fundamental cunha reprensión sobre o afectado que ten que plasmarse ou nunha diminución da medida da culpabilidade ou nunha redución da pena por vía do exercicio do dereito de gracia», e os xuíces non só propoñen o indulto, senón que na súa sentenza, inmodificada

en todo o demais, o taxan expresamente nos seus termos temporais: unha pena dun ano de privación de liberdade e non outra cousa. E non outra cousa, porque tal redución é a que entenden xusta para compensar ou estaña-la vulneración do dereito fundamental do afectado. Outra vez, pois, o artigo 2 a) da LXCA como fundamento do control do acto gobernamental. ¿Pode o Goberno afastarse desta determinación xudicial? ¿Constitúe esta un elemento regrado do acto e, polo tanto, controlable?, ¿que razón xurídica existe para defende-la innecesariedade de motivación da alteración polo Goberno do dictado xudicial?, ¿por que nesta sentenza o Tribunal non obriga ó Executivo a actuar na marxe que o órgano xudicial indicara nunha sentenza anterior?

É certo, e así se destaca polo Tribunal Supremo, que «non existe ningunha norma que obrigue ó Executivo a modifica-las decisións que adopte á hora de conceder total ou parcialmente ou denegar unha petición de indulto que lle fora elevada, sexa por un particular, institución ou outro Poder do Estado». En realidade, tal obriga pode vir dada, sen necesidade de norma expresa, por principios xerais. Pero ademais esta presunta non vinculatoriedade ¿produciríase igualmente cando, como no caso, unha sentenza firme anula a primitiva e, en razón da defensa e restauración dun dereito fundamental do recorrente, inclúe na súa resolución a proposta de indulto parcial taxado no seu alcance? Non acabo de encontrar razóns sólidas que avalen a libérrima soltura decisional do Goberno neste suposto.

5. Obsérvese que non estamos aquí ante un suposto de indulto que puideramos chamar «puro», instado directamente das instancias competentes polo condenado en sentenza firme, senón dun indulto proposto e configurado pola autoridade xudicial na súa sentenza. Se no primeiro caso o indulto se inseriría de maneira inequívoca na facultade puramente graciable do órgano decisorio (a vontade sobre o perdón), sen que a decisión veña condicionada por elementos regrados que non sexan os meros requisitos de procedibilidade (que o indulto se solicitase, por exemplo), no segundo suposto en cambio as cousas teñen un perfil diferente.

É frecuente, en efecto, na nosa xurisprudencia que os tribunais penais se encontren con rixideces do sistema punitivo que dificulten a imposición dunha pena xusta. Non é raro que o Tribunal considere que existe desproporción entre a real gravidade dos feitos axuizados e a pena legalmente prevista para eles, dada a «menor entidade do inxusto». Nestes casos non pode o xulgador acudir á aplicación dunha atenuante analóxica (STS do 18 de xullo de 2002), pero si acollerse á previsión do artigo 4.3 do Código penal, dirixindo de oficio ó Goberno, solicitude de exercicio do dereito de gracia para o condenado, que reduza a pena aplicable, dimen-

sionándoa ó que se entenda de xustiza. Outras veces, o Tribunal non aprecia a concorrencia dunha atenuante analóxica cualificada, pero si, como no caso que nos ocupa, a existencia dunhas dilacións indebidas que chegan a vulnera-lo dereito de tutela xudicial efectiva, que debe ser estañado, acudindo así mesmo á proposición do indulto total ou parcial. Pois ben, nestes supostos o indulto non é puro, arbitrado sobre a base do simple perdón e sen outros condicionantes, senón posto en marcha polos mesmos xuíces: sen indulto non hai sentenza xusta, actuando a dimensión do tempo de pena condonado como un elemento regrado, que o titular da facultade de gracia non debería, en xustiza, alterar. E, en consecuencia, a decisión governamental debería poder ser fiscalizada nestes extremos polos xuíces. Se a inmunidade do poder non agrada nos supostos de indulto do primeiro grupo, repugna abertamente nos do segundo. 



**CRÓNICA
PARLAMENTARIA**

AEQUITAS PRAEFERTUR RIGORI: A GALEGUIDADE E OS SEUS SÍMBOLOS

Xosé A. Sarmiento Méndez

Letrado do Parlamento
Profesor de dereito constitucional

Resulta coñecida a transcendencia que a doutrina máis reputada (R. Smend¹) lles atribuíu ós símbolos dentro do que denominou «integración real» das organizacións políticas. Trataríase de fenómenos que significan participación dos individuos nun contido de valores estatais ou encarnados no Estado. No caso galego son varios os aspectos simbólicos que o ordenamento xurídico de Galicia toma en conta e que superan con moito os tradicionais símbolos identificativos (bandeira, escudo e himno).

En efecto, ó meu xuízo, existen outras facetas identificativas ademais das citadas que veñen de reforzar fondamente o miolo do que podemos entender por galeguidade: fundamentalmente a identificación coa Galicia da diáspora e o asentamento dunha sede unanimemente aceptada para as institucións autonómicas.

1. Os símbolos

Dende unha perspectiva positivista entendo que o principal símbolo que pode e debe en todo momento reforza-lo sentimento de galeguidade deriva non tanto de aspectos gráficos ou sonoros con raizames tra-

¹ RUDOLF SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*. München u. Leipzig, 1928, páxinas 28 e seguintes.

dicionais, coma do valor propio que ten o Estatuto de Autonomía para vigoriza-lo «patriotismo estatutario», nun sentido xa pregoado noutros países non tanto para resolver tódolos problemas de convivencia, pero si para fornece-los principios, instrumentos e procedementos para actuar no debate público².

Unha vez afirmada a esencialidade do programa estatutario no tocante ó reforzamento das claves da autonomía, debe recoñecerse que os aspectos simbólicos e incluso meramente xestuais teñen unha relevancia na vida política dos países que dista moito de resultar desprezable. Supostos extremos do papel esencial que se lles outorga en certos sistemas políticos son os correspondentes á tradición monárquica británica que aínda na actualidade seguen sendo ponderados por parte dos estudiosos³. Velaí o alcance que no ámbito galego teñen as facetas simbólicas da vida política.

1.1. Os símbolos políticos de Galicia

O artigo 4.2 da Constitución Española reconece a potestade para que os estatutos de autonomía conteñan bandeiras e enxeñas propias das comunidades autónomas. Esta proclamación constitucional leva consigo a atribución ás comunidades autónomas da competencia para determinar qué símbolos recoñecen ou fixan como propios, de tal xeito que esta competencia é de carácter dispositivo, isto é, pode ser exercida ou non por parte dos poderes autonómicos.

O símbolo político autonómico desenvolve unha dobre función de carácter moi diferenciado. Por unha banda unha función significativa integradora e por outra unha función representativa e identificadora, que debe exercer coa maior pureza e virtualidade posibles. Estes condicionantes non poden facer esquecer en ningún momento que na dialéctica democracia *versus* simbolismo se admiten certas posibilidades institucionais que non resultan totalmente conformes coa teoría democrática, e isto, como vén de sinalar Oliver Araujo⁴, aínda os niveis máis altos da xefatura do Estado.

² Neste sentido apuntan as reflexións acerca do patriotismo constitucional recollidas no traballo de FRANCO PIZZETTI: «Il cambiamento costituzionale in Italia tra governance e governabilità democratica dei sistemi complessi» incluído na revista *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, ano 34, núm. 134, 4.º trimestre 2001, páxs. 7 e ss.

³ Así recentemente se pronuncia Philippa Tudor no seu traballo: «The Ceremony of introduction of Bishops to the House of de Lords» incluído en *Parliamentary History*. Vol. 21, parte II, 2002, páxs. 241 a 245.

⁴ En este sentido Joan OLIVER ARAUJO: «Cuatro reflexiones sobre la monarquía y la República» *Revista de derecho político* núm. 53, Madrid 2002, páxs. 13 a 24.

Consciente destes aspectos, o artigo 6 do Estatuto de Autonomía para Galicia establece por unha banda unha descrición da bandeira de Galicia, da que di que: «é branca cunha banda diagonal de cor azul que a atravesa desde o ángulo superior esquerdo ó inferior dereito». Ademais reafírmase nitidamente a existencia dun himno e escudos propios.

Dende un punto de vista crítico podemos dicir que este contido descritivo do artigo do Estatuto non é o máis axeitado, parecendo moito máis acaído que o Estatuto contemplase unha proclamación como a que contén o artigo 1 da Lei de símbolos de Galicia ó establecer que a bandeira, o escudo e o himno de Galicia simbolizan a súa identidade como nacionalidade histórica⁵.

No tocante á bandeira, é a disposición adicional primeira da Lei de símbolos de Galicia a que fixa a súa descrición detallada e a presenza nesta do escudo de Galicia. Así prevese que a bandeira de Galicia terá unha lonxitude igual a tres medios do seu ancho e o ancho da banda será igual á cuarta parte do ancho da bandeira. Máis polo miúdo é o Decreto 73/1985, o que completa a especificación técnica das cores que deben usarse para a confección de bandeira e escudo⁶.

O escudo de Galicia está descrito na disposición adicional segunda da lei de símbolos. Nesta dispónse que nas bandeiras o escudo deberá colocarse no centro e a súa altura será igual á metade do ancho da bandeira.

Por último, a descrición do himno galego faise tamén na disposición adicional terceira da Lei de símbolos e especificase, por unha banda, que a letra do himno é autoría do bardo Eduardo Pondal e, por outra, que a partitura oficial foi composta por Pascual Veiga. Como vén de sinalar Ben Wellings⁷ para o caso inglés, existen moitos símbolos que son previos ó nacemento institucional das propias nacións e que se consolidan polo seu uso unha vez que pasan a ser consagrados normativamente. Esta reflexión resulta de interese á luz da lectura da disposición adicional cuarta da Lei de símbolos de Galicia posto que nela, entre outros aspectos, se dispón e reconece o uso e preeminencia da antiga marcha do Reino de Galicia, «sen que o seu uso, o seu ritual ou o seu exercicio poidan menoscala-la preeminencia que lles corresponde ós símbolos descritos na presente lei».

⁵ A Lei 5/1984, do 29 de maio de Símbolos de Galicia (DOG núm. 120, do 23 de xuño de 1984).

⁶ Decreto da Consellería de Presidencia publicado no DOG núm. 87 do 8 de maio de 1985.

⁷ Na súa recente achega «Empire-nation: national and imperial discourses in England» *Nations and Nationalism*. Vol. 8, parte I, xaneiro 2002, páxs. 95 a 109.

1.2. O uso dos símbolos

O uso da bandeira galega dispónse, xuntamente coa de España en tódolos edificios públicos do ámbito territorial da Comunidade Autónoma, e nos actos oficiais que nela teñan lugar. Esta previsión legal vén acompañada do condicionante derivado do carácter complexo do Estado español, e polo tanto do necesario respecto á lexislación específica e ás precedencias que sexan de rigor e que poidan vir establecidas en leis ou normas estatais.

O noso Tribunal Constitucional vén de asumir expresamente o carácter de símbolos do Estado español para as bandeiras e enxeñas previstas no artigo 4 da Constitución e recoñecidas nos estatutos das comunidades autónomas. Este recoñecemento non ten evitado que en ocasións certos entes políticos, fundamentalmente concellos teñan aprobado acordos nos que, ordenando mante-las bandeiras oficiais nos seus consistorios, condenan o marco constitucional do que deriva a citada legalidade reguladora dos símbolos. O Tribunal Supremo en sentenza do 15 de xuño de 1993 adoitou un posicionamento «utilitarista» ó admitir como conforme á legalidade esta práctica do respecto á legalidade aínda con condenas ideolóxicas á globalidade do ordenamento xurídico.

A lei galega é tremendamente respectuosa e incluso regulamentista no tocante ó uso da bandeira de Galicia. Así, prevese que cando concorra só coa bandeira de España situarase á súa esquerda dende a Presidencia, se a houbese, e á dereita dende o observador. No caso de concorrer ademais con outras bandeiras de concellos, deputacións ou calquera outra corporación pública que utilice bandeira propia, a de Galicia situarase á dereita da de España se o número é impar e á súa esquerda se fose par.

A única prescrición de carácter claramente tuitiva por parte do lexislador autonómico para a bandeira galega é o contido do artigo 6.2 da Lei de símbolos posto que nel se establece que se a galega concorre con outras bandeiras, estas non poderán ter maior tamaño cá de Galicia.

O uso do escudo da Comunidade Autónoma galega aparece minuciosamente precisado na lexislación correspondente. Así ata un total de 10 supostos se prevén como de obrigatoria inclusión para o escudo de Galicia. En primeiro lugar nas bandeiras oficiais da Comunidade Autónoma, tamén nas leis de Galicia que promulgue no nome de El Rei, o presidente da Xunta. Nas placas nas fachadas dos locais da Administración autonómica, nos cuños en seco e de lacre da Comunidade Autónoma, nos títulos acreditativos de condecoracións galegas, nas publicacións oficiais, nos documentos, impresos, cuños e cabeceiras de uso oficial na Comunidade, nos diplomas e títulos expedidos pola Comunidade Autónoma, nos distintivos usados polas autoridades ou funcionarios da Comunidade ós que lles correspondan e, por último, nos edifi-

cios públicos e nos obxectos de uso oficial nos que, polo seu carácter representativo, sexa pertinente.

Esta enumeración presenta problemas na actualidade cando se trata de deseñar unha imaxe pública institucional de certos entes autonómicos ou empresas públicas, xa que os soportes e materiais nos que hai que plasma-lo escudo fan difícil respectar total e fielmente a previsión legal, por ausencia de concreción ós medios tecnolóxicos vixentes (así, por exemplo, no caso dos medios informáticos).

O himno galego é interpretado nos actos oficiais solemnes das institucións autonómicas de Galicia e das entidades locais do seu territorio. Como reconece a Sentencia do Tribunal Constitucional 119/1992, do 18 de setembro, os símbolos autonómicos constitúen expresión da autonomía que a Constitución ampara e da pluralidade e complexidade do Estado que configura, desta maneira non debe estrañar que na lei galega se xeneralice o uso do himno galego para calquera institución autonómica ou local existente en Galicia.

1.3. A protección xurídica dos símbolos

Resulta problemático que sexa un artigo da Lei de símbolos de Galicia o que dispoña a mesma protección xurídica para os símbolos galegos que o que as leis estatais lles confiren ós símbolos do Estado «con aplicación dos mesmos casos e supostos que estas contemplan». A protección penal, como sabemos, non pode ser outorgada mediante leis autonómicas, posto que pola natureza de lei orgánica que se esixe no artigo 81 da Constitución para aquelas que limiten dereitos ou liberdades fundamentais, deberán se-las Cortes Xerais as que dispoñan a protección penal dos símbolos autonómicos. Esta doutrina veu ser asentada, no sentido de reforza-la seguridade xurídica, pola Sentencia 118/1992 dictada polo Tribunal Constitucional o 16 de setembro dese ano. Nela declárase a inconstitucionalidade do artigo 10, alínea 3.º da Lei 39/1981, que presumía a publicidade nas afrontas e ofensas ás bandeiras para os efectos do disposto no antigo artigo 123 do Código Penal. Hoxe en día este problema está resolto pola actual redacción do novo Código Penal de 1995 (artigo 543) que tutela de xeito igual os símbolos estatais e autonómicos no ámbito sancionador.

Distinta protección é a contemplada pola disposición transitoria segunda da Lei de símbolos de Galicia na que, sen prexuízo de admiti-la necesidade de que os símbolos galegos naquel momento existentes deban axustar no disposto na lei no prazo dun ano, permite que se manteñan os escudos existentes en edificios declarados monumentos histórico-artísticos e naqueles outros monumentos, edificios ou construcións da que sexan parte ornamental importante ou se a súa estrutura se puidese danar

ó separa-los escudos. Esta disposición resulta de polémica aplicación cando os escudos existentes pertencen a réximes políticos anteriores de carácter non democrático e figuran en edificios que teñen unha significación simbólica relevante na vida pública de Galicia (así no caso dos pazos de xustiza de certas cidades e vilas do país).

2. A galegitude

A poboación de Galicia como integrante humana do concepto da nacionalidade histórica mostra unha virtualidade diferente á do elemento persoal «pobo», en canto elemento constitutivo do Estado, segundo a teoría tradicional da Teoría do Estado. Neste sentido a comunidade galega está presente tanto en Galicia coma fóra do territorio galego, e esta realidade e unha constatación, dende a perspectiva actual e en palabras de Sabino Cassese⁸ do espacio xurídico global, isto é no noso caso, da existencia de intereses galegos no exterior.

2.1. A súa dimensión xurídico-política

O artigo 7.1 do Estatuto de Autonomía para Galicia define a galegitude como o dereito das comunidades galegas asentadas fóra de Galicia a colaboraren e compartiren a vida social e cultural do pobo galego. Esta definición vese complementada coa remisión a unha futura lei do Parlamento galego, que como sabemos, resultou se-la Lei 4/1973, do 15 de xuño, de recoñecemento da galegitude⁹.

Non cabe dúbida de que este contido definido estatutaria e lexislativamente parte dun presuposto constitucional integrado no artigo 9.2 da Constitución. Martínez Sospedra¹⁰ ten afirmado que a libre determinación persoal materialízase nun sistema de dereitos recoñecidos pola Constitución, pero este sistema non esgota de ningún modo o seu ámbito de actuación. Deste xeito, e para o caso que nos ocupa, non é cuestionable que o dereito a compartirla vida social e cultural do pobo galego se atopa fundamentalmente relacionado co libre desenvolvemento da personalidade e vai máis alá dos dereitos recoñecidos taxativamente pola Constitución española.

⁸ Así en «Lo spazio giuridico globale» recollido na *Rivista trimestrale di diritto pubblico* n° 2 de 2002, páxinas 323 e seguintes.

⁹ Texto publicado no *Diario Oficial de Galicia* núm. 86, do 16.07.1983.

¹⁰ No seu traballo: «La seriedad de los derechos» *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49 UNED, Madrid, 2000.

A previsión do Estatuto Galego complétase na alínea segunda do artigo 7 coa referencia á que a Comunidade Autónoma poderá solicitar do Estado español, que, para facilita-lo disposto anteriormente, celebre os oportunos tratados ou convenios cos Estados onde existan tales comunidades.

O Tribunal Constitucional español tivo ocasión de manifestarse na súa Sentencia do 12 de novembro de 1985, en relación a un conflito positivo de competencia promovido polo Goberno do Estado fronte ó Decreto 120/1982 do 5 de outubro, polo que se creaba o Instituto Galego de Bacharelato a Distancia. Esta xurisprudencia deseñou o principio de territorialidade na actuación autonómica condicionando o exercicio das competencias cando se desenvolven fóra do establecido no artigo 37.1 do Estatuto de Autonomía para Galicia. Nembargantes posibilitou a sinatura de acordos de colaboración que ademais son valorados positivamente pola doutrina¹¹, facendo referencia expresa ó disposto nos artigos 3.3 e 149.2 da Constitución que conteñen previsións específicas respecto ás peculiaridades culturais presentes no Estado. Estas previsións son complementadas na propia xurisprudencia do propio Tribunal coas citas dos artigos 7 (recoñecemento da galegitude e sinatura de tratados e convenios internacionais) e 32 (fomento dos valores culturais do pobo galego).

A elaboración teórica do noso máximo intérprete da Constitución complementouse coa importante Sentencia do 31 de xaneiro de 1991¹² na que se afirma de forma nítida que non toda acción exterior das comunidades autónomas necesita a intermediación do Estado pois unha interpretación contraria limitaría as competencias autonómicas e se asimilaría o proceso que no caso alemán xerou un progresivo desapoderamento competencial dos estados a favor da Federación¹³.

2.2. O desenvolvemento legislativo

As comunidades galegas no exterior defínense como entidades asociativas sen ánimo de lucro, validamente constituídas e con personalidade xurídica no territorio en que se atopan. Esta configuración vese completada coa necesidade de cumprir dous requisitos:

¹¹ Neste sentido Desidereo Fernández Manjón: «La colaboración como instrumento de construcción de los Estados compuestos asimétricos. Luces y sombras». Publicada na revista *Autonomías*. Revista catalana de Derecho Público núm. 27, decembro de 2001, Barcelona, páxinas 7 a 26.

¹² Recaída en relación co recurso de inconstitucionalidade promovido entre outros polo Consello da Xunta de Galicia contra determinados preceptos da Lei 16/1975, do 25 de xullo, reguladora do patrimonio histórico.

¹³ Thomas VON DANWITZ: «La colaboración en la estructura del Estado. La experiencia alemana». Publicada na *Revista de estudios autonómicos*. Ministerio de Administraciones Públicas. Xaneiro-xuño 2002, páxina 34.

a) Que teñan por obxecto principal nos seus estatutos o mantemento de lazos culturais ou sociais con Galicia, a súa historia, a súa lingua e cultura. Trátase dun requisito con dificultades prácticas de comprobación e que precisa dunha valoración da actividade global desenvolta polas citadas asociacións.

b) O recoñecemento da súa galegitude pola Xunta de Galicia de conformidade ó disposto na Lei 4/1983, do 15 de xullo.

Atendendo á clasificación tripartita de Jordana de Pozas podemos situar dentro da actuación de fomento a outorgada á Comunidade Autónoma de Galicia en relación coas comunidades galegas. Para este fin establécense tres vías fundamentais:

a) A creación de canles de comunicación. Neste aspecto a Lei da galegitude foi superada polos acontecementos e na actualidade sen dúbida que a sociedade da información creou vieiros de transmisión na vida social e cultural dos galegos que van máis aló do espírito inicial de 1983. Outras vías importantes de comunicación teñen sido a existencia dunha comisión parlamentaria de emigración no Parlamento de Galicia e, ó meu xuízo, tampouco poden menosprezarse as posibilidades de que unha institución como o Valedor do Pobo ten para facer reais e efectivas as inquedanzas dos nosos emigrantes.

b) Os tratados ou convenios internacionais. Enténdese que a Xunta de Galicia debe impulsa-la actividade do Estado español co fin da realización de tratados ou convenios con estados onde existan comunidades galegas de acordo coa alínea 2 do artigo 7, do Estatuto de Autonomía para Galicia.

Se somos realistas, hai que concluír, como apunta para o caso italiano Silvia Nicodemo, a dificultade do momento internacional para a sinatura dos tratados debido ó panorama político cambiante especialmente en Europa¹⁴. Sen embargo a progresiva apertura da xurisprudencia do Tribunal Constitucional posibilita que, mentres non se afecte ó dereito a contraer tratados por parte do Estado, a Comunidade Autónoma dispón dun importante ámbito de actuación no eido da acción exterior.

c) Os acordos ou convenios con outras Comunidades Autónomas. Esta vía atopa moitos menos problemas de utilización que a citada anteriormente, contando ademais con expresa base estatutaria no artigo 35, alíneas 1 e 2, e é ademais recentemente desenvolvido no ámbito galego polo Decreto 229/2002 do 4 de xullo¹⁵.

¹⁴ No seu traballo «Il Puzzle Costituzionale Della Globalizzazione» publicado na Revista *Quaderni Costituzionali*/ a. XXII, n° 3, setembro 2002.

¹⁵ A través deste Decreto da Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, publicado no Diario Oficial de Galicia do 12 de xullo de

A Sentencia do Tribunal Constitucional do 28 de febreiro de 1991 recoñece as facultades de negociación que teñen as comunidades autónomas, e en concreto a Xunta de Galicia, para subscribir ou non convenios entre administracións públicas cos medios que estimen pertinentes¹⁶.

2.3. O contido do recoñecemento da galegitude

O recoñecemento da galegitude producírase, trala solicitude, por acordo da Xunta de Galicia e dá lugar á inscrición da Comunidade no rexistro creado para o efecto. Este rexistro conterá a inscrición e no seu caso a anotación do nome, estatutos e órganos rectores das comunidades, así como das modificacións que se produzan¹⁷.

Sen dúbida o aspecto que *prima facie* e máis rechamante da regulación da galegitude é o da prohibición expresa da atribución de dereitos políticos ás comunidades galegas no exterior. No dereito comparado atópanse certas semellanzas nestas reticencias, como son as apuntadas por Giulio Enea Vigevani¹⁸ para o caso italiano no tocante a certos aspectos do dereito electoral.

Pódense distinguir distintos planos no recoñecemento da galegitude.

2.3.1. Na orde social e cultural

No plano social as comunidades dispoñen basicamente de dous dereitos claros. Por unha banda teñen dereito á información, o que se configura como unha manifestación máis do dereito subxectivo constitucional que en palabras de Hoffmann-Riem¹⁹ «só ten un alcance significativo se o beneficiario da disposición ten aberta a accesibilidade dunha determinada fonte de información». Este dereito vese complementado no caso do

2002 regúlase o rexistro de convenios que celebre a Xunta de Galicia, Organismos Autónomos e Entes dependentes dela con outras Administracións ou outros Entes de dereito público.

¹⁶ Trátase da Sentencia recaída en relación cos conflitos positivos de competencia promovidos, entre outros, pola Xunta de Galicia en relación co Real Decreto 2164/1984 do 31 de outubro polo que se regula a acción común para o desenvolvemento integral das zonas de agricultura de montaña, e outras zonas equiparables na execución da Lei 25/1972 do 30 de xuño.

¹⁷ O desenvolvemento regulamentario deste rexistro produciuse a través do Decreto 3/1977, sobre o rexistro das comunidades galegas asentadas fóra de Galicia, publicado no *Diario Oficial de Galicia*, nº 12 do 20 de xaneiro de 1987.

¹⁸ No seu traballo «Il voto All'estero: tra difficoltà applicativa e dubbi di costituzionalità» contido na Revista *Quaderni Costituzionali*, nº 2/2002, editorial Il Mulino, páxinas 346 e seguintes.

¹⁹ Recollido do seu traballo «Retos que la libertad de comunicación plantea al Derecho» *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 19, 2002. UNED, páxinas 159 e seguintes.

Parlamento Galego pola remisión dos Boletíns Oficiais ós centros galegos no exterior, coa finalidade de que, cando menos, as resolucións e disposicións adoptadas polo Lexislativo lles poidan ser coñecidas.

Ademais reconécese o dereito a compartir a vida social galega e colaborar na súa difusión dentro do territorio de Galicia e no ámbito da propia Comunidade que obtivera o recoñecemento. Este dereito presenta notables dificultades na práctica, podéndose citar moitos ámbitos da vida pública galega nos que a participación dos emigrantes é practicamente inexistente (órganos de participación universitarios, medios de comunicación públicos, consellos asesores de carácter cultural...). Neste sentido a previsión legal de que se garanta a presenza de representantes dos consellos de comunidades galegas nos institutos da Comunidade Autónoma relacionados coa actividade cultural e social de Galicia resulta claramente incumplida.

No plano cultural tres son os dereitos fixados legalmente. En primeiro lugar dispónse que as comunidades galegas teñen dereito a gozar das bibliotecas, recursos e arquivos dependentes da Comunidade Autónoma. Parece necesaria a inmediata informatización e posta a disposición das páxinas web de todas estas institucións para que este dereito se faga efectivo. En segundo lugar, garántese o dereito a colaborar no marco das competencias atribuídas á Comunidade Autónoma nos medios de comunicación social e emisións de televisión dirixidos ós galegos de dentro e fóra de Galicia. Este aspecto é reiteradamente solicitado pola oposición parlamentaria, sobre todo cando se está a falar de información político-electoral. Por último, pero non menos importante, dispónse o dereito a colaborar no impulso das actividades culturais e espectáculos orientados a preservar e fomenta-lo goce da lingua, cultura e tradicións galegas. As críticas pola falla de pluralismo neste tipo de actividades son habituais nos instrumentos de control e impulso que se tramitan dentro da Cámara galega.

2.3.2. Mandatos ós poderes públicos

O lexislador autonómico preocupouse de incluír unha serie de ordes que son necesarias para que as políticas públicas autonómicas axuden a supera-la desigualdade en que se atopan os galegos da diáspora, que hipotecan de raíz «a liberdade real para todos» en palabras de Ramón Máiz²⁰.

Os mandatos dirixidos á Xunta de Galicia son basicamente sete:

- a) O establecemento de servizos didácticos e audiovisuais que faciliten o coñecemento da lingua, cultura e tradicións de Galicia.

²⁰ En ideas recollidas no seu traballo «O problema do poder na teoría política do republicanismo» incluído na revista *Grial*, nº 156. Tomo XI/2002, páxinas 677 e seguintes.

- b) A facilitación de cursos de lingua e cultura galegas.
- c) O fomento da creación de prensa e revistas para uso escolar, dirixidas especialmente ós que se coñecen como emigrantes de segunda ou terceira xeración. Esta previsión e particularmente afortunada nun caso como o galego no que as comunidades no exterior non atoparon, salvo puntuais excepcións, grandes problemas de integración, problema este que si se deu noutros casos, como vén de estudar Crispín Bates²¹.
- d) O fomento da produción, distribución e intercambio de programas de radio e televisión. Respecto a isto cabe apuntar que non se produce cara a Galicia, de tal xeito que resulta máis doado coñecer a realidade social e cultural polos emigrantes respecto ó país que por parte dos que quedamos na terra.
- e) A adquisición dun fondo editorial tendente a facilitalo coñecemento da historia, a arte, a lingua e a realidade social de Galicia. Aínda que a lei establece a participación do Consello de comunidades galegas, recentemente a Xunta de Galicia apoiouse nos criterios do Consello da Cultura para a composición destes fondos.
- f) A promoción de cursos ou ciclos especiais sobre as materias citadas tanto na Universidade coma en institucións docentes e culturais de Galicia e nos países de asentamento.
- g) A obriga dunha partida específica nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma. Este mandato resulta na actualidade moito máis claramente cumprido ó existir unha Consellería e polo tanto unha sección orzamentaria dedicada á emigración.

2.4. O Consello das Comunidades Galegas

Atopámonos ante un órgano de carácter consultivo e de asesoramento dos poderes públicos autonómicos, tal e como se perfila no seu regulamento de composición e funcionamento.²²

A composición do Consello conta cun total de seis grupos de membros natos. Presidirao o presidente da Xunta de Galicia, asistirán os conselleiros de traballo, seguridade social e emigración, o de cultura e o de

²¹ Na súa recente monografía *Community, empire, and Migration: South Asians in Diaspora*. Basingstoke: Palgrave Press, 2001.

²² Así no Decreto 4/1987, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento do Consello de Comunidades Galegas (*Diario Oficial de Galicia* n° 12 do 20 de xaneiro de 1987), modificado polo Decreto 195/1991 (*Diario Oficial de Galicia* n° 110, do 11 de xuño de 1991). Tamén é de interese o Decreto 261/1992, polo que se amplía a composición da Comisión delegada do Consello de Comunidades Galegas (*Diario Oficial de Galicia* n° 187, do 24 de maio de 1992).

turismo e deportes (seguindo a redacción orixinaria da lei galega). Será tamén membro un representante do Consello da Cultura Galega, outro da Real Academia Galega, un máis da Universidade de Galicia, e finalmente un representante por cada unha das comunidades inscritas ó abeiro desta lei.

Deixando de lado a falla de referencia cos órganos actualmente existentes en Galicia, a composición do Consello resulta criticable na súa redacción legal pola ausencia doutros suxeitos importantes na vida social de Galicia como puideran se-los sindicatos, asociacións patronais ou as entidades locais galegas.

Respecto ó seu funcionamento a Lei de recoñecemento de galeguidade preocúpase de explicita-la necesaria existencia dunha comisión delegada dentro do propio Consello de Comunidades Galegas. Así mesmo establécese a obriga da elaboración anual dunha memoria na que se dea conta da aplicación efectiva da Lei 4/1983 e onde figurarán as suxestións á Xunta de Galicia das medidas convenientes para o mellor cumprimento dos fins legais.

3. A sede das institucións autonómicas

O artigo 8 do Estatuto de Autonomía para Galicia límitase a establecer unha remisión legal para a aprobación dun texto no que se fixe a sede das institucións autonómicas. Igualmente, establece un *quorum* reforzado consistente nos dous tercios dos membros do Parlamento de Galicia.

O primeiro problema que o intérprete do artigo referido atopa é o de darlle unha axeitada utilización á expresión «Institucións autonómicas» contida no citado artigo do Estatuto. Cabería entender que estas institucións autonómicas fosen as estatutarias, é dicir, aquelas que aparecen citadas no texto do Estatuto de Autonomía. Nesta liña interpretativa estaríamos a falar non só dos tres clásicos poderes do Estado, senón doutras institucións de novo cuño como o Valedor do Pobo (artigo 14 do Estatuto), ou o Consello de Contas (artigo 53 do Estatuto).

Unha visión máis ampla identificaría a expresión «Institucións autonómicas» con todas aquelas que fosen creadas pola Autonomía. Así ás citadas habería que incorporarlles outras como o Consello Económico e Social de Galicia ou o Consello Consultivo.

Por último, está a interpretación *strictu sensu* que postula o ámbito da lei reguladora das sedes, respecto das que establece o artigo 152 da Constitución. Esta é a opción lexislativa tomada pola Lei 1/1982, do 24 de xuño, de fixación da sede das institucións autonómicas²³.

²³ Diario Oficial de Galicia, núm. 12, do 24 de xullo de 1982.

En todo caso, e dende o meu punto de vista, o precepto estatutario resulta deficiente na súa redacción, xa que esta ausencia de claridade, como sinala a doutrina italiana, atenta contra un valor fundamental do ordenamento xurídico, e en definitiva, tivo que ser recentemente resolto pola Lei 4/2002, do 25 de xuño, do Estatuto da capitalidade da cidade de Santiago de Compostela²⁴.

A problemática da fixación das sedes das institucións autonómicas, recibe unha solución moi heteroxénea no dereito comparado, como vén de estudar Parejo Alfonso, que transcribo a seguir²⁵.

En primeiro lugar aparecen aqueles estatutos nos que directamente existe un pronunciamento respecto da capitalidade (Murcia e Navarra), nun segundo grupo están os que prevén a fixación da capitalidade pero a súa remisión a unha lei (Andalucía), outro grupo de estatutos non se pronuncia sobre a capitalidade, e é este o máis numeroso (entre outros, Cataluña, Cantabria, Aragón e Madrid). Noutro plano atopamos aqueles que como Asturias ou Valencia, non se pronunciando sobre a capitalidade, prevén simultaneamente a posibilidade de que se estableza outro lugar por lei, e, por último, existe o caso galego que é común cos estatutos do País Vasco, Castela e León e Castela-A Mancha, que consisten en non pronunciarse sobre a capitalidade e facer unha remisión a unha lei futura, como no noso caso é a Lei 1/1982.

A existencia de dúas leis galegas que afectan á fixación da sede das institucións autonómicas revela a importancia que, dende o punto de vista político, ten a localización dos órganos estatutarios. Esta localización é particularmente delicada cando estamos a falar da sede do Parlamento, posto que, como sinalou recentemente Claudio Antoniello, as relacións entre a inmunidade parlamentaria e a sede onde as cámaras desenvolven as súas sesións son obvias²⁶.

O Tribunal Constitucional español tivo ocasión de pronunciarse acerca da fixación da sede dos órganos xudiciais na Comunidade Autónoma, no contido da súa Sentencia do 29 de marzo de 1990, recaída en relación ós recursos de inconstitucionalidade acumulados, interpostos, entre outros, pola Xunta de Galicia fronte a determinados preceptos da

²⁴ *Diario Oficial de Galicia*, núm. 142, do 24 de xullo de 2002. A doutrina trasalpina móstrase crítica con defectos como o descrito. Así Vincenzo Caianiello: «Il drafting delle leggi nella giurisprudenza». *Studi parlamentari e di politica costituzionale*. Anno 34-nº 132-133. 2º-3º Trimestre do 2001, páxinas 7 e seguintes.

²⁵ No seu comentario ó artigo 3 da obra colectiva *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias* dirixidos por Javier VARONA GÓMEZ ACEDO. Instituto Canario de Administración Pública, Madrid. 1996, páxinas. 18 e seguintes.

²⁶ No seu traballo «Poteri del presidente della camera in relazione alla immunità delle sedi parlamentari», recollido na revista *Rassegna Parlamentare*, Anno XLIV, páxinas 997 e seguintes.

Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial. Neste sentido o Tribunal recoñece que o artigo 152.1 da Constitución, no seu parágrafo segundo, fala de supostos e formas de participación das comunidades autónomas na organización das demarcacións xudiciais. A localización da capitalidade dos órganos xudiciais non é discrecional para os poderes autonómicos, existindo, entre outros, os condicionantes do propio artigo 152 e do 141.1 da Constitución, así como o marco establecido na Lei orgánica do Poder Xudicial (nesta mesma liña téñense pronunciado as sentencias do Tribunal Constitucional 10/82 e 97/89).

O contido da Lei galega de fixación da sede das institucións autonómicas, é singularmente lacónico. Establece, por unha banda, que a sede do Parlamento, da Xunta, do seu presidente e das consellerías é Santiago de Compostela. Este detalle específico do poder executivo pon de manifesto a intención do lexislador de remarcar, aínda sen dicilo expresamente, a capitalidade de Santiago. Seguidamente, no artigo segundo a lei di que o Tribunal Superior de Xustiza terá a súa sede na cidade da Coruña.

Tal *corpus* lexislativo necesitaba ser aclarado e completado (en contra da opinión de parte reputada da doutrina²⁷) e así a propia exposición de motivos da Lei 4/2002, do Estatuto da capitalidade da cidade de Santiago de Compostela, di que busca a finalidade de completar, a nivel normativo, as determinacións contidas na Lei 1/1982.

3.1. A base conceptual da capitalidade

De conformidade co que se prevía no artigo 89.2 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia, a Lei do Estatuto da capitalidade regula o réxime xurídico especial de Santiago de Compostela como sede das institucións autonómicas polo seu recoñecemento como capital de Galicia.

No seu articulado a lei de 2002, contén algunhas proclamacións repetitivas ou ociosas, así como abundantes remisións normativas. Exemplo claro disto é o establecemento de preeminencia honorífica e protocolaria para a corporación municipal compostelá, todo isto «de acordo coas leis». Valoración máis positiva merece a incorporación ó citado texto dos símbolos da cidade de Santiago (o escudo, a bandeira e os títulos que lle foron concedidos en atención á súa historia e tradición).

Dende un punto de vista de técnica lexislativa, resulta particularmente criticable que, no tocante ó réxime xurídico, a lei da capitalidade veña a lembrar que o Concello de Santiago ten personalidade xurídica

²⁷ Estoume a referir ás ideas de Vilas Nogueira na súa explicación do artigo 8 do Estatuto contida nos *Comentarios* dirixidos por José Luis Carro, MAP, Madrid, 1991, páxina 102.

e plena capacidade para o cumprimento dos seus fins, o que, ó carón da inclusión exhaustiva do sistema de fontes do dereito local español, fai do artigo 5 da lei unha norma inútil por obvia.

Igualmente, e no tocante á regulación do galego como lingua propia do Concello de Santiago de Compostela, a Lei non supón ningún *ius novum* respecto ó disposto con carácter xeral pola Lei de normalización lingüística de Galicia.

As especificidades que derivan da capitalidade levan consigo, como no seu día apuntou para o caso estatal Fernández Durán,²⁸ a existencia duns órganos propios e do recoñecemento dun ámbito de autonomía municipal reforzados. No caso de Santiago de Compostela non se atopan instrumentos xurídicos totalmente novos na regulación do seu Estatuto de capitalidade e incídese unha e outra vez en aspectos como os dereitos de información dos cidadáns e o acceso á información municipal por medios telemáticos, que non son máis cá adopción do dereito común (artigo 35 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común e o Decreto autonómico regulador dos rexistros telemáticos publicado do *Diario Oficial de Galicia* o 4 de abril de 2003.

3.2. Aspectos orgánicos

A existencia dun aparello administrativo que posibilite as relacións do Concello de Santiago coa Administración autonómica supón o recoñecemento por parte da Lei da capitalidade da importancia da distribución territorial do poder para unha boa xestión da cousa pública.²⁹ Deste xeito créase o Consello da Capitalidade de Santiago de Compostela como un órgano colexiado de carácter permanente composto por representantes tanto do ámbito da Xunta coma do propio Concello.

Un aspecto subliñable deste novo órgano é a previsión de que emane un regulamento de funcionamento que, en todo caso deberá prever que os acordos do Consello se tomarán por consenso. Este extremo, como apuntei recentemente³⁰, resulta fondamente problemático e pode difi-

²⁸ No seu traballo: «La crisis de la metrópoli madrileña, sus efectos sociales y la urgente necesidad de un cambio de modelo» incluído no volume *El espacio metropolitano* no seo da XIII semana de estudos superiores de urbanismo que tivo lugar en Granada, do 9 ó 13 de maio de 1988.

²⁹ Con carácter xeral son de interese as reflexións que sobre a relevancia do federalismo para o asentamento da Democracia fai Roberto Blanco Valdés no seu traballo «El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos» recollido na revista *Fundamentos* núm. 2 do ano 2000.

³⁰ No meu traballo: «El derecho de voto y la regla de la mayoría». *Revista de las Cortes Generales* n° 55, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

cultar notablemente o funcionamento do Consello, que só poderá tomar acordos cando a sintonía entre administracións sexa perfecta.

As funcións que se lle outorgan ó Consello da capitalidade repártense basicamente en dous grupos. Por unha banda deberá adopta-los acordos en relación coas materias que o propio Pleno do Consello declare de interese concorrente para a Administración da Xunta de Galicia e o Concello, sempre e cando teñan relación coas funcións da cidade como capital de Galicia. Por outra banda, tamén o Consello da capitalidade estudiará e avaliará os custos que supón para a cidade de Santiago a súa condición de capital de Galicia. A lei prevé expresamente a fixación de instrumentos de compensación con esta finalidade.


Non cabe dúbida de que os aspectos económicos e de financiamento da capital están no cerne da regulación legal, e neste sentido, como veñen de recoñecer Häussermann & Simons, a importancia da conxuntura económica na estruturación das novas capitais resulta esencial³¹.

A implantación orgánica das medidas que veño de comentar poden levar consigo a creación dun consorcio entre o Concello de Santiago e os concellos limítrofes de conformidade ó disposto na Lei de Administración local de Galicia. Este e outros instrumentos servirán para levar a cabo cando menos cinco políticas públicas sectoriais que a Lei da Capitalidade se encarga de recoller.

- a) Actuacións en materia de patrimonio histórico-artístico. Con esta finalidade a Xunta remitiralle ó Consello da capitalidade unha programación anual das actuacións tendentes á conservación e rehabilitación do patrimonio histórico e monumental.
- b) Política de ordenación do territorio. Resulta particularmente decisiva a ordenación urbanística dunha cidade de tamaño medio e que ten que dar resposta á localización de numerosos edificios para organismos públicos.
- c) Previsións en materia de seguridade pública. Neste punto a lei móstrase respectuosa co disposto na lexislación estatal orgánica de Corpos e Forzas de Seguridade e tamén establecido na Lei autonómica de coordinación das policía locais de Galicia.
- d) No marco da Lei de coordinación de transportes por estrada de Galicia deberá asegurarse a prestación deste servizo público no ámbito da área de Santiago de Compostela.
- e) En relación co turismo. Santiago de Compostela ten *ex lege* a condición de municipio turístico prevista con carácter xeral na Lei de or-

³¹ Tal e como pode observarse no seu estudo referido á intervención pública urbana en Berlín recollido na revista *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales XXXIII* (129), 2001.

denación do turismo de Galicia, e dispense tamén da posibilidade de establecer convenios ó abeiro do artigo 91.1 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, da Administración local de Galicia.

A derradeira previsión legal da Lei reguladora da capitalidade non é por isto menos importante. Estoume a referir á necesidade de fixar unha alínea específica nos orzamentos da Comunidade Autónoma pola condición de capital de Galicia da cidade de Santiago. Para tal efecto, antes da elaboración do Proxecto de lei de orzamentos o Consello da capitalidade poderá emiti-lo correspondente informe. Coincido con Caramés Vieitez³² en que a Administración local precisa de contar cada vez máis coa participación do sector privado na dinamización da xestión do ámbito local, e por isto entendo que as previsión orzamentarias non deben ser meras subvencións senón políticas públicas globais que fornezan o desenvolvemento da Capital e, por ende, de toda Galicia. 

³² No seu estudio «La Hacienda Local del Futuro: una Hacienda Urbana» publicado en *Papeles de Economía Española* núm. 92, 2002, páxinas 2 e seguintes.



XORNADAS SOBRE A LEI DE ORDENACIÓN DA EDIFICACIÓN

(EGAP, Santiago de Compostela, 17 e 18 de decembro de 2001)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Durante décadas, os sectores interesados viñan solicitando a regulación do sector da edificación, como medio de atalla-los problemas que se producían no desenvolvemento normal da actividade.

Como toda lei, a Lei de ordenación da edificación¹ veu resolver moitas das dúbidas expostas pero tamén é certo que deixa abertas grandes portas para a polémica, que creou novos interrogantes e que alisou o camiño para a interpretación desde diversas perspectivas. Constructores, arquitectos, aparelladores, OCT's, compañías de seguros, etc. son grupos implicados que teñen moito que dicir a este respecto.

* * * * *

Estas xornadas tiveron lugar no salón de actos da Escola Galega de Administración Pública, e foron realizadas pola EGAP coa colaboración da Consellería de Presidencia e da *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. A súa brillante dirección correu a cargo de Francisco J. Alegría Martínez de Pinillos.

¹ En diante: LOE.

As xornadas foron inauguradas polo director da Escola Galega de Administración Pública, Domingo Bello Janeiro, quen salientou que o seu obxectivo é o de dar unha visión da LOE, e sinala-los puntos de controversia postos de manifesto.

Ademais, destacou que, tal e como indica a exposición de motivos da propia LOE, o sector da edificación é un dos principais sectores económicos con evidentes repercusións no conxunto da sociedade e nos valores culturais que entraña o patrimonio arquitectónico e, nembargantes, carece dunha regulación acorde coa súa importancia.

Así mesmo, sinalou que a sociedade demanda, cada vez máis, a calidade dos edificios e isto incide tanto na seguridade estrutural e a protección contra incendios coma noutros aspectos vencellados ó benestar das persoas, como a protección contra o ruído, o illamento térmico ou a accesibilidade para persoas con mobilidade reducida.

En todo caso, o proceso da edificación, pola súa directa incidencia na configuración dos espazos implica sempre un compromiso de funcionalidade, economía, harmonía e equilibrio do medio natural de evidente relevancia desde o punto de vista do interese xeral.

O primeiro relatorio destas xornadas, titulado *Aspectos xerais da lei. Concepto de edificación e calidade esixible. O proxecto arquitectónico. Licencias e autorizacións administrativas. Recepción e documentación da obra executada. Axentes I*, correu a cargo de Antonio Garrido Hernández, arquitecto técnico, quen subliñou que a estrutura da LOE é relativamente sinxela: 20 artigos, 7 disposicións adicionais, 2 disposicións transitorias, 2 derogatorias e 4 finais.

O sector da construción é a locomotora da economía, e ten unha enorme importancia, supón case un 10% do produto interior bruto. A edificación residencial está en torno a 2.500 millóns, e o total da construción en 1999 superou os 8 billóns. Existen unhas 280.000 empresas constructoras, das cales 198.000 son autónomos.

A LOE propón calidade mediante a regulación dos axentes e a garantía ó comprador.

Xa nas súas disposicións xerais a LOE regula o proceso constructivo fixando as obrigas dos axentes e establecendo garantías para o comprador, asegurando a calidade mediante o cumprimento dos requisitos básicos.

Cando se fala de *proceso constructivo* faise referencia á acción e ó resultado de construír un edificio de carácter permanente, público ou privado, o uso principal do cal estea comprendido en determinados grupos establecidos pola lei.

Un dos artigos que máis xogo dá é o artigo 2 que se refire ó ámbito de aplicación da LOE, e di o relator que *quedan fóra do réxime de garantías e esixencias da lei as edificacións nas que a licencia de obras se solicite antes do 6 de maio de 2000.*

No artigo 2.1 a LOE fai referencia ós grupos de usos dos edificios ós que se lles aplica a lei:

a) *Administrativo, sanitario, relixioso, residencial en tódalas súas formas, docente e cultural.*

b) *Aeronáutico; agropecuario; da enerxía; da hidráulica; mineiro; de transporte terrestre, marítimo, fluvial e aéreo; forestal; industrial; naval; da enxeñería de saneamento e hixiene, e accesorio ás obras de enxeñería e a súa explotación.*

c) *Tódalas demais edificacións que teñan usos que non estean expresamente relacionados nos grupos anteriores.*

Logo disto, a lei danos tres definicións do que é ou non é unha obra LOE. Neste caso usa definicións e non listas coma no caso anterior. As definicións do artigo 2.2 teñen o inconveniente de que poden ser interpretadas. No artigo a) dese artigo 2.2 a LOE refírese ás obras de edificación en termos de complexidade e di que:

Artigo 2.2 LOE: terán a consideración de edificación para os efectos do disposto nesta lei, e requirirán un proxecto segundo o establecido no artigo 4, as seguintes obras:

a) *Obras de edificación de nova construción, agás aquelas construcións de escasa entidade constructiva e sinxeleza técnica que non teñan, de forma eventual ou permanente, carácter residencial nin público e se desenvolvan nun só andar.*

Quedan exentas por esta alínea: os cerramentos, piscinas individuais, alpendres, galpóns ou garaxes privados.

b) *Obras de ampliación, modificación, reforma ou rehabilitación que alteren a configuración arquitectónica dos edificios, entendendo por tales as que teñan carácter de intervención total ou as parciais que produzan unha variación esencial da composición xeral exterior, a volumetría, ou o conxunto do sistema estrutural, ou teñan por obxecto cambia-los usos característicos do edificio.*

Quedan exentas por esta alínea, obras, como por exemplo: movementos de terras; consolidación e substitución de elementos de estrutura; cambios de material, aperta ou supresión de ocós, escaparates e marquesiñas; construción, substitución e consolidación de cubertas; modificación substitución e supresión de tabiquería; instalacións; pavillón en vivenda rural, soportal distribución interior dun faiado; adaptacións de locais como bancos, hostalería, laboratorios...

En todo caso, é necesario un proxecto técnico e a existencia dunha dirección durante a execución para non incorrer na irresponsabilidade de fomentar cotas inadmisibles de inseguridade no cumprimento da normativa técnica nas distintas materias: illamento, protección contra o lume, seguridade no uso, etc.

c) *Obras que teñan o carácter de intervención total en edificacións catalogadas ou que dispoñan dalgún tipo de protección de carácter ambiental ou histórico-artístico, regulada a través de norma legal ou documento urbanístico e aquelas outras de carácter parcial que afecten ós elementos ou partes obxecto de protección.*

Quedan exentas por esta alínea do artigo 2.2 as obras de carácter parcial nas edificacións catalogadas ou con algún tipo de protección ambiental ou histórico-artístico regulada por norma legal ou documento urbanístico e sempre que non afecten a elementos ou partes obxecto de protección.

Segundo o artigo 2.3 *considéranse comprendidas na edificación as súas instalacións fixas e o equipamento propio, así como os elementos de urbanización que permanezan adscritos ó edificio.*

Segundo este relator unha obra LOE precisa, pois, ser unha edificación que necesita un proxecto e un seguro.

O segundo relatorio, titulado *Axentes da edificación II: capacitación e obrigas. O promotor. O constructor. O subcontratista. Empresas e laboratorios de control de calidade da edificación. Subministración e produtos. Propietarios e usuarios*, estivo a cargo de Enrique Porto Rey, profesor da Escola Técnica Superior de Arquitectura de Madrid e arquitecto, quen salientou que o promotor é o que inicia e facilita a construción dun edificio de calquera uso (vivendas, oficinas, etc) ben para venderlo a terceiras persoas, ben para el ou os seus asociados e, para isto, busca e localiza soares ou terreos edificables, formula un programa edificatorio, consegue o financiamento, contrata os facultativos necesarios que redacten o proxecto ou dirixan a obra e os constructores que a executen e busca e contrata axencias que vendan todo ou parte do edificio. Esta concepción clásica do promotor foise ampliando para incluír frecuentemente dentro das súas actividades a de constructor e, incluso, a de vendedor do edificio enteiro ou por partes.

En definitiva, a figura do promotor como axente ocupa o primeiro lugar no proceso da edificación. É o protagonista económico de todo este proceso. É quen decide acomete-la edificación, o que a impulsa, se arrisca e a leva a efecto ata o seu remate, para logo patrimonializala para o seu uso propio ou para alugala ou vendela globalmente ou por partes no mercado inmobiliario, satisfacendo con todo o interese xeral e o particular.

A LOE define ó promotor no seu artigo 9.1 e di que *será considerado promotor calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada, que, individual ou colectivamente, decide, impulsa, programa e financia, con recursos propios ou alleos, as obras de edificación para si ou para a súa posterior venda, entrega ou cesión a terceiros baixo calquera título.*

No artigo 9.2 enuméranse as obrigas do promotor:

- a) *Posuír sobre o soar a titularidade dun dereito que lo faculte para construír nel.*
- b) *Facilita-la documentación e información previa necesaria para a redacción do proxecto, así como autorizar ó director da obra as súas posteriores modificacións.*
- c) *Xestionar e obter as preceptivas licencias e autorizacións administrativas, así como subscribi-la acta de recepción da obra.*
- d) *Subscribi-los seguros previstos no artigo 19.*
- e) *Entregarlle ó adquirente, no seu caso, a documentación de obra executada, ou calquera outro documento esixible polas administracións competentes.*

A LOE segue o criterio de non profesionaliza-la figura do promotor.

Ademais das responsabilidades xerais, o artigo 17.3 contempla as seguintes responsabilidades específicas: *...en todo caso, o promotor responderá solidariamente cos demais axentes intervinientes ante os posibles adquirentes dos danos materiais no edificio ocasionados por vicios ou defectos de construción.*

A responsabilidade do promotor esténdese ás persoas físicas ou xurídicas privadas ou públicas que, a teor do contrato ou da súa intervención decisoria na promoción, actúen como tales promotores baixo a forma de promotor ou xestor de cooperativas ou de comunidades de propietarios ou outras figuras análogas (artigo 17.4).

A responsabilidade por danos do promotor non lles é esixible se se proba que os danos son debidos a forza maior, fortuítos, ocasionados por actos de terceiros ou polo propio prexudicado polo dano (artigo 17.8).

En canto ás garantías específicas, o relator salientou que o promotor debe tomar ou ben o seguro² de danos materiais ou ben o seguro de caución para garantir durante dez anos o resarcimento dos danos materiais causados no edificio por vicios ou defectos que teñan a súa orixe ou afecten os cimentos, os soportes, as vigas, os forxados, os muros de carga ou outros elementos estruturais e que comprometan directamente a resistencia mecánica e estabilidade do edificio. Este seguro decenal tan só é obrigatorio nos proxectos que teñan como destino principal o de vivendas³ e tan só nos proxectos nos que se solicite a licenza de edificación con data de entrada por rexistro municipal despois do día 6 de maio do ano 2000⁴.

² Artigo 19.1.c) da LOE.

³ Disposición adicional segunda. Un da LOE.

⁴ Disposición transitoria primeira da LOE.

O promotor pode pactar expresamente co constructor que sexa este o tomador do seguro por conta do promotor⁵.

Outra garantía específica do promotor é a de tomar ou ben o seguro⁶ de danos materiais ou ben o seguro de caución, para garantir, durante tres anos, o resarcimento dos danos causados por vicios ou defectos dos elementos constructivos ou das instalacións que ocasionen o incumprimento dos requisitos de habitabilidade do artigo 3.1.c). Seguro que en virtude do disposto na disposición adicional segunda dous, non é obrigatorio ata que o esixa un real decreto que desenvolva o precepto legal.

En canto ó proxectista, este relator salientou que pode ser unha persoa física ou xurídica, se ben, neste último caso, a responsabilidade da redacción do proxecto debe recaer sempre nun técnico, persoa física, con titulación profesional habilitante (artigo 10.2.a), *in fine* ó que a LOE denomina *técnico redactor do proxecto*.

Segundo establece a LOE no seu artigo 10.2, son obrigas do proxectista:

- 1ª. Posuí-la titulación académica e profesional habilitante.
- 2ª. Redactar e entregar visado o proxecto de edificación.
- 3ª. Acordar, no seu caso, co promotor as colaboracións parciais.

A LOE contén unha definición do constructor no seu artigo 11.1: *O constructor é o axente que asume, contractualmente ante o promotor, o compromiso de executar con medios humanos e materiais, propios ou alleos, as obras ou parte delas con suxeición ó proxecto e ó contrato.*

As obras contratadas son a execución da edificación conforme a un proxecto nun prazo de tempo pactado que comporta tamén a adquisición de materiais, o seu almacenamento e custodia e o achegamento de man de obra directa e indirecta para a execución da obra e a súa conservación no período de garantía. Isto implica as seguintes obrigas:

- a) Executa-lo planeamento xeral de inicio da obra se non estivese feito previamente así como os posteriores planeamentos xerais ou parciais.
- b) Executa-la obra conforme á boa práctica da edificación e con suxeición á normativa básica e ó proxecto, interpretado e supervisado polo director da obra e o director da execución.
- c) Utilizar materiais de calidade normalizada, supervisados polo director da execución da obra.
- d) Cumprir e facer cumpri-la normativa de seguridade e hixiene no traballo, supervisado polo coordinador de seguridade e saúde.

⁵ Artigo 19.2.a) *in fine* da LOE.

⁶ Artigo 19.1.b) da LOE.

e) Organizar e coordina-los *tallos* con vistas á súa racionalidade e economía así como ó cumprimento do programa de traballo (se existira) co fin de cumprir-los prazos establecidos no contrato.

f) Cumpri-las ordes e instrucións da dirección facultativa, pois, o seu non cumprimento pode exonerar a das consecuencias do incumprimento, que deste xeito recaerían sobre o incumpridor.

g) Presta-la súa colaboración á dirección facultativa para o normal cumprimento das súas obrigas tales como facilidades para comprobar planeamentos, recoñecementos, probas de materiais e control da súa preparación, levar a cabo inspeccións, vixilancia da construción, facilita-lo libre acceso a tódalas partes da obra, incluso ós locais ou talleres onde se produzan os materiais, prefabricados, etc.

O constructor durante a execución do proxecto e o cumprimento das ordes e instrucións da dirección facultativa non se limita ó seu cumprimento cego xa que o facer constructivo do constructor non é de autó-mata nin de subordinación total e absoluta á dirección facultativa pois o constructor conta con marxe para non executar aquilo que é incorrecto de xeito evidente e ante unha orde ou instrución que considere que non é a máis beneficiosa para a obra pode propoñerlle á dirección facultativa a solución que estime máis axeitada e conveniente, xa que, doutro xeito o artigo 1591 do Código civil quedaría, na maioría dos supostos, baleiro de contido para contratistas ou constructores, tal e como se recolle nas SSTs de datas 22-09-88; 08-02-94 e 15-05-95, entre outras moitas.

Estas obrigas que eran normais na práctica da construción elévanse ó rango de lei no artigo 11.2 da LOE.

A LOE non contempla o caso do promotor-constructor, pese a ser frecuente en gran parte de España. É máis, segundo este relator, pódese dicir que fóra das grandes capitais é o normal na maioría das promocións. O promotor-constructor é o contratista principal en termos de vixilancia do cumprimento das obrigas de prevención de riscos laborais para os subcontratistas e traballadores autónomos contratados por eles.

Este relator referiuse tamén ó director da obra que aparece definido no artigo 12.1 da LOE como o *axente que, formando parte da dirección facultativa, dirixe o desenvolvemento da obra nos aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos e ambientais, de conformidade co proxecto que a define, a licenzia de edificación e demais autorizacións preceptivas e as condicións do contrato, co obxecto de asegura-la súa adecuación ó fin proposto.*

As súas obrigas aparecen recollidas no artigo 12.3 da LOE:

1º. Posuí-la titulación académica e profesional habilitante.

2º. Verifica-lo planeamento e idoneidade da cimentación.

3º. Resolve-las continxencias, interpreta-lo proxecto e cubri-lo Libro de ordes e asistencias.

4º. Face-las modificacións do proxecto que sexan necesarias.

5º. Subscribi-la documentación correspondente.

6º. E, as obrigas engadidas no suposto de director dunha obra da que non é o proxectista.

O relator falou tamén do director da execución da obra, que se define no artigo 13.1 da LOE como o *axente que formando parte da dirección facultativa, asume a función técnica de dirixi-la execución material da obra e de controlar cualitativa e cuantitativamente a construción e a calidade do edificado*. As súas obrigas recóllense no artigo 13.2 da LOE e son as seguintes:

1º. Posuí-la titulación académica e profesional habilitante.

2º. Verificar produtos e ordenar ensaios e probas.

3º. Dirixi-la execución material da obra.

4º. Subscribi-la documentación correspondente.

Para remata-lo seu relatorio, Porto Rey fixo unha referencia ás entidades e ós laboratorios de control de calidade da edificación, que se regulan no artigo 14 da LOE.

A xornada comezou pola tarde co relatorio de Rafael Salgado de la Torre, arquitecto xefe do Servicio de Normativa de Habitabilidade do Ministerio de Fomento e arquitecto, que se referiu ó *estado actual de desenvolvemento do Código técnico da edificación*.

Este relator salientou que o modelo de Código técnico da edificación está inspirado no máis avanzado dos países que nos rodean (Estados Unidos, Canadá...). Temos unha esixencia que parte da propia LOE: o prazo no que se ten que facer este Código técnico. A Lei 38/1999 de ordenación da edificación reconece na súa exposición de motivos a importancia do sector e establece que a calidade é unha demanda social recoñecida desde hai xa moitos anos. Na súa disposición final segunda, a LOE, establece un mandato: a posibilidade de que o Goberno desenvolva un Código técnico da edificación, no prazo de dous anos.

O artigo 3.1 da LOE, establece os requisitos básicos da edificación. Nel dise que co fin de garanti-la seguridade das persoas, o benestar da sociedade e a protección do medio natural, os edificios deben proxectarse, construírse, manterse e conservarse de tal xeito que se satisfagan os requisitos básicos seguintes:

1º. *Funcionalidade:*

a) Requisitos de utilización, de tal xeito que a disposición e as dimensións dos espazos e a dotación das instalacións faciliten a axeitada realización das funcións previstas no edificio. Tradicionalmente, estes requisitos de utilización estiveron sempre desenvolvidos por competencias autonómicas e da Administración local. Non van ser

desenvolvidos polo Código técnico da edificación porque corresponden a administracións das que non podemos responsabilizarnos.

b) Requisitos de accesibilidade, de tal xeito que se lles permita ás persoas con mobilidade e comunicación reducida, o acceso e a circulación polo edificio nos termos previstos na súa lexislación específica. Esta lexislación específica estase a dictar polas comunidades autónomas, por iso non se van regular no Código técnico estes requisitos de accesibilidade.

c) Requisitos de acceso a servizos de telecomunicación, audiovisuais e de información de acordo co establecido na súa normativa específica.

O Código técnico non vai desenvolver, en principio, estes requisitos de funcionalidade.

2º. *Seguridade:*

a) Seguridade estrutural, de tal xeito que non se produzan no edificio, ou nalgunha das súas partes, danos que teñan a súa orixe ou afecten á cimentación, ós soportes, ás vigas, ós forxados, ós muros de carga ou outros elementos estruturais, e que comprometan directamente a resistencia mecánica e a estabilidade do edificio. Tradicionalmente, en España sempre houbo un corpo normativo suficiente para poder encarar regulamentariamente os aspectos relativos á seguridade estrutural.

b) Seguridade no caso de incendio, de tal xeito que os ocupantes poidan desaloxalo edificio en condicións seguras, se poida limitala extensión do incendio dentro do propio edificio e dos lindandes e se permita a actuación dos equipos de extinción e rescate.

c) Seguridade de utilización, de tal xeito que o uso normal do edificio non supoña risco de accidente para as persoas.

3º. *Habitabilidade.* que se refire ós aspectos de hixiene, saúde e protección do medio natural, protección contra o ruído, aforro de enerxía e illamento térmico e outros aspectos funcionais dos elementos constructivos ou das instalacións que permitan un uso satisfactorio do edificio.

A propia LOE establece no seu artigo 3.2 que o Código técnico *é o marco normativo que establece as esixencias básicas de calidade dos edificios e das súas instalacións, de tal xeito que permite o cumprimento dos anteriores requisitos básicos.*

O código poderase completar coas esixencias doutras normativas dadas polas administracións competentes e actualizarse periodicamente conforme coa evolución da técnica e coa demanda da sociedade. O Código técnico vai ser unha ferramenta viva, que ten dúas partes: unha esixencia que ten vocación de ser estable no tempo. Nesa primeira parte: obxectivos e esixencias, é onde se van recoller eses requisitos que de-

manda a sociedade e que van permanecer durante un prazo razoable de tempo para que se asenten no mundo da construción. Esta primeira parte con vocación de permanencia no tempo baseada en esixencias, non vai recoller aspectos cuantitativos que son os que si son susceptibles de cambiar co paso do tempo. Isto deixarase para a segunda parte do código, a parte instrumental, onde se irá recollendo a actualización do estado da arte en cada momento, en función da evolución da técnica.

Tradicionalmente, as normas que regulaban a materia eran descritivas, é dicir, dicían o qué hai que facer e cómo facelo. Isto producíalles unha enorme tranquilidade ós usuarios porque o único que había que facer era seguir fielmente o que nos dicía a regulamentación e se o faciamos, tiñámo-la garantía de que o proxecto ía ser legalmente visado polas autoridades competentes (colexio profesional e autoridades locais correspondentes).

Case tódolos países teñen unha disposición de rango legal na que se fixan os obxectivos. Os códigos técnicos baseados no modelo nórdico, desenvolveron os requisitos funcionais, que non son outra cousa que a expresión formal deses obxectivos expresados en forma de requisitos que adoitan estaren expresados en termos cualitativos, non soen recoller prestacións, expresións numéricas. Logo destas expresións cualitativas, transfórmase xa completamente en requisitos prestacionais, requisitos cuantitativos, numéricos. A continuación danse os métodos de lexislación e as funcións acumuladas. Esta é a parte que normalmente vai constituir nos códigos técnicos a parte instrumental.

Dentro da primeira parte, o título segundo vaise dedicar ós requisitos básicos de seguridade. No primeiro capítulo do Código técnico recóllese o requisito básico que ten por obxecto reducir a límites aceptables o risco de que os usuarios sufran danos durante a utilización prevista que poida supoñer lesións persoais inmediatas como consecuencia das características do seu deseño, construción e mantemento. Debaixo deste obxectivo xenérico están unha serie de subobxectivos.

Logo, nos artigos recóllense as esixencias concretas en termos cuantitativos. Cada un destes obxectivos vainos desenvolver unha ou máis esixencias.

O título terceiro fai referencia ós requisitos básicos de habitabilidade, e está dividido en tres capítulos: un que se refire á salubridade, outro á protección contra o ruído e outro de aforro de enerxía.

Na segunda parte do código recóllense os documentos para a súa aplicación, e existirá un por cada un dos requisitos.

O Código técnico da edificación ten tres aspectos importantes:

- Regula-lo proceso técnico da edificación, desde o punto de vista de garantir uns requisitos básicos que son os que lles van dar un contido técnico ós edificios.

■ O segundo aspecto versa sobre os actores principais do proceso edificatorio.

■ Definir unhas garantías e uns sistemas de aseguramentos (baseados nuns seguros que se puxeron en marcha).

A continuación, José María Arrojo Martínez, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, falou da *pericia forense* e salientou que esta materia se regula na Lei de axuizamento civil 1/2000, do 7 de xaneiro, nos seus artigos 124 a 128, 292, 335 a 352 e 356.

En canto á designación dos peritos, este relator destacou que se calquera das partes fose titular do dereito de asistencia xurídica gratuíta, non terá que achegar coa demanda ou a contestación o dictame pericial, senón simplemente anuncio, para os efectos de que se proceda á designación xudicial do perito, segundo o establecido na Lei de asistencia xurídica gratuíta.

O demandante e o demandado, aínda que non se atope no caso da alínea anterior, tamén poderán solicitar nos seus respectivos escritos iniciais que se proceda á designación xudicial do perito, se entenden conveniente ou necesario para os seus intereses a emisión do informe pericial. Neste caso, o tribunal procederá á designación, sempre que considere pertinente e útil o dictame pericial solicitado. Este dictame será por conta de quen o pedira, sen prexuízo do que se puidera acordar en materia de custos.

Non se poderá solicitar, con posterioridade á demanda ou á contestación, informe pericial elaborado por perito designado xudicialmente, salvo que se refira a alegacións ou pretensións non contidas na demanda.

A designación xudicial do perito deberase realizar no prazo de cinco días desde a presentación da contestación á demanda, con independencia de quen solicitara a designación. Cando ámbalas dúas partes a pediran inicialmente, o tribunal poderá designar, se as partes se amosan conformes, un único perito que emita o informe solicitado. Neste caso o abono dos honorarios do perito corresponderalles a ámbolos dous litigantes por partes iguais, sen prexuízo do que se puidera acordar en materia de custos.

Este relator referiuse tamén ó procedemento para a designación xudicial de perito, e salientou que no mes de xaneiro de cada ano interesárase dos distintos colexios profesionais, ou no seu defecto, de entidades análogas, así coma das academias e institucións culturais e científicas, o envío dunha lista de colexiados ou asociados dispostos a actuar como peritos. A primeira designación de cada lista efectuarase por sorteo realizado en presenza do secretario xudicial, e a partir dela efectuaranse as seguintes designacións por orde correlativa.

Cando se deba designar perito a persoa sen titulación oficial, práctica ou entendida na materia, trala citación das partes, realizarase a designa-

ción polo procedemento establecido na alínea anterior, usándose para iso unha listaxe de persoas que cada ano se solicitará de sindicatos, asociacións e entidades apropiadas, e que deberá estar integrada alomenos por cinco daquelas persoas. Se por razón da singularidade da materia de dictame, unicamente se dispuxera do nome dunha persoa entendida ou práctica, demandarase das partes o seu coñecemento e só se todas o outorgan se designará perito a esa persoa.

No que se refire ó chamamento do perito designado, aceptación e nomeamento, o artigo 342 é o que o regula.

Tamén se referiu o relator ó ámbito da recusación dos peritos, e dixo que só os peritos designados polo tribunal mediante sorteo poderán ser recusados. Isto tamén é aplicable ós peritos suplentes. Os peritos autores de dictames presentados polas partes só poderán ser obxecto de tacha polas causas e na forma prevista nos artigos 343 e 344 da LAC, pero non recusados polas partes. Ademais das causas de recusación previstas na LOPX, son causas de recusación dos peritos:

1º. Ter dado anteriormente sobre o mesmo asunto dictame contrario á parte recusante, xa sexa dentro ou fóra do proceso.

2º. Ter prestado servicios como tal perito ó litigante contrario ou ser dependente ou socio deste.

3º. Ter participación en sociedade, establecemento ou empresa que sexa parte do proceso.

En canto ás tachas de peritos, este relator subliñou que só poderán ser obxecto de recusación os peritos designados xudicialmente, en cambio, os peritos non recusables poderán ser obxecto de tacha cando conorra neles algunha das seguintes circunstancias:

1º. Ser cónxuxe ou parente por consanguinidade ou afinidade, dentro do cuarto grao civil dunha das partes ou dos seus avogados ou procuradores.

2º. Ter interese directo ou indirecto no asunto ou noutro semellante.

3º. Estar ou ter estado en situación de dependencia ou de comunidade ou contraposición de intereses con algunha das partes ou cos seus avogados ou procuradores.

4º. Amizade íntima ou inimizade con calquera das partes ou os seus procuradores ou avogados.

5º. Calquera outra circunstancia, debidamente acreditada, que lles faga desmerecer no concepto profesional.

As tachas non se poderán formular despois do xuízo ou da vista, en xuízos verbais. Se se tratase de xuízo ordinario, as tachas dos peritos autores de dictames achegados coa demanda ou contestación proporanse na audiencia previa ó xuízo.

Ó formulárense tachas de peritos, poderase propoñe-la proba conducente a xustificalas, agás a testemuñal.

O seguinte relatorio correu a cargo de Luis Miguel López Fernández, profesor de dereito civil da Universidade Autónoma de Madrid, e versou sobre o *régime xurídico da responsabilidade civil dos axentes. Responsabilidades complementarias*. Este relator salientou que a LOE, contempla no seu artigo 19.1 as seguintes garantías:

- a) Seguro de danos materiais ou seguro de caución, para os danos derivados dos vicios ou defectos de execución que afecten a elementos de terminación ou acabado. A duración da cobertura é dun ano, podendo substituírse pola retención polo promotor dun 5% do importe da execución material da obra, loxicamente cando o promotor e o constructor sexan persoas distintas.
- b) Seguro de danos materiais ou seguro de caución, para os danos causados por vicios ou defectos que ocasionen o incumprimento dos requisitos de habitabilidade contemplados no artigo 3.1.c). A duración desta cobertura é de 3 anos.
- c) Seguro de danos materiais ou seguro de caución, para garanti-los danos causados por vicios ou defectos que afecten a elementos estruturais e comprometan directamente a resistencia mecánica e estabilidade do edificio. A duración desta cobertura é de 10 anos.

A LOE prevé dúas modalidades: o seguro de danos materiais ou o seguro de caución. En relación con esta última modalidade, a LOE establece as seguintes peculiaridades:

- 1^a) Son asegurados os sucesivos adquirentes do edificio, pero non o promotor⁷.
- 2^a) O asegurado asume o compromiso de indemnizar ó asegurado ó primeiro requirimento, sen que lle poida opoñe-las excepcións que poidan corresponderlle contra o tomador do seguro⁸.

O artigo 19.1 da LOE remite a cuestión relativa á obrigatoriedade das garantías ó establecido na disposición adicional segunda do propio texto legal, e así, relacionando esa disposición adicional coa final cuarta da LOE, parece resultar que o seguro relativo a defectos relacionados coa estrutura e que comprometan a estabilidade do inmovible será obrigatorio para edificios con destino principal a vivenda e que soliciten licencia de edificación a partir dos seis meses da publicación da lei, é dicir, a partir do 6 de maio de 2000.

⁷ Artigo 19.3.a) da LOE.

⁸ Artigo 19.3.b) e c) da LOE.

A obrigatoriedade das demais garantías para os edificios cun uso principal de vivenda, ou o de calquera delas cando se trate de edificios destinados a usos distintos, poderá establecerse polo Goberno mediante real decreto, e polo tanto non se deriva inmediatamente da LOE.

Os suxeitos obrigados a subscribi-las garantías son, de acordo cos artigos 9 e 11 da LOE, o promotor e o constructor. Cando a garantía sexa obrigatoria, a infracción do deber de subscribirla desencadea o efecto previsto no artigo 19.7 da LOE, segundo o cal: *o incumprimento das anteriores normas sobre garantías de subscrición obrigatoria implicará, en todo caso, a obriga de responder persoalmente ó obrigado a subscribi-las garantías.*

O tomador do seguro é o constructor, cando se trate do relativo ós danos por defectos de execución que afecten a elementos de terminación ou acabado, e o promotor nos demais casos. Pero o promotor pode pactar co constructor que este sexa tomador do seguro por conta daquel, sempre que o faga expresamente⁹.

Asegurados son o promotor e os sucesivos adquirentes, cando se trata dun seguro de danos materiais, e só os sucesivos adquirentes cando o seguro sexa de caución¹⁰.

O termo inicial do prazo da garantía-seguro é o mesmo que o contemplado na LOE para a responsabilidade dos axentes no artigo 17.1 da LOE, é dicir, *a recepción da obra sen reservas ou desde a subsanación destas.*

Os danos cubertos polas garantías contempladas pola LOE non cadrán cuantitativa nin cualitativamente coa extensión da responsabilidade especial contemplada nela para os axentes da edificación, a cal, tampouco cubre a totalidade dos danos que os defectos de construción poden ocasionar.

Non tódolos danos materiais ocasionados no edificio ós propietarios e terceiros adquirentes del, e que constitúen o obxecto da responsabilidade dos axentes contemplada pola LOE, están amparados polas garantías reguladas na dita lei. Existen unhas coberturas mínimas, recollidas no artigo 19.5 como porcentaxes sobre o custo final da execución da obra, incluídos os honorarios profesionais, e porque nas garantías de defectos que afectan á habitabilidade e de vicios estruturais se poden establecer franquías que non excedan do 1% do capital asegurado.

Existen unha serie de danos excluídos da garantía, e nesta materia pódense diferenciar tres tipos de supostos:

1º. A alínea a) do artigo 19.9 establece unha cláusula xeral de exclusión, segundo a cal, e salvo pacto expreso en contrario, *as garantías non se estenden a danos corporais ou outros prexuízos económicos distintos ós danos materiais que garante a lei.*

⁹ Artigos 19.2.a) e 19.3 da LOE.

¹⁰ Artigo 19.3 da LOE.

2º. A continuación contéplanse unha serie de exclusións referidas a danos concretos que xa deberían entenderse excluídos en virtude da citada cláusula xeral. Esas exclusións concretas son as seguintes:

- a) Os danos causados a inmobles contiguos ou adxacentes ó edificio¹¹.
- b) Os danos causados a bens mobles situados no edificio¹².

3º. Noutros supostos xa non se alude a danos efectivamente causados como consecuencia de vicios de construción pero excluídos da garantía, senón a danos que non foron causados por eses vicios, a danos imputables á falta de reparación dos vicios máis que á súa existencia, ou a partidas que non teñen a consideración de dano.

Para remata-la súa intervención, este relator sinalou outras condicións das garantías como son as seguintes:

- 1) O asegurador non poderá opoñerlle ó asegurado a falta de pago da prima.
- 2) O contrato non se poderá rescindir nin resolver de mutuo acordo antes de transcorre-lo prazo de duración previsto pola lei unha vez que tomen efecto as coberturas do seguro.

O derradeiro relatorio destas xornadas correu a cargo de Gonzalo Varela Porto, xefe do servizo provincial do Instituto Galego de Consumo na Coruña, e versou sobre a *Lei de ordenación da edificación e os consumidores*. Este relator salientou que a pesar de que a liña que se segue na actualidade é a de crear máis solo para vivendas co obxectivo de conseguir así o seu abaratamento, a súa opinión é contraria a isto posto que o solo é un ben limitado e non se está a conseguir este efecto do abaratamento da vivenda.

Na segunda metade do século XX prodúcese un cambio radical na estrutura do mercado debido, fundamentalmente: á consolidación da gran empresa, á socialización do consumo (grandes masas), á distribución instantánea, ó afastamento do fabricante e á globalización. Deste xeito, pásase de fabricar e vende-lo que quere o consumidor, o cal supoñía un equilibrio entre as partes, a fabricar e vende-lo que previamente se fixo querer ó consumidor, que provoca un desequilibrio entre as partes. Este desequilibrio é a xénese do dereito de consumo. O cidadán que se converte en consumidor e se atopa nesa situación de debilidade *busca o ceo desde* o punto de vista privado e os poderes públicos ó detectar este

¹¹ Artigo 19.9.b) da LOE.

¹² Artigo 19.9.c) da LOE.

tipo de iniciativas e de preocupacións poñen en marcha tamén procedementos ou disposicións que permitan dalgún xeito volver a equilibra-la relación xurídica que se establece polo feito dunha adquisición dun ben. As opcións para volver a ese equilibrio son fundamentalmente dúas: unha delas é a de optar por un mercado concorrencial no que se establece unha competencia e esta competencia é a que mantén o equilibrio, e a outra é a intervención dos poderes públicos para manter ese equilibrio. Hoxe en día, ningunha das dúas opcións ten éxito por si mesma senón que se está producindo unha confluencia de ámbalas dúas.

En 1962 J. F. Kennedy sinala como dereitos básicos de tódolos cidadáns: a seguridade, a información, a elección e a audiencia. En 1963 o Consello de Europa crea a Carta do consumidor e logo a Constitución española de 1978 no seu artigo 51 sinala que os poderes públicos garantirán a seguridade, a saúde e os lexítimos intereses económicos dos consumidores. Os poderes públicos promoverán a información, a educación e o asociacionismo e, para complementar todo isto, os poderes públicos controlarán a través de disposicións o comercio interior e a autorización da saída de produtos ó mercado.

Este artigo 51 sitúase entre os principios rectores da política social e económica polo que conforme o artigo 53.3, tales principios informarán a lexislación positiva, a práctica xudicial e tamén a actuación dos poderes públicos.

No marco do Estado de dereito as relacións de comercio que son as que xeran as relacións de consumo entre un comerciante e un cidadán, regúlanse no dereito positivo polo artigo 1.255 do Código civil onde se consagra o principio de autonomía das partes para contratar, e o dereito constitucional consagra o principio de liberdade de empresa no artigo 38 da Constitución.

A consecuencia disto é que acatando estes principios básicos a lexislación consumerista aparece orientada á información porque un consumidor ben informado é máis difícil de enganar, así mesmo, animará a que a lexislación que regula as relacións de comercio sexa transparente para evita-lo incumprimento de calquera das partes.

Para que a información e a transparencia funcionen necesítase un control que se exercita a través do papel intervencionista e sancionador da Administración, un sistema novidoso que é o sistema arbitral de consumo e coa lexitimación procesual recollida na Lei de axuízamento civil onde atopamos unha lexitimación activa persoal para o consumidor como cidadán independente e unha lexitimación activa colectiva para as asociacións dos consumidores.

É difícil falar de dereito de consumo como disciplina independente, porque realmente está tocando tódolos ámbitos ós que afecta o mercado co cal é máis apropiado falar de dereitos dos consumidores que de de-

reito do consumo. O cidadán convértese en consumidor para os efectos do dereito dos consumidores cando adquire algo para si e para o seu uso particular, é dicir, que o cidadán que integra o que consume nun proceso comercial, nun proceso empresarial, non é un consumidor, co cal non lle afectarían os dereitos do consumidor.

A Lei 26/1984 de defensa dos consumidores e usuarios responde a unha serie de obxectivos: establecer procedementos eficaces en defensa dos consumidores e usuarios; dispoñer dun marco legal para o movemento asociativo e declara-los principios, criterios e obrigas para os poderes públicos.

No seu artigo 1, esta lei define os consumidores coma os que adquiren, utilizan ou gozan como destinatarios finais, bens mobles ou inmo-bles, produtos, servicios, actividades ou funcións.

Non son consumidores, polo tanto, os que sen constituírse en desti-natarios finais adquiren, utilicen ou consuman bens ou servicios co fin de integralos en procesos de produción, transformación, comercializa-ción ou prestación a terceiros.

No seu artigo 2º-1 fai referencia ós dereitos básicos que son: a saúde e seguridade; os lexítimos intereses económicos; a indemnización e repa-ración dos danos e prexuízos sufridos; a información e a educación; a audiencia en consulta a través das asociacións de consumidores e a pro-tección xurídica, administrativa e técnica en situacións de inferioridade, subordinación ou indefensión. Os dereitos dos consumidores e usuarios serán protexidos prioritariamente cando garden relación directa con pro-ductos ou servicios de uso común, ordinario.

No tema da vivenda, cómpre destaca-la Lei 57/1968, do 27 de xullo, que regula a entrega de cantidades anticipadas; establece medidas pre-ventivas tendentes a garanti-las entregas e establece tamén a devolución no caso de non construción.

Logo, temos unha orde, do 5 de outubro de 1968, que regula a pro-paganda e a publicidade de vivendas non de protección oficial. Esta orde establece a esixencia de que a publicidade debe ser clara e precisa.

Estas dúas disposicións refórzanse coa Orde do Ministerio de Facenda, do 29 de novembro de 1968 que establece o seguro de afianzamento das cantidades anticipadas e os requisitos das entidades aseguradoras.

Tamén cómpre destacar que na Constitución de 1978 se recolle, no seu artigo 47, o dereito de tódolos españois a ter unha vivenda digna, e o artigo 51 recolle a defensa dos consumidores e usuarios.


O Real decreto 515/1989 do 21 de abril, quizais sexa o máis impor-tante nesta materia, xa que recolle os dereitos do consumidor na infor-mación que se recibe nos contratos e na compravenda de vivenda.

O Real decreto 287/1991, do 8 de marzo, inclúe a vivenda entre os produtos de uso común e xeneralizado.

A Lei 7/1998, do 13 de abril, refírese ás condicións xerais da contratación, implica a rexistradores e axentes de comercio na información que deben recibir os consumidores.

Por último, débese facer referencia á Lei 38/1999 de ordenación da edificación.

O relator fixo especial fincapé no Real decreto 515/1989, do 21 de abril, que nos seus artigos 2 e 3 recolle cómo debe ser a información; destaca así o principio de veracidade na oferta, promoción e publicidade; debe reflectir as verdadeiras características, condicións e utilidade, se é unha vivenda en construción ou rematada; non debe inducir a erro; non silenciará datos fundamentais, co que se prohibe a publicidade enganosa; e o comprador poderá esixir todos eses datos nas vivendas que se publicitan.

A diferenza entre este Real decreto e a LOE é que este Real decreto (regulamentación anterior) se refire ás garantías antes e despois da construción, é dicir, ós dereitos formais (información), ás licencias e títulos, e á publicidade e venda; e a LOE garante a propia construción; é dicir, os dereitos materiais: calidade, habitabilidade, etc., a responsabilidade e seguros obrigatorios e o Libro da edificación. 

XORNADAS SOBRE MULLER, ADMINISTRACIÓN E PODER POLÍTICO

(Edificio administrativo da Xunta de Galicia
en Ferrol, 23 e 24 de abril de 2002)

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

«Coa rapidez e o éxito da nosa causa depende do celo e dos esforzos, tanto dos homes como das mulleres, pára derruba-lo monopolio dos púlpitos para conseguir que a muller participe equitativamente nos diferentes oficios, profesións e negocios».

Declaración de *Seneca Falls* do 19 de xullo de 1848

1. Introducción

O problema da consideración xurídica da muller é tan antigo coma o propio dereito. Durante varios séculos a muller foi considerada como unha cousa, á cal se lle atribuíu un valor patrimonial, e polo tanto susceptible de alleamento. A historia, o progreso e a cultura modificaron moito o anterior concepto, como é de absoluta xustiza.

Xa pasaron dous séculos, dende que no contexto da Revolución Francesa, *Olympe de Gauges* escribira a súa «Declaración dos dereitos da muller». Desta maneira, cando a Declaración dos dereitos do home se converteu no preámbulo respecto da Constitución de 1791, esta muller trazou a súa declaración en resposta ás lagoas que se presentaban nela. Xa no seu artigo 1 se podía ler... «a muller nace libre e permanece igual có home en dereito. As diferencias sociais só se poden basear na utilidade común». Aínda que posiblemente sexa máis coñecido aquel pará-

grafo do seu artigo 10... «A muller ten o dereito a subir ó patíbulo, igualmente terá dereito a subir á tribuna».

A participación da muller en tomas de decisións políticas aparece no ano 1838, primeiro en *Kentucky*; despois noutros estados norteamericanos permitiúselles ás propietarias de terras que votaran en determinadas eleccións escolares e fiscais. En España a participación da muller na toma de decisións políticas aparece na Constitución da Segunda República do 9 de decembro de 1931 onde se dicía que os cidadáns dun e outro sexo, maiores de vintetrés anos, terán os mesmos dereitos electorais conforme o determinen as leis.

A crecente e imparable participación das mulleres no mercado laboral, na sociedade e en todos aqueles sectores vencellados co ámbito do público fan necesario, non só adecuar horarios, impulsa-la formación e establecer medidas correctoras das desigualdades sociolaborais, senón que é fundamental concienciar á sociedade, homes e mulleres, da necesidade de concilia-la vida familiar coa profesional, implicando a unhas e outros na coparticipación igualitaria con respecto ás responsabilidades familiares e laborais.

Se ata datas moi recentes a responsabilidade familiar e doméstica, o coidado dos fillos e fillas, a atención a persoas maiores e enfermas recaeu exclusivamente sobre as mulleres, hoxe en día, as mulleres asumiron a incorporación ó mundo laboral como unha reforma de desenvolvemento persoal e profesional, e como reflexo da súa participación plena na sociedade.

Xunto ás dificultades das mulleres para obter un emprego remunerado, a segunda dificultade refírese á remuneración que obteñen. De feito os salarios medios das mulleres son inferiores ós dos homes. Os motivos son diversos:

A discriminación manifesta. Polo mesmo traballo téndese a pagarlle menos a unha muller ca a un home.

A segregación dos empregos por sexos. As mulleres están ocupadas nos sectores onde o nivel salarial é máis baixo.

As dimensións da xornada laboral. As mulleres tenden a ter empregos cunha xornada laboral máis curta cá dos homes e os homes adultos alongan a xornada laboral, e fan horas extras nun momento no que a taxa de paro é extraordinariamente alta.

Para resumi-las características da distribución dos salarios entre os traballadores e traballadoras, hai que ter en conta os criterios básicos sobre a remuneración que rexen dun modo xeneralizado na nosa sociedade:

Salario individual ou compensador. O salario das mulleres ten carácter individual ou ben complementario respecto do salario dos homes. Dito de outro modo, o salario das mulleres non se concibe

como medio de reprodución da forza do traballo, salvo, en todo caso, da reprodución da propia muller traballadora, pero non do seu reemprazo (os fillos). Polo xeral, recoñéceselles a función de compensa-los salarios masculinos cando estes caen por debaixo do nivel que permite reproducir-las seguintes xeracións.

Salario familiar ou principal. O salario dos homes adultos, cabeza de familia, ten carácter de salario da familia. Enténdese que o salario do home incorpora, non só os medios para produci-la súa propia forza do traballo, senón tamén para garanti-lo seu reemprazo cando se xubile, polo tanto cubrirá os medios para soste-las necesidades das persoas dependentes. Por iso se considera prioritaria a preservación do lugar de traballo dos homes cabeza de familia.

Esta dobre concepción do salario, está vixente tanto entre os empresarios, coma entre os sindicatos, e incluso entre as propias mulleres.

Dende o punto de vista legal, o principio de igual retribución para «traballos de igual valor», ó cal se acollen na actualidade as traballadoras, para loitar contra a desigualdade salarial, quedou recollido na lei franquista do 22 de xullo de 1961, no seu artigo 4.2. Sen embargo, produciuse un retroceso no tratamento desta problemática uns anos máis tarde; a Lei de relacións laborais do 8 de abril de 1976, aplicada ó principio de non discriminación a «traballos iguais». Hai que esperar á Reforma de 1994 do Estatuto dos Traballadores, para que no seu artigo 28 se recolla o principio de igual remuneración para traballos de igual valor, nos seguintes termos: «o empresario esta obrigado a pagar pola prestación dun traballo de igual valor o mesmo salario, tanto por salario base como polos complementos salariais, sen discriminación por razón de sexo». Con base neste principio, cando aínda non estaba recollido na lei, senón baixo a forma de non discriminación para traballos iguais, a loita das mulleres de produción directa en empresas como Puig ou Jaeger, conduciu á eliminación da discriminación, por considerar que as tarefas desenvolvidas polas mulleres, aínda sendo distintas e requirindo capacidades distintas, eran equivalentes.

A IV Conferencia Mundial das Nacións Unidas sobre as mulleres, que tivo lugar o 4 ó 15 de setembro de 1995 en *Beijing*, aprobou un importante documento, a Plataforma para a Acción, ó comprometérense ó seu cumprimento os gobernos, organismos nacionais e institucións internacionais durante os próximos cinco anos. Tamén se exhorta á sociedade en xeral, ós axentes sociais, ás organizacións non gobernamentais e ó sector privado a que presten o seu decidido apoio ás medidas deseñadas nel.

Podemos adiantar que o principio de igualdade de trato é un dos principios comúns ó dereito comunitario e ó dereito nacional. Neste senso é recollido pola Constitución española que, no seu artigo 1, chega

a cualificalo como un dos valores superiores do ordenamento xurídico, mentres que o artigo 14 recolle o sexo coma unha das causas de discriminación expresamente prohibidas por el. Por outra banda, despois da Sentencia *Defrenne*, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea afirmou que o respecto ós dereitos fundamentais da persoa humana forma parte dos principios xerais do dereito comunitario, e que a eliminación de discriminacións fundadas sobre o sexo, forma parte dos dereitos fundamentais.

A aprobación da Constitución española do 1978 suporá o primeiro paso dun recoñecemento que irían dando os distintos poderes públicos. Pero hai que ter en conta que o principio de igualdade recollido no artigo 14 CE non establece un principio absoluto, senón, como o Tribunal Constitucional veu interpretando reiteradamente, a súa aplicación non implica en tódolos casos un tratamento legal igual con abstracción de calquera elemento diferenciador de relevancia xurídica.

En consonancia co citado principio constitucional e a partir dese momento, o lexislador ordinario foi introducindo algunhas modificacións importantes. Unha mostra diso serían as leis 11/1981 e 30/1981 de modificación do Código civil no que respecta ás relacións familiares.

Tamén no campo das relacións laborais e da Seguridade social atopáramos algúns artigos do Estatuto dos Traballadores; a Lei orgánica 3/1989 sobre as medidas para favorece-la igualdade de trato da muller no traballo, e incluso a propia Lei de procedemento laboral.

Tamén en materia penal e referidas a algúns aspectos intimamente relacionados coa muller contra a liberdade sexual temos a Lei orgánica 3/1989 e a Lei orgánica 9/1985 sobre despenalización dalgúns supostos de aborto, etc. Posteriormente, o novo Código penal, aprobado en novembro de 1995, introduciu entre os novos delitos o acoso sexual e a discriminación laboral.

A adecuación da lexislación ó principio de non discriminación sinalada pola nosa Constitución de 1978, non é senón unha mostra máis do enorme esforzo que a nosa sociedade levou a cabo nos últimos anos; sen embargo, nin a igualdade legal entre os homes e mulleres é suficiente, nin a falacia do igualitarismo xurídico pode levarnos a baixa-la garda.

Neste senso, a acción positiva trata de completa-la lexislación sobre a igualdade de trato e implica un sistema ou estratexia temporal de vantaxe (promoción) ou compensación (privilexio) que veña a cubrir un déficit individual e colectivo sufrido polas mulleres en calquera ámbito da vida social. É dicir, trátase de medidas de carácter temporal, que se implantan en moitos ámbitos e nuns períodos de aplicación concretos cuns obxectivos que se encamiñan ó logro dunha igualdade de oportunidade.

Así, a Convención de Nacións Unidas sobre a eliminación de tódalas formas de discriminación contra a muller, aprobada o 18 de decembro

de 1979, unicamente exclúe do concepto de discriminación dous tipos de medidas: «as medidas especiais do carácter temporal encamiñadas a accelera-la igualdade de facto entre o home e a muller» (art.4.1), así como as de protección da maternidade (art.4.2); é dicir, por un lado as medidas de acción positiva, e por outro, o único suposto de deferencia xurídica entre home e muller que terminou por admitir no dereito internacional para os efectos de protección, e aínda para ese suposto reducido a súa mínima expresión: a maternidade.

A acción positiva aparece na normativa comunitaria na Directiva 76/207, alínea 4 do artigo 2º, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre mulleres e homes no que se refire ó emprego, á formación e á promoción profesional. Por maior abastanza, incidindo na compatibilidade das medidas de acción positiva coa prohibición de discriminación, o Consello da UE no terceiro considerando da súa Recomendación 84/635, relativa á promoción de accións positivas a favor da muller, salienta estas medidas con novas accións.

Se no plano internacional a acción positiva esta suficientemente recoñecida, do mesmo xeito, no noso dereito interno, a igualdade que o artigo 1.1 da U.E. proclama como un dos valores superiores do noso ordenamento xurídico, non só se traduce no carácter formal contemplado no artigo 14, senón así mesmo na índole substancial recollida no artigo 9.2, que obriga ós poderes públicos a promover-las condicións para que a igualdade dos individuos e os grupos sexa real e efectiva.

Así en reiterada xurisprudencia, o noso Tribunal Constitucional veu entendendo co mandato contido no artigo 9.2, en canto se dirixe ós poderes públicos, supón unha modulación do artigo 14, no senso por exemplo, de que non poderá reputarse de discriminatoria e constitucionalmente prohibida a acción de favorecemento, sequera temporal, que aqueles poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, historicamente preteridos e marxidados, co fin de que, mediante un trato especial máis favorable, vexan compensada a súa situación de desigualdade substancial. Supón tratar de forma diferente ós que son diferentes. Polo tanto, non existe contradicción entre a igualdade e as accións positivas. As medidas contra a discriminación e as medidas de acción positiva forman parte do mesmo bloque de actuacións, pois teñen ambos os mesmos obxectivos.

As cotas, que establecen a reserva dun número ou porcentaxe de prazas a determinados grupos, e as normas de trato preferente son paradigma desta subespecie da acción positiva ou inversa.

É precisamente sobre a legalidade deste tipo de medidas sobre a que se pronunciou o Tribunal de Xustiza de Luxemburgo nas súas sentencias do 17 de outubro de 1995 e 11 de novembro de 1997, coñecidas como asunto «*Kalanke*» e «*Marschall*» respectivamente. A ilegalidade declarada

polo Tribunal europeo na sentenza Kalanke, da medida que dá preferencia ás candidatas femininas nunha promoción laboral, cando a igual capacitación se produce en sectores nos que as mulleres están infrarrepresentadas. A devandita medida foi recibida como a posta en cuestión dun dos piares básicos das políticas de igualdade, tal é acción positiva a favor das mulleres.

Razóns non faltan para inquietarse. Sen embargo, por un lado, e conforme ó aquí exposto, consideramos que a ilegalidade non lle afectaba á acción positiva no seu conxunto, senón á vertente da acción positiva que, non só favorece ou promove, senón que privilexia para a igualdade, e que identificamos coa discriminación positiva. Por outra parte, o propio tribunal veu matizando a súa postura na posterior SS do 11 de novembro de 1997, S. S. *Marschall*, ó admiti-la discriminación positiva, sempre que:

- esta lles garanta, en cada caso particular, ós candidatos masculinos con igual capacitación cás candidatas femininas, que as candidaturas sexan obxecto dunha apreciación obxectiva que teña en conta tódolos criterios relativos á persoa dos candidatos de ámbolos sexos e ignore a preferencia concedida ás candidaturas femininas cando un ou varios criterios fagan que a balanza se incline a favor do candidato masculino, e
- que tales criterios non sexan discriminatorios en prexuízo das candidaturas femininas.

Persoalmente, considero que esta cláusula aberta é indeterminada, e que debido a actitudes e comportamentos existentes na sociedade que producen efectos prexudiciais para as mulleres en activo, poden introducirse elementos de xuízo que inclinen de novo a balanza a favor dos homes.

Non obstante, a pesar diso, a muller continua sendo obxecto de importantes discriminacións, e pódese observar en calquera caso, unha clara discordancia entre as conquistas normativas e a realidade, e constátase á súa vez que o lexislador ordinario non se mostrou demasiado explícito en canto ó desenvolvemento do principio constitucional.

En Europa, o tratamento dos modelos familiares foi e é moi diferente. A política fiscal e de prestacións varía segundo a tradición xurídica e social de cada país. Pero en todo caso, non hai nos textos fundacionais da Unión Europea unha mención expresa verbo da protección da familia.

No caso español, e de acordo coa distribución de competencias establecidas na nosa Constitución, o Estado mantén as competencias en materia de fiscalidade e de seguridade social. Tódolos demais programas correspóndelles ás comunidades autónomas, pero este criterio non se pode traducir nunha exención de responsabilidade. A Constitución fala explicitamente da responsabilidade dos poderes públicos no seu artigo 39, e aquí inclúense tódalas administracións.

A isto cómpre engadirlle que a estrutura familiar é unha das referencias que máis teñen en conta as persoas españolas para calibra-la súa satisfacción persoal. Segundo as derradeiras enquisas do Centro de Investigacións Sociolóxicas, para os cidadáns españois, a familia e a saúde son as condicións máis importantes para conseguila felicidade. Neste último Informe sobre a xuventude en España, queda confirmado que as persoas novas seguen valorando a familia como un dos elementos máis importantes da propia vida.

Ata agora sempre se falou de liberdade e igualdade dentro das liñas de actuación das políticas familiares, a isto hai que engadirlle-la solidariedade non só como unha resposta teórica, senón como un traballo conxunto entre a sociedade civil e os poderes públicos, para garanti-la protección das unidades familiares na súa diversidade e respecto á realidade de cada unha, ese respecto é o que fai efectiva unha política integral para protexe-la familia.

A lei 39/1999, do 5 de novembro, para promove-la conciliación entre a vida familiar e laboral das persoas traballadoras, incorporou medidas activas a favor da familia. Os permisos retribuídos, a redución da xornada laboral por motivos familiares, a excedencia por coidado de familiares, e o permiso por maternidade e parental, o «custo cero», e outras máis, son expoñentes claros do esforzo pola dita protección, non só para as mulleres, senón para tódalas persoas traballadoras, e consecuentemente para tódalas unidades familiares.

É certo que estas medidas non esgotan a problemática familiar; e que, por exemplo, o tratamento da situación de familias monoparentais, ou doutras unidades familiares. Pero en todo caso, trátase de iniciar un proceso, tendo en conta que a protección da familia é un mandato constitucional.

2.

O primeiro en intervir no acto de inauguración das xornadas foi o Ilmo. Sr. D. **José Antonio San Gil Noya**, delegado provincial da Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, quen presentou ós intervinientes. Van ser dirixidas e coordinadas por dona María Teresa Carballeira Rivera, profesora titular de dereito administrativo da USC.

Previamente falou o director xeral da Escola Galega de Administración Pública, o Ilustrísimo Sr. D. **Domingo Bello Janeiro**, quen fixo unha introducción das xornadas. Estas xornadas cumpren con dúas das principais finalidades da actividade formativa da EGAP nos últimos anos: a descentralización das actividades, ó chegar a tódolos interesados sen

que a distancia supoña ningún impedimento para acceder a elas (no ano 2001 o 80% das actividades de formación da Escola desenvolvéronse fóra da sede do dito centro); a promoción da igualdade entre home e muller, mediante un convenio asinado co Servicio Galego da Consellería de Familia para fomenta-la igualdade entre home e muller. Así, en tódolos cursos de xefes de servizo, de xefes de negociado e de directivos existe un módulo específico destinado á promoción da igualdade entre home e muller, a eliminar, no posible, calquera mostra de linguaxe discriminatoria no eido administrativo e a fomenta-la participación das mulleres na vida administrativa.

No transcurso destas charlas vanse debate-las distintas perspectivas xurídicas da problemática da muller na Administración e no poder político, tanto dende o punto de vista constitucional coma da lexislación civil ou penal, máis tamén se abordará a importancia da conciliación da vida familiar coa vida laboral. Asemade, ó final destas xornadas teremos o pracer de contar coa intervención da conselleira de Asuntos Sociais da Xunta de Galicia.

A seguinte intervención nestas xornadas correu a cargo da Ilustrísima conselleira de Familia, Promoción de Emprego, Muller e Xuventude, dona **Manuela López Besteiro** que expuxo o seguinte:

O percorrido feito a favor da igualdade levouse a cabo fundamentalmente no último cuarto do pasado século XX. A incorporación das mulleres á vida pública supuxo unha das maiores revolucións sociais producidas dentro das democracias occidentais. É unha revolución silenciosa que aínda está inacabada. Hoxe en día, non se pon en dúbida a igualdade entre o home e a muller, nin a súa capacidade, pero na praxe diaria atopámonos con prexuízos e estereotipos que acaban provocando a discriminación por razón de xénero.

Trátase dunha loita pola xustiza e a equidade, loita por compartir responsabilidades familiares e de poder. A pesar de representar tanto a metade da poboación como a metade do censo, as cifras das que dispoñemos reflicten que hoxe en día, mentres que a presenza da muller nos cargos de alta responsabilidade política ou administrativa segue a ser escasa (tanto a nivel local, autonómico, estatal ou europeo), a presenza da muller como responsable da vida familiar segue ascendendo. Isto é símbolo dunha grave ineficacia social e económica que obstaculiza o desenvolvemento das sociedades en tódolos ámbitos.

A directora e coordinadora destas xornadas, dona **María Teresa Carballeira Rivera**, deulle comezo ás xornadas e agradeceu a súa presenza, posto que o tema da muller só lles interesa a algunhas mulleres, o que é moi representativo da situación que vive a muller en España non só no medio político e administrativo, senón a nivel de sociedade civil. Co fin de aumenta-la concienciación, puntualizou que non é un problema da

muller, senón un problema social como a infancia, a economía... Afecta a toda a sociedade e, polo tanto, hai que planificalo dende a sociedade e non dende a parcialidade nin de determinados sexos da sociedade.

Con ese fin fixo a primeira invitación á primeira relatora, profesora titular de relacións internacionais da U.S.C., doutora en ciencias políticas e licenciada en socioloxía pola Universidade Complutense de Madrid. Ten moitos traballos sobre a teoría feminista das relacións internacionais, os procesos de integración en América Latina, os dereitos humanos, a globalización, os conflitos armados... Foi investigadora asociada en distintos programas como o presentado pola Facultade Latinoamericana de CC. Sociais, con sede en San Xosé de Costa Rica, o Colexio de México, con sede en México, DF e Institute Politics de París.

3.

a) Muller, feminismo e poderes públicos: Irene Rodríguez Manzano

Partiremos, polo tanto, da propia orixe da organización e, concretamente, do compromiso contraído polos seus membros orixinarios coa igualdade entre homes e mulleres no seu documento fundacional; un compromiso que non imposibilitará constata-la nula ou escasa presenza de mulleres nos seus órganos principais, representantes, dalgunha maneira, dun poder público internacional. Máis ala destas orixes, o transcorrer do tempo deteranos nos esforzos das Nacións Unidas en *pro* da igualdade xurídica entre homes e mulleres, esforzos sobre os que xiraran as tres primeiras décadas da súa existencia e que, entre outros resultados, van determina-la aprobación da Convención de dereitos políticos da muller. Nun mundo no que poucos estados recoñecen eses dereitos, a adopción deste instrumento xurídico non pode entenderse máis que como o punto de partida para o acceso da muller ó poder público. A partir de entón e constatando paralelamente a escasa presenza de mulleres nos niveis máis altos dese poder, a nosa atención dirixírase ás propostas realizadas durante a década das Nacións Unidas para as mulleres, e especificamente nos plans de acción das tres primeiras conferencias mundiais sobre a muller; para supera-los obstáculos que impiden a súa plena participación no poder político.

A necesidade de incrementa-la participación da muller no poder público, como poñen de manifesto as páxinas que preceden, forma parte da axenda internacional, e foi ese un dos distintos e diversos esforzos dende hai décadas. Esforzos que, partiron do recoñecemento do dereito da muller ó sufraxio activo e pasivo para centrarse nos últimos anos no logro do seu empoderamento, tal e como establece a Plataforma de Ac-

ción de Beijing. Este empoderamento, como afirman Peterson e Runyan, incorpora ó discurso feminista un novo concepto de poder, o «poder para» ou o «poder de capacitación», unha alternativa á interpretación clásica, na que o poder se define como a habilidade de que alguén consiga que outro faga algo que doutra maneira non lograría e aquel discurso define como un atributo masculino. Trátase polo tanto, de empodera-la muller, de capacitala, para que participe no seu adianto e controle o seu futuro.

Dende esa nova proposta, a esixencia dunha maior representación da muller no poder político deixa de ter como obxectivo a consecución desa igualdade numérica, entendéndose como o requisito imprescindible para incorpora-los seus intereses, necesidades e valores no proceso de toma de decisións.

b) Estatus e dereitos da muller nos Estados Unidos: Antoinette Sedillo López

A relatora arriba indicada tratou na súa intervención os seguintes aspectos:

Aínda que poida parecer que houbo un grande avance nos dereitos escritos para a muller, a realidade é ben distinta. Un claro exemplo é o tema da legalización do aborto, como decisión persoal da muller; foi un tema que carretou reaccións adversas e políticas moi complexas por parte do sector máis conservador e reaccionario. Aínda máis reaccionario é o feito de que algunhas mulleres estean en contra do aborto.

Os estados nos que se aprobou primeiro o dereito ó voto da muller foron todos os do Oeste: *Wyoming* en 1869; *Utah* en 1870; *Colorado* en 1893; *Idaho* en 1896; *Washington* en 1910... A explicación de que se lle concedera tan rápido o voto á muller foi co obxectivo de que foran a esa parte do país coloniza-la fronteira con mulleres brancas. Outra tese é que as mulleres que foron eran mulleres que tiñan moito poder en si mesmas porque moitos dos seus homes morreran na guerra, e por iso tiñan unha presenza na vida pública moi forte.

En 1920 o Congreso e tódolos estados aprobaron a 19ª Emenda da Constitución que lles concedía o dereito de voto ás mulleres. Tódolos dereitos da muller nos *EEUU* van ligados a etapas económicas, é dicir, é un país que creceu moito, aumentando enormemente a demanda de traballo, de man de obra, por iso se tiña necesidade de que as mulleres entraran a traballar. En épocas nas que a economía do país non era todo o boa que debería, os dereitos da muller véñse limitados (nos anos 30, nos anos 50 as mulleres quedaban na casa porque foron épocas de pouca expansión económica).

As mulleres loitaron pola cláusula de igualdade na Constitución, pero non se acadou tal cláusula porque ademais de que nos *EEUU* é moi complicado cambia-lo texto constitucional, porque ten que pasar polo Congreso, firmala o presidente e aprobarse pola maioría dos estados, a meirande parte deles teñen gobernos conservadores, co que iso implica. Un dato relevante é o feito de que os *EEUU* non asinaron a Convención contra a discriminación da muller.

O camiño para acada-lo poder pasa por tres etapas: tomar posición, sobrevivir e subir e controlar.

Para entrar no poder nunca houbo demasiadas dificultades.

A etapa da supervivencia tense superado, porque vivimos un período de crecemento da economía e por iso as mulleres sobreviviron nesas posicións non de poder, senón de traballo. Por cuestións económicas non se pode manter un estatus social de clase media sen dous salarios en cada fogar americano.

Pero xa a terceira etapa de subir ós altos cumios e manterse está dalgún xeito vetado para a muller. Hai discriminación porque se estereotipa a muller, que a muller non acade certos postos de poder porque non vai toma-las mesmas decisións ca un home. Ademais está o feito de que hai unha concepción xeneralizada de que as mulleres para triunfar han de renunciar a ter unha vida familiar (en *EEUU* das 200 universidades, só 10 teñen decanas mulleres), concepción non extensible ós homes.

Un tema preocupante son as cifras relacionadas coa saúde pública e os seguros sociais.

Cada día nos *EEUU* morre unha muller por complicacións no embarazo, iso é así dende 1982, case 8 de cada 100.000 nados, cifra excesivamente elevada para un país desenvolvido.

A taxa de mortalidade infantil é de 7 nenos de cada 1000 nados, porque non hai Seguridade social e moitas mulleres non se poden permitir un seguro privado nin lle é proporcionado polo seu empresario durante o embarazo.

A probabilidade de que as mulleres nos *EEUU* de orixe afroamericana morran a causa de complicacións no embarazo é catro veces maior que as probabilidades que ten unha muller branca. Nas mulleres hispanas é moito maior que as de raza branca e a situación das mulleres indíxenas aínda é moito peor.

Iso ocorre porque só o 13% das mulleres de raza branca non teñen seguro privado, un 23% das mulleres afroamericanas e un 42% nas mulleres latinas. Non hai igualdade na distribución dese dereito humano que nos *EEUU* é máis un privilexio ca un dereito.

A pesar de que hai un sistema da anticoncepción evolucionado, a porcentaxe de embarazos non desexados ascendeu a un 49% en 1994. Iso é estraño nun país desenvolvido, pero sucede así porque hai unha to-

tal despreocupación por darlle unha educación axeitada ós mozos adolescentes americanos.

Co tema da SIDA pasou o mesmo, en 1985 representaba un 7% da poboación, hoxe representa un 23% os casos de SIDA, posiblemente pola desinformación relativa ós sistemas de prevención neste. Nas mulleres afroamericanas a porcentaxe é maior.

En canto á violencia, máis de 2.500.000 cada ano son vítimas deste tipo de violencia: unhas 700.000 son vítimas de agresión sexual. Hai perdas anuais de 100.000 de dólares en soldos e salarios (descenso da produtividade) que deixan de percibirse por absentismo laboral a causa da violencia contra a muller.

En canto ás diferenzas salariais, nos *EEUU* cando un home gaña un dólar, unha muller gaña 80 centavos de dólar. A taxa de participación no traballo é alta, case o 70% das mulleres traballan fóra da casa. O aumento na actividade económica é pola necesidade da muller de contribuír ó ingreso familiar para manter un nivel de clase media, tamén os homes necesitan que as súas mulleres traballen por ese motivo. O aumento das posibilidades de traballo e educación profesional para as mulleres reflíctese en que as facultades de dereito, medicina, xornalismo, entre outras, abríronlle as portas a moitas mulleres; na Facultade de Dereito máis do 50% do alumnado son mulleres.

No Congreso só un 13% son mulleres, a necesidade máis perentoria é dispoñer de recursos económicos suficientes porque para poder realizar unha campaña política hai que saír na televisión, na radio e outros medios, e iso implica moitos custos. É unha barreira para entrar na política.

Ademais de barreiras económicas, atopamos barreiras psicolóxicas, a visión da muller humilde, tímida, invisible, submisa, etc. que aínda pervive hoxe en día; e estas non son características que lle axuden a entrar na política.

c) Igualdade e dereito á diferenza: Francisco Caamaño Domínguez

O relatorio do profesor Francisco Caamaño Domínguez pareceume interesantísimo. Tratou de explica-lo salto conceptual verbo da idea de igualdade e a súa repercusión no ámbito do xurídico, de tal maneira que para entender isto é imprescindible examinar cómo a igualdade foi entendida no nacemento do Estado Constitucional e cómo e por qué foi imprescindible o progresivo abandono daquela concepción en defensa dun entendemento «mellorado» da idea de igualdade non exento, nembargantes, de dificultades novas en palabras de don Francisco. Foi moi didáctica a parte dedicada ó dereito á diferenza como dereito a ser igualmente recoñecido, afirmando que concepción da igualdade como negación

do privilexio e a configuración do dereito á diferenza como dereito de acceso a xuíz, pronto puxo de relevo as súas deficiencias estruturais como dereito fundamental de garantía. Afirmo o autor, que nas sociedades multiculturalis e multiétnicas os problemas de igualdade non se resolvían co trato igual, senón cunha aceptación igual da diferenza. Na mesma liña, continúa don Francisco afirmando que somos canto que se nos reconece, polo que a nosa identidade como individuo depende do recoñecemento alleo. A miña propia identidade como individuo depende das miñas relacións dialóxicas cos demais. O falso recoñecemento ou a falta de recoñecemento dun individuo ou dun colectivo pode causa-la maior das humillacións. O principio da cidadanía igualitaria ocúpase de tratar igual a tódolos que son recoñecidos, pero non garante a igualdade no recoñecemento. E esta é a verdadeira clave do problema. A dignidade común do ser humano esixe que sexan igualmente recoñecidos; nembargantes, a cidadanía igualitaria do primeiro Estado Constitucional identifica dignidade con igualdade de trato en e ante un previo dereito á diferenza. Na actualidade o dereito á diferenza como límite á uniformidade de trato xa non se sitúa no dereito de acceso ó xuíz, senón no seo mesmo do dereito á igualdade, entendido como dereito á non discriminación.

Sen igualdade no recoñecemento, o Estado ou a sociedade humilla a determinados colectivos (estranxeiros, mulleres, colectivos étnicos, raciais ou culturais...) que se senten desprezados na súa dignidade. Por isto mesmo, o gran problema das sociedades actuais non é o de xustiza en termos rowlsianos, senón o de cómo se trata os que non son plenamente recoñecidos polo sistema político e legal. Acaba o autor dicindo que iso significa en palabras de A. *Marguerit* unha sociedade que non humilla ós demais aínda que non os trate de modo en todo igualitario.

d) Dereito comunitario e promoción da muller na vida pública: Isabel Lirola Delgado

O dereito comunitario representa un marco normativo eficaz para a promoción da muller na vida pública. En primeiro lugar, porque ese obxectivo continúa unha das dimensións do principio comunitario de igualdade entre homes e mulleres, xa que non só se xustifica en función de piares económicos, ligados ó desenvolvemento competitivo da economía da UE, ou a principios de xustiza social, senón que se fundamenta na protección da dignidade humana e en presupostos de carácter democrático. Este plural fundamento permite que a acción comunitaria poida proxectarse en tódalas dimensións da vida pública, e de forma especial naquelas coma a participación nos procesos de toma de decisións, nas que a promoción das mulleres reviste no momento presente de maior importancia, co fin de propicia-lo necesario cambio social que asegure

unha participación equitativa de homes e mulleres en tódolos ámbitos públicos.

En segundo lugar, a acción comunitaria para a promoción da muller na vida pública concíbise dende unha variedade de actuacións e instrumentos que se complementan entre si e resultan necesarias no seu conxunto para a consecución do dito obxectivo. Dende esta perspectiva, ó integralas na estratexia marco comunitario, potenciase a súa eficacia e garántese un tratamento de conxunto dos distintos aspectos que inciden na promoción da muller na vida pública. Neste senso, consideramos que o recoñecemento duns dereitos que garantan a igualdade no acceso ó ámbito profesional constitúe un presuposto previo básico para a participación das mulleres na vida pública, que na maioría das ocasións se realiza pola vía laboral ou profesional. Estimamos que a transversalidade, ó integra-la perspectiva de xénero na base da construción das políticas comunitarias, como políticas públicas, resulta fundamental non só para elimina-los obstáculos á promoción da muller na vida pública, senón para introduci-los instrumentos e as accións específicas que sexan necesarias para o desenvolvemento deste obxectivo.

E finalmente, somos da opinión de que as medidas de acción positiva constitúen un instrumento esencial no que debe apoiarse a acción comunitaria de promoción da muller en tódolos aspectos da vida pública na que obxectivamente se constate a súa infrarrepresentación. Neste punto, a acción comunitaria segue adoecendo dunha debilidade e falta de definición que non resulta beneficiosa e que compromete dalgunha maneira os desenvolvementos alcanzados nesta materia en determinados estados membros. Por esta razón, consideramos que resulta preciso avanzar máis no plano normativo, a través de instrumentos de carácter vinculante que delimiten con claridade o alcance destes instrumentos no ámbito comunitario, e desta maneira propiciar un cambio na xurisprudencia do TXCE, que resulta innecesariamente restrictiva. En definitiva, a contribución do dereito comunitario á promoción da muller na vida pública segue aberta a novos desenvolvementos.

e) Participación da muller española na toma de decisións políticas: Octavio Salazar Benítez

O profesor Octavio Benítez Salazar antes de entrar na cerna do seu relatorio fai unha breve descrición ó longo do tempo de cómo a muller foi excluída nas tomas de decisións, incluso na Revolución Francesa; e comenta que aínda que ó longo do século XX, as mulleres foron derribando os muros que lle impedían ser cidadás en condicións de igualdade co home, foi fundamentalmente a través da obtención do dereito de sufraxio, mais queda moito por andar, pois hoxe en día, en pleno século XXI, as

mulleres seguen atopando dificultades para ter esa voz nas asembleas públicas das que falaba Aristóteles, e polo tanto, para ser cidadás máis alá da igualdade formal que lle garanten as constitucións e o ordenamento xurídico. Constitucións coma a nosa seguen respondendo a valores claramente identificados cos homes que, en definitiva foron os que a negociaron e elaboraron. Non en van se fala de «pais da Constitución». Un texto que foi aprobado por un poder constituínte no que, sumando deputadas e senadoras, atopabamos só 8 mulleres, e que foi interpretado por un Tribunal Constitucional no que a presenza da muller foi anecdótica.

Polo tanto, non é de estrañar que na Constitución española non atopemos ningunha referencia, nin sequera no preámbulo, da situación de desigualdade histórica da muller e a necesidade, polo tanto, de apoio por parte dos poderes públicos.

O profesor continúa expoñendo que aínda que os ordenamentos dos estados democráticos como o español recoñéceselle á muller os mesmos dereitos có home «en condicións de igualdade», na práctica esas condicións seguen sendo desiguais, sobre todo se pensamos no exercicio dos dereitos políticos e, especialmente, no acceso ós cargos públicos representativos. Acceso que todos sabemos controlado polos partidos políticos, os cales seguen sendo «círculos moi cerrados» de claro dominio masculino, nos que «dar un posto a unha muller é privar a un home del e, nestas circunstancias, os postos dados ás mulleres son os imprescindibles que a propaganda require».

Xustifica o anteriormente exposto nunha enquisa realizada recentemente pola Unión Interparlamentaria entre 187 políticas de 65 países de todo o mundo, puxo de manifesto o mantemento das ditas estruturas. Así, un 50% das entrevistadas considera que os partidos políticos son estruturas bastante hostís ás mulleres.

Xunto a esas estruturas, débese ter en conta que a muller posúe, en xeral, menos recursos cós homes para acceder a postos de responsabilidade política, a difícil conciliación da vida pública e a vida privada créalles grandes dificultades para inverter tempo na actividade política. Unha actividade política cuns tempos controlados polos partidos políticos e, máis en concreto, polos reloxos masculinos que tradicionalmente son os que marcaron, e o seguen facendo, os ritmos da vida pública. Esta situación implica unha gran presión para as mulleres que deciden dedicarse á vida política, en gran medida porque as estruturas sociais lle obrigan a vivilo como unha terrible opción: dun lado, o lar e a familia; doutro, a profesión e a actividade política. Opción que incluso chega a percibirse emocionalmente de maneira negativa xa que a vixencia «en termos de falta de tempo», necesidade de apoio emocional e afectivo do cónxuxe ou parella, en termos de abandono do fogar e de certa renuncia ó sentido de maternidade e desafecto polos fillos, o cal lles crea un sentimento de culpabilidade.

Así mesmo don Octavio subliña que as mulleres que acceden ás elites políticas son máis progresistas. As súas preocupacións son distintas ás dos homes, incidindo sobre todo en cuestións de política social (saúde, aborto, eliminación de leis discriminatorias, formación da muller, protección da infancia,...). Así mesmo, danlle prioridade ó contacto cos electores e as actividades relacionadas co distrito no que foron elixidas.

Por último o relator fala das cotas como toda medida de discriminación inversa, que deberían ser temporais e revisables periodicamente, de maneira que poidan ir eliminándose a medida que a distancia entre o home e a muller vaia diminuindo. Está claro que un sistema de cotas só tería aplicación nos instrumentos que regulan o acceso ós cargos públicos representativos e nos que, polo tanto, media unha elección polos cidadáns. Sería máis complexo aplicárlle-las cotas a aquelas posicións de poder que obedecen a unha decisión discrecional, como por exemplo os altos cargos da Administración.

Acaba o seu relatorio o autor expoñendo que as cotas constitúen un instrumento que pode axudar a romper-las férreas estruturas de poder e, nese senso, supón un claro compromiso político, ou sexa ideolóxico, aínda que só con iso non abondaría. Será necesario todo un conxunto de medidas que de maneira comprensiva tiveran como obxectivo axudar a supera-los obstáculos que impiden que a muller acceda á vida pública nas mesmas condicións que o home. Do contrario, as cotas corren o risco de acabar sendo medidas de pura estratexia electoralista.

f) As políticas de promoción da igualdade da muller en España: Teresa Carballeira Rivera

Comeza o seu relatorio a profesora M^a Teresa Carballeira Rivera expoñendo que o nacemento das políticas de igualdade entre homes e mulleres funde as súa raíces nos primeiros movementos sociais feministas. Dentro deste cabe identificar dúas claras posicións caracterizadas polas seguintes notas. A primeira, cualificada como feminismo orixinal, asóciase co movemento social. Nace nun momento de gran desigualdade entre homes e mulleres que reclama respostas radicais para rematar co desequilibrio e parte da base de que hai que recuperar para as mulleres o protagonismo dunha sociedade construída para homes.

A segunda opción, máis achegada no tempo, cambia radicalmente a lectura do feminismo orixinario. Trátase dun feminismo social, sustentado sobre a idea de que non hai que buscar ningún protagonismo para a muller nin alimentar un modelo de sociedade na loita permanente de sexos.

En liñas xerais destácase a dispersión da actividade e a escaseza de medios, a incidencia en temas de carácter básico como a violencia, educación e emprego, o abandono de áreas coma o deporte, tempo libre,

axuda a sectores femininos marxinais, cohesión de programas e obxectivos, e a falta de incidencia en sectores femininos marxinais, cohesión de programas e obxectivos, a a falta da incidencia en sectores coma o poder e a participación social da muller, o ámbito internacional, as responsabilidades familiares, cambios de roles, etc.

A profesora remata o seu relatorio expoñendo que mantendo aínda estereotipos de rol familiar tales como «a nai debe pedir permiso no traballo para coidar ó neno enfermo», «a muller debe apoia-lo seu marido na súa carreira», «a maternidade é a maior fonte de satisfacción dunha muller», «é máis desagradable escoitar palabras malsoantes a unha muller que a un home», etc. ou dentro do rol laboral: «cando a muller accede maioritariamente a unha profesión esta comeza a perder prestixio», «a muller masculinizase no traballo», «a muller está máis preocupada pola seguridade laboral que pola orixinalidade no traballo». O respecto das tarefas extradomésticas: «a muller dirixía o lar e o home os negocios», «o home ten a responsabilidade última de gaña-lo sustento», «a muller non debe traballar cando pode vivir ben do soldo do seu marido», «para unha nai a vida profesional debe estar subordinada á laboral», etc.

Segundo o resultado da avaliación do II PIOM, a muller segue estando a gran distancia do home en calidade de vida e en acceso a unha determinada situación social; o grao de autonomía é inferior ó dos homes e tamén o tempo libre; o tempo dedicado ó traballo remunerado aumenta na muller aínda que non diminúe respecto do dedicado ó traballo doméstico, e mantéñense grandes diferencias entre homes e mulleres neste terreo; o salto do mundo académico ó laboral segue sendo difícil; o acceso das mulleres ós cursos de formación foi moi fructífero ó crearse un maior nivel formativo e acceder a unhas relacións propias de gran satisfacción. Non se produciu a integración no movemento asociativo social e político (partidos, sindicatos, asociacións feministas, intelectuais, etc.) por dúas causas:

- pola falta de líderes que saiban transmiti-la ideoloxía;
- por motivos estratéxicos para facilita-la súa inserción no tecido social sen risco de atopar rexeitamento a algunhas connotacións ideolóxicas de corte feminista consideradas pexorativas. En fin, as axudas a mulleres integradas en sectores marxinais é deficiente, escasa e burocratizada en exceso. Trala formación para a actividade empresarial non se atopan axudas económicas que impulsen a implantación dos coñecementos adquiridos e proxectos deseñados.

En materia de deporte, seguen presentes moitos estereotipos sexistas.

O acceso da muller ós postos de dirección na carreira administrativa segue chocando con varios obstáculos: horarios e a súa incompatibilidade con cargas familiares; a maternidade, dado que non se produciu o

reparto de tarefas no seo familiar; e a mobilidade xeográfica que supón o acceso a eses postos, temas todos que aínda non foron abordados por ningunha política de promoción da igualdade da muller.

x) Muller, función pública e os altos cargos da Administración:
Xavier Ferreira Fernández

O primeiro que fai o profesor Ferreira é contestar á pregunta de por qué é preciso incrementa-la participación da muller na toma de decisións públicas, para o cal afirma que isto reforzaría a democracia, a aplicación do principio de igualdade, o uso eficiente dos recursos humanos, o enriquecemento da cultura política con intereses e sistemas de valores diferentes, e por último o anovamento da cultura política.

De seguido e despois de facer un breve *excursus* histórico da posición da muller nas administracións públicas, céntrase no estatus da muller na Administración pública actual, subliñando que o ámbito funcional é o único onde a igualdade de acceso ós postos de traballo e a igualdade de réxime xurídico no desenvolvemento da relación de emprego, se pode dicir que, formalmente, é case plena.

Tanto no acceso, como na provisión dos postos, como na determinación das retribucións e no recoñecemento dos dereitos a relación estatutaria que se establece entre funcionarios e Administración pública ten unha natureza esencialmente regrada, ó seren as determinacións normativas o suficientemente precisas para impedir desviacións pouco desexables na súa aplicación. E isto é así porque, poñendo en relación o artigo 23 da CE co seu artigo 103, pódese concluír que a UE impón a obriga de non esixir no acceso á función pública ningún requisito ou condición que non sexa referible ós indicados conceptos de mérito e capacidade, de xeito que puidesen considerarse tamén violatorios do principio de igualdade todos aqueles que, sen esa referencia, establezan unha diferenza (STC 50/1986, do 23 de abril).

Con todo existen espazos para o exercicio discrecional de potestades nos que a Administración pública, como se dirá máis adiante, se comporta de xeito similar a calquera outro empregador. Nestes intres o profesor fala dos postos de libre designación.

Acaba afirmando que a situación relativa ós altos cargos da Administración, no caso da designación dos ditos cargos, a marxe da liberdade da que dispoñen os responsables políticos é altísima. A densidade normativa nesta materia é tan escasa que permite que o responsable político de quenda designe para o cargo a aqueles que estime, seguindo o seu criterio, máis adecuados politicamente. Deste xeito o dito respecto da participación da muller na toma de decisións políticas podería ser aplicado aquí.

En canto ó estatuto xurídico da muller na Administración pública, pódese afirmar que o seu estatus é exactamente igual ó do home, cunhas salvedades taxadas relativas a determinadas condicións inherentes ó xénero feminino e vinculadas ó feito da maternidade. Neste senso a Lei 39/1999, do 5 de novembro, para promove-la conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras (que foi obxecto do seguinte relatorio), introduce unha serie de medidas e cambios lexislativos para que os traballadores, así como os funcionarios (capítulo VI, VII e VIII da lei) poidan participar da vida familiar, dando un novo paso no camiño da igualdade de oportunidade. Trata ademais de gardar un equilibrio para favorece-los permisos por maternidade e paternidade sen que isto afecte negativamente ás posibilidades de acceso ó emprego, ás condicións de traballo e ó acceso a postos de especial responsabilidade das mulleres. Ó mesmo tempo facilítase que os homes poidan ser copartícipes do coidado dos seus fillos dende o mesmo momento do nacemento ou da súa incorporación á familia.

b) Vida laboral *versus* vida familiar: Ana Rosa Argüelles Blanco

A profesora dona Ana Rosa Argüelles Blanco centrou o seu relatorio na «Vida laboral *versus* vida familiar»; ó principio fixo un desenvolvemento da normativa vixente e rematou expoñendo o que para ela eran deficiencias e insuficiencias da cuestión. Esta última parte pareceume interesantísima, dona Rosa afirmou o seguinte:

As administracións públicas, e o propio lexislador, deben profundar na consideración global da problemática de xénero, na transversalidade das políticas que promoven a igualdade entre home e muller (*mainstreaming*). É necesario un enfoque no que se teña en conta que existen diferencias esenciais nas vidas dos homes e das mulleres, que afectan a ámbitos diversos, non só ó do emprego e traballo, pero que logo teñen a súa inevitable repercusión. Método xa aceptado na Conferencia de Pekín e asumido polo Tratado de *Amsterdam* dentro do Tratado Constitutivo (artigo 2). É preciso promove-la igualdade no conxunto da sociedade e nos fogares para que os dereitos de conciliación da vida laboral e familiar contribúan realmente a consecución de igualdade de oportunidades. Tamén os poderes públicos deben realizar campañas educativas e culturais nas que se promova o paso da parella especializada nos seus roles a parella simétrica, sen xerarquía dos sexos. E campañas nas que o respecto por parte das empresas dos dereitos de conciliación da vida laboral e familiar apareza coma unha marca de calidade, coma un distintivo máis da súa boa imaxe.

Ó configura-los dereitos de conciliación, poderes públicos e interlocutores sociais deben ter bo coidado de que non acaben tendo repercu-

sións negativas por razón de xénero, xa sexa porque se estableza un réxime diferente para homes e mulleres, como porque se lles outorgue maior ou menor atención a eses dereitos en función de que afecten a un sector ou empresa con maior ou menor índice de emprego feminino.

Unha óptima regulación dos dereitos de conciliación debería ter en conta a evolución experimentada pola propia noción de familia. Dende o punto de vista constitucional, é claro que a existencia de fillos é o elemento clave para definila. E polo momento, o vínculo matrimonial é o único que vai xerar determinados efectos e relacións entre os integrantes dos grupos familiares dos que proveñen os contraentes, o que ten importantes efectos no exercicio dos dereitos de conciliación da vida laboral e familiar. Nembargantes, o crecente número de parellas estables que optan por outra fórmula de convivencia pon de manifesto a necesidade de que a norma xurídica se modifique para adecuarse ás demandas dunha boa parte da sociedade, no senso de que ás parellas de feito se lles recoñezan os mesmos dereitos que as matrimoniais.

É preciso leva-la igualdade entre homes e mulleres á selección dos candidatos a delegados de persoal, á composición dos comités de empresa, e, sobre todo, ás comisións negociadoras dos convenios colectivos e ós órganos de dirección das organizacións empresariais e sindicais.

Que se promova a presenza máis activa da muller na investigación científica, en paridade coa do home, así como nos centros de poder onde se adopten decisións sobre todos aqueles aspectos que poidan ter repercusións na problemática de xénero, co fin de superar unha visión que moitas veces resulta excesivamente androcéntrica dos problemas e situacións analizados.

i) Muller e política: Pilar Iglesias Osorio

As mulleres seguen na actualidade tendo obstáculos moi fortes, tal vez porque os modelos de militancia política foron construídos dende unha concepción moi masculina: o seu modo e horarios para participar adoitan ser disasurios para as mulleres por resultar incompatibles coas súas responsabilidades privadas das mulleres.

Este problema agrávase nos núcleos pequenos ou rurais onde se engade un control social cara ás mulleres que participan na vida política. Os datos confirman unha escasísima representación de mulleres nos cargos electos dos concellos destas características.

Unido ó anterior atopámonos coa resistencia dunha gran parte dos homes que pensan que as mulleres lles invaden unha parte dos seu territorio.

Para paliar todo isto dona Pilar propuña un troco do valor da forza física e o poder material, a un poder moral e a un carisma afectivo. Da

agresividade, o reto e a competición, a un ambiente de axuda e cooperación mutua. Dunha autoridade central, imperativa e única a unha forma de influencia máis persuasiva e máis motivadora. Dunha disciplina férrea e represiva a unha aproximación máis adecuada que sexa firme coma a anterior, pero máis flexible. De posicións extremas «si-non», «branco-negro», «todo-nada» a alternativas intermedias cara a un sentido de compromiso e unha lóxica menos dogmática.

Afirma a relatora que durante as campañas electorais teñen menos axudas e, na maioría dos casos, nin sequer voz. Finalmente, se é elixida, adxudícanos ás consellerías consideradas «femininas» como unha prolongación dos quefaceres tradicionais do fogar e da familia, educación, cultura, asuntos sociais, medio ambiente, etc. Esta diferenza representa unha carga para as mulleres electas pero, ó mesmo tempo, permítenos comprender coa nosa experiencia, non só os problemas da muller, senón os da familia nos que se descargan as tensións, as inxustizas e as necesidades insatisfeitas, que poñan de manifesto os problemas dunha sociedade en transformación que avanzará máis rapidamente en tanto que as mulleres estean presentes en tódalas administracións e foros nacionais e internacionais, asumindo responsabilidades superiores.

■ As mulleres comprometidas politicamente teñen a obriga dende calquera área que ocupen, de tratar de aplicar e desenvolve-las normas igualitarias e sensibiliza-la sociedade, pois esta aínda non reconece no seu xusto valor as responsabilidades familiares ás que fai fronte a muller: coidado dos fillos, atención ós familiares anciáns, enfermos, minusválidos, etc.

■ As mulleres electas teñen que ter moi presente ás mulleres do rural, pois mentres as urbanas no transcurso do tempo se foron revelando contra as discriminacións e os cambios sociais, no medio rural o cambio prodúcese con lentitude e dificultade. Temos, tamén un gran reto que asumir en canto a un factor feminino cada día maior no noso país e que crecerá cos movementos inmigratorios que traen consigo problemas específicos por circunstancias socioculturais de illamentos da poboación que as recolle: teñen as outras mulleres a obriga de velar porque non sexan illadas, explotadas nin maltratadas, senón que poidan vivir dignamente cos mesmos dereitos que a sociedade que as acolle.

Remata dona Pilar dicindo que chegar a ser conselleira, deputada, ministra ou presidenta custa, sen dúbida, esforzo, pero merece a pena, porque é un proxecto que comezaron outras mulleres, e é este o reto que deberá formar parte do proxecto e INA.

Conclusións

Nestas xornadas intentouse achegar unha visión actualizada da situación da muller española co fin de comprobar ata qué punto a conciencia de igualdade esbozada desde a Constitución española ten reflexo no ámbito xurídico e social españois. En concreto, pretendeuse analiza-lo público e político, así como as técnicas e medios utilizados na actualidade para promove-la súa participación nestes ámbitos. ■



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

*Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia**

Ramón Rodríguez Montero

A Coruña, Editorial Netbiblo, 2001, 232 páxinas

A promulgación da Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia orixinou un elevado número de publicacións doutriniais en torno a todos e cada un dos seus preceptos. En tal dirección cabe inseri-la ampla dedicación mostrada polo profesor Rodríguez Montero ó dereito de servidumes, auténtico *leit motiv* das súas liñas investigadoras desde a brillante conclusión da súa tese doutoral ata os nosos días. Loxicamente, a acreditada formación do autor como romanista e, ó propio tempo, o seu excelente coñecemento da **Dogmengeschichte** das servidumes –tanto no dereito civil español común e foral, coma no comparado– rendeu os seus prósidos froitos en forma de diversos traballos ó respecto, unanimemente eloxiados pola crítica iusprivatista. Así as cousas, este volume vén dotar de unidade a unha serie de investigacións anteriormente publicadas en diversas sedes científicas, pero cunha conexión sistemática que queda plenamente

*O presente traballo forma parte do proxecto de investigación «Proposta para unha reforma do Dereito Civil de Galicia a partir da experiencia histórica (PGIDIT02C5039902PR) financiado pola Xunta de Galicia.

acreditada, non só co seu omnicompreensivo título, senón tamén co seu amplo, detallado e ben ordenado índice de materias.

Do libro do que *prima facie*, cómpre destaca-la súa pulcra factura e o denso aparato crítico utilizado –á vista está– de primeira man; estrutúrase en sete capítulos, cun eixo central que xira en torno, sobre todo, á rica problemática que presenta a constitución das servidumes de paso e que o autor vai tratar de clarificar traendo a colación a lexislación civil doutras comunidades autónomas, á hora de comentar diversos preceptos da nosa lei. Así, a propósito da interpretación que se lle ha de dar á expresión «título constitutivo» –recollida no artigo 26 da lei– o profesor Rodríguez Montero, ó noso xuízo moi acertadamente, opta por propoñer completa-la referencia que se realiza no dito precepto á usucapión e ó título (negocio xurídico bilateral), cunha alusión ás restantes formas de constitución recoñecidas (lei e «dedicación del dueño del predio sirviente»), como, por exemplo, se fai no art. 4, alínea 2, da Lei catalana 13/1990 do 9 de xullo. Os diversos modelos forais tamén son traídos a colación no tocante á constitución *ex lege* dunha servidume de paso, posibilidade unicamente mencionada no artigo 25 da nosa lei, sen que na dita norma compilatoria apareza algunha referencia ulterior; parquedade esta que contrasta notoriamente coa ampla regulación que, tanto a lei navarra coma a catalana, lle dedican á constitución de servidumes por imperativo legal.

A lei galega móstrase tamén cun teor excesivamente parco cando no artigo 25 se limita a aludir –sen máis precisións, nin posteriores referencias– a «la dedicación del propietario del predio sirviente» como forma de adquisición da servidume de paso. «Cabe suponer –indica o autor na p. 22– que el legislador gallego con el término, ciertamente singular, de **dedicación** del dueño del predio sirviente, se esté refiriendo a la forma de constitución que se conoce tradicionalmente como **constitución por signo aparente**, y que también ha recibido otras denominaciones como **constitución por destino del pater familias**, **constitución automática**, **constitución tácita**, **constitución por presunción legal**, o **servidumbre del propietario**. Chegados a este punto, e dada a miña condición de romanista, quixera formular algunhas precisións ó respecto. Como é sabido, o creador da doutrina da destinación, non sen precedentes entre os glosadores, foi Bártolo, quen fixa o seguinte principio: *si domus una sustineat actum servitutis habentis causam continuam et permanentem, et alienentur in dubio servitutis videtur imposta* [Cfr. «Commentaria ad D. 33, 3, 1», en *Opera*, 4, p. 69]. A romanística manifestouse perplexa ante tamaño aserto, porque resulta sorprendente admitir que se convertan en servidumes **todas** aquelas situacións que se corresponden co actual estado de feito. Isto significaría condena-los dous fundos á inamovibilidade máis absoluta, xa que é difícil supoñer que a desviación dunha tella, dunha senda ou dun arroio, non comporta a violación dunha servidume constituída por destino. De aí a necesidade na que se acharon intérpretes e lexisladores de poñer límites á institución. Bártolo restrínxe a servidume que tivese *causam continuam*, segundo a súa famosa *regula infalibilis* verbo

da *usucapio servitutis*, que dá lugar á noción de servidume continua; non é casual que o xurista de Sassoferrato formulara aquela regra, asignándolle ó principio de destinación o mesmo tempo fixado para usucapir.

Outros intérpretes, máis fieis ó dereito xustiniáneo, distinguían entre dereito necesario e non necesario. Nos países de dereito consuetudinario francés requíriase o acto escrito. O *Code napoleónico* e o *Codice civile* italiano de 1865, limitaban a destinación á servidume continua e aparente. O Proxecto de García Goyena de 1851, no seu artigo 540 esixía «a existencia dun signo aparente de servidume entre dúas fincas, establecido polo propietario de ambas», precepto que se corresponde exactamente co art. 694 do código francés e que reproduce no seu teor literal o art. 541 do noso código de 1889. Sen embargo, admitida esta limitación, a esfera de aplicación da institución é abondo vasta, caso de que as partes ou o dispoñente non proviñesen a excluír todas ou algunha das servidumes correspondentes á actual situación de feito. En definitiva, é unha trampa ofrecida pola lei ós sucesores do incauto dispoñente ou ás partes que un bo día se dan conta de que son propietarios de fondos reciprocamente gravados con diversas servidumes, sempre que concorrese o signo de aparencia.

O perigo non é imaxinario, xa que o simple feito de que estea tendido un arame entre dúas casas para colga-la roupa, pode dar lugar a unha servidume. A incoherencia da institución é evidente: para adquirir unha servidume por usucapión requírese o exercicio continuado durante vinte anos que «comenzará a contarse desde el momento en que se empezase a exercitarse» (artigo 25 da LDCG); en cambio, polo mero feito de que ámbolos fondos estiveran posuídos polo propietario, vanse constituí-las máis impensables e innumerables servidumes, instantaneamente, polo só feito da desunión. Con isto, a simple destinación –que constitúe sempre un acto interno– vén substituí-la forma e a publicidade.


No dereito romano, dada a ausencia dun principio xeral verbo do paso necesario –en D. 11, 7, 12 concedíase unicamente ó que *sepulchrum habebat, viam autem ad sepulchrum non habebat*– as decisións anteditas tiñan a súa razón de ser; máis hoxe, fronte ó recoñecemento xeral da servidume coactiva, sobre todo de paso necesario no caso das «fincas enclavadas» (artículo 564 do CC.), e a todo un vasto sistema de límites legais do dominio, non é fácil rastrexala función da nosa institución, por outra parte, ignorada pola pandectística. Ningunha luz nos proporcionan os traballos preparatorios. García Goyena límitase a fixalo precedente histórico no citado texto do Dixesto –ó meu xuízo cun teor claramente excepcional, que non cabe estender a tódalas «fincas enclavadas», como pretende o autor das «Concordancias»–. Os compiladores do Código de 1889 acolleron a institución sen discusión, posto que así aparecía no Proxecto de 1851 e no Code francés. Non se formularon, de ningún xeito: ¿para que serve? ¿a que obxectivos responde?, ou se son proporcionados os beneficios ou inconvenientes. Ningunha resposta adecuada a estes inconvenientes se albisca entre os civilistas. Tense dito que a utilidade xustifica a intervención lexislativa. Unha de

dúas: ou a destinación intenta prove-la necesidade ou a utilidade do fondo –e agora a esta esixencia prové o complexo sistema dos límites legais e das servidumes coativas, independentemente da destinación- ou estamos fóra da necesidade ou utilidade e, neste caso, non cabe explicar porqué o fondo debía ser gravado polo simple feito da destinación. Invocouse á inherencia real, pero non se comprende por qué razón a inherencia de feito se debe converter en inherencia xurídica polo só evento da desunión fundiaria.

Outra das cuestións ás que o profesor Rodríguez Montero dedica unha minuciosa análise é a da constitución por usucapión das servidumes de paso, consagrada no artigo 25 da LDCG. Estremo este abondo controvertido na doutrina e na xurisprudencia por carente de tradición no noso dereito consuetudinario e que foi introducida a petición da Sección IV, «Castro Bolaño» do I Congreso de dereito galego, baseándose na situación de distribución minifundista da propiedade rural de Galicia, que aínda hoxe en día se presenta como un problema pendente de resolución en determinadas zonas da Comunidade Autónoma. Neste sentido indicábase –non sen razón, a xuízo do autor– que o excesivo reparto da terra «provocaba la aparición de **fincas enclavadas**, para cuyo aprovechamiento sus titulares **necesitaban** servirse a efectos de paso de otras próximas «colindantes con camino público y así lo venían haciendo a lo largo del tiempo».

Noutras compilacións tamén se recoñece a prescrición adquisitiva como modo de constitución das servidumes de paso, fronte á regulación establecida nos artigos 537 a 541 do Código civil, que non admite tal modo de adquirir para as non aparentes e descontinuas, calidades estas concorrentes nas de paso. Todos estes argumentos parécennos plausibles, sobre todo se partimos da idea motriz de que a servidume de paso representa o paradigma das servidumes prediais, xa que relaciona os predios entre si, cuestión esta de vital importancia económico-xurídica nun terreo tan parcelado coma o noso. Non obstante, isto non obsta para que conveñamos con Rebolledo Varela [Cfr. «La servidumbre de paso. El art. 50 del C.C.: interpretación e importancia en Galicia», en *La Ley* 1392 (1986) p. 1] en que a prescrición adquisitiva das servidumes «distorsiona fuertemente con la realidad gallega» onde non cabe constata-la existencia desa práctica consuetudinaria. A maior abastanza, dado que a Lei 4/1995 non dispón nada verbo da súa posible aplicación retroactiva respecto ás situacións posesorias de servidumes de paso anteriores á súa entrada en vigor, a suposta intención do lexislador galego, que presuntamente motivou o recoñecemento da prescrición adquisitiva para este tipo de servidumes coa finalidade de darlle fixeza á constitución do maior número de gravames desta natureza e accesos ás fincas, quedaría –como moi ben di Lorenzo Merino– diluída na nada, e iso, precisamente, por non ter dotado o precepto dos correspondentes efectos retroactivos [Cfr. «Recensión *ad hoc* l.», en *RJG* 33 (2001) p. 359-360].

E xa para rematar, pero non en último lugar, entendemos que esta obra acredita ó autor como un estudioso notable do dereito de servidumes. Isto infírese,

sen xénero de dúbidas, do coidado co que foi concibida a monografía na súa meditada composición, na variedade dos problemas tratados, escritos cunha sintaxe sobria e mesurada na que se adiviña a tarefa de lima e retoque da escritura, especialmente plausible á hora de tratar temas tan áridos. En suma, un libro útil e valioso. 

Luís Rodríguez-Ennes

*Catedrático de dereito romano
Universidade de Vigo*

E-gobierno. Gobernar en la sociedad del conocimiento

Jordi López Camps
Isaura Leal Fernández

Instituto Vasco de Administración Pública, 2002

Os logros tecnolóxicos das últimas décadas son a razón principal da abraiante riqueza e benestar nos países máis ricos do mundo. O comercio electrónico e as aplicacións de tecnoloxías de información e comunicacións (TICs) convertéronse en poderosos motores de crecemento económico e incrementos de produtividade e están a transforma-la estrutura do mundo en que vivimos. Sen embargo, estes desenvolvementos non se están a producir por igual en tódolos sectores da sociedade. Mentres que os ámbitos empresariais son xa expertos na utilización das novas ferramentas, a Administración pública avanza a modiño. ¿Que está a pasar? ¿Con que dificultades se atopan os xestores públicos? ¿Como poden as TICs axudar a que os gobernos sexan máis productivos?

Para responder a estas e outras cuestións Jordi López e Isaura Leal realizan unha análise do ámbito organizacional e institucional en que teñen lugar as transformacións relacionadas coa adopción das novas tecnoloxías no contorno público. O propósito desta obra é, polo tanto, levar a cabo unha primeira aproximación a esta cuestión, desde unha perspectiva analítica, contemplando as iniciativas de goberno electrónico como parte fundamental dos procesos de reforma do Estado e examinando, desde este contexto, o seu impacto. Para isto abórdanse aspectos como as tendencias reformistas e a modernización do Estado, a aplicación das novas tecnoloxías no sector público, os impactos organizacionais e institucionais dos proxectos de goberno electrónico, etc.

Moitos países, desde plurais tradicións administrativas, desenvolveron estratexias diferentes para transforma-las súas administracións públicas e recuperar, cuns novos termos, a confianza e a lexitimidade dos gobernos e as súas administracións. A tradición de goberno, a cultura administrativa, as propias inercias organizativas, condicionan, entre outros factores, os camiños que se deben emprender para construí-lo goberno e a Administración pública do futuro.

Unha destas tendencias modernizadoras é a denominada «*Nova xestión pública*». Os seus partidarios están convencidos, en primeiro lugar, do esgotamento do modelo burocrático. O modelo burocrático ideal imaxinado por Max Weber hoxe é incapaz de responder ás esixencias e ás necesidades, sempre en transformación, da sociedade do coñecemento. As correntes político-ideolóxicas, que no seu momento deseñaron un modelo de Estado de benestar, baseado nunha forte presenza e intervención do estado na sociedade, creron que para o bo éxito deste proxecto se precisaba unha importante e desenvolvida Administración pública que garantira, a través da propia estandarización dos procedementos, o trato xusto e o respecto da igualdade de oportunidades. Este modelo burocrático proporcionaba seguridade fronte ó desemprego, estabilidade, un forte sentimento de xustiza e equidade, así como todos aqueles bens e servizos agardados durante a época industrial (estradas, escolas, saneamento, autoestradas, etc)¹.

Pero hoxe, a sociedade do coñecemento baséase nuns contornos cambiantes fundamentados na diferenciación e a pluralidade de intereses. As propostas reformadoras dos partidarios da «*Nova xestión pública*» queren substituí-la burocracia weberiana por unha xestión flexible, eficiente, orientada ós obxectivos e preocupada polos resultados. Por isto, desde esta perspectiva, son importantes todas aquelas técnicas de xestión que permitan definir obxectivos, determinar responsabilidades, controlar custos, establecer indicadores e medir resultados. Trátase de velar pola economía, a eficiencia e eficacia das decisións de gobernos e as súas consecuencias administrativas.

Se a Administración pública tradicional se baseaba en dúas doutrinas básicas para o deseño organizativo (primeiro, o sector público debía ser distinto do sector privado en termos de continuidade, ética, métodos operativos, deseño organizativo, tipo de persoal recrutado e estrutura retributiva e de promoción; segundo, os políticos e os altos cargos públicos debían cingirse a uns procedementos estritos para limita-lo dano que puideran facer), o novo modelo de dirección e xestión pública fai súa a responsabilidade do sistema institucional no proceso de deseñar e produci-los bens públicos desexados. E é que as administracións públicas foron converténdose en grandes empresas de servizos cunha achega baseada na correcta e eficiente prestación de servizos.

¹ Osborne e Gaebler, *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit transforming the public sector*. New York, USA, Plume/Penguin Books, 1993. Estes autores remarcán que isto era especialmente certo en épocas de crise, como foron a Gran depresión e as dúas guerras mundiais.

En definitiva, xorde un novo termo, o de «Nova xestión pública» que representa un enfoque de xestión distinto. A xestión pública é substantivamente xestión (é dicir, un conxunto de regras e decisións dirixidas a incentivar e a coordinar accións) e é pública (porque persegue metas colectivas e se desenvolve no marco dunhas restricións xurídico-políticas peculiares), pero pon especial énfase en responder á especificidade e á complexidade das administracións públicas e do espazo en que estas operan. Así, quedan establecidos os novos marcos de actuación e responsabilidade (novas regras de xogo) que comportarán novas implicacións para a Administración pública.

Os promotores da «Nova xestión pública» suxiren crear un novo consenso arredor do público. Para isto propoñen considera-las relacións que o Estado establece coa cidadanía. Avogan por un sector público con menor protagonismo e dimensión. Unha nova Administración pública con maior capacidade para desenvolver un papel relacional entre o público e o privado. Resumindo, os principios básicos do paradigma proposto polos partidarios da «Nova xestión pública» son «orientación ó cliente, maior liberdade na xestión de recursos e persoas, medición do rendemento, inversión en recursos tecnolóxicos e humanos e receptividade ante a competencia».²

Sen embargo, J. López e I. Leal pensan que os problemas ós que a «Nova xestión pública» quere dar resposta non son os únicos que deben preocuparles ós gobernos das sociedades avanzadas. Tódolos elementos nucleares da sociedade están sometidos a profundos cambios. Os novos problemas introducidos polo novo paradigma tecnolóxico esixen repostas inéditas ata estes momentos. O paradigma proposto pola «Nova xestión pública» é limitado. Carece de horizonte político e hoxe os problemas deben resolverse a partir da política. O momento actual é unha boa ocasión para recupera-lo sentido da política. Porque, a pesar das oportunidades formuladas polo desenvolvemento tecnolóxico, non todas elas conducen a situacións desexadas para unha sociedade de persoas libres e emancipadas. De aí o interese de volver ó debate político para prefiguralo futuro e, desde este debate político, axunta-los intereses sociais, empresariais e individuais que permitan moldear-los principais parámetros para construír un futuro mellor que o momento presente.

Efectivamente, é o momento de recupera-la política porque a primeira condición para a boa gobernación do futuro é recupera-la confianza dos cidadáns co goberno. E é nos concellos onde mellor se aprecia a evolución da gobernabilidade. Nos concellos, ademais da dirección política exemplificada na acción de goberno, adquiren relevancia as estruturas necesarias para exercer-la acción de goberno, os métodos de goberno, a propia organización da dirección e a admi-

² LÖFFLER, E., «La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector público en los países de la OCDE». Documentos INAP, nº 8, Madrid, 1996, páx. 8 e 9.

nistración do goberno. O goberno local, pola súa proximidade ós cidadáns, é a institución máis axeitada para que as persoas dunha comunidade se relacionen, deliberen e creen ámbitos e marcos de referencia onde as persoas e a sociedade poidan atopar as respostas ás súas necesidades.

Respecto das estratexias de modernización e novas tecnoloxías, os programas de reforma que se desprenden do contexto que se describe contan na actualidade con novas ferramentas de implantación: as TICs.

¿Como pode o sector público facer uso das innovacións ás que nos referimos no marco das transformacións da Administración?

Como se viu anteriormente, nos últimos anos os cidadáns, as empresas e a sociedade en xeral, están premendo para ter uns gobernos máis transparentes e responsables, e unhas administracións públicas máis receptivas. Motivados por este interese, varios gobernos están explorando as posibilidades que ofrecen as tecnoloxías da información e das comunicacións para construír unha democracia de maior calidade, transformar profundamente a Administración e facer a sociedade civil máis responsable cos seus compromisos públicos. Estas tecnoloxías, e moi particularmente Internet, apúntanse como bos instrumentos para lograr unha mellor gobernación, combater a nova exclusión social e mellorar a vida pública. As tecnoloxías abren novas oportunidades e crean numerosas expectativas.

Moitos dos logros acadados polas empresas privadas son resposta a problemas semellantes ós formulados actualmente ás administracións públicas. Esta coincidencia estimulou a analizar en que medida as solucións adaptadas no sector privado poden servir, directa ou indirectamente, no proceso de modernización das administracións públicas. Isto deu pé ó que sinteticamente se denominou estratexia de *e-goberno*.

Na actualidade boa parte dos procesos modernizadores das administracións públicas agrupan as súas propostas de cambio baixo os denominados proxectos de *e-goberno*. Nos últimos tempos consolidáronse as expresións *e-goberno* ou *goberno electrónico*, *electronic governance* ou *e-governance* como metáforas que simbolizan un cambio nos modos e xeitos de actuación dos gobernos a través da implantación dos desenvolvementos tecnolóxicos.

¿Que é o *e-goberno*? A pesar de que son varias as definicións que axudaron a clarificarlo concepto de goberno electrónico, para nós, este termo inclúe todas aquelas actividades baseadas nas modernas tecnoloxías da información e a comunicación (en particular, Internet) que o Estado desenvolve para aumentar a eficiencia da xestión pública, mellorar os servizos ofrecidos ós cidadáns e prove-las accións de goberno nun marco moito máis transparente có actual.

Como se deduce, dixitaliza-lo goberno non é sinónimo de instalar uns cantos ordenadores ou de deseñar unha páxina *web* que ofrezca información, senón que supón transforma-la relación fundamental que existe entre o goberno e o público. O *e-goberno* é unha estratexia de cambio profundo das administracións públicas a partir da aplicación nelas de modelos experimentados nas empresas privadas de

cómo sacarles o máximo partido ás novas tecnoloxías. Xenericamente o *e-goberno* debe entenderse como unha estratexia para mellora-las relacións entre os gobernos e as persoas. Gracias a isto, a cidadanía é máis responsable cara ás persoas e estas poden participar máis activamente nos procesos democráticos.

Son varias as accións que se poden implantar ó considerar como administracións e goberno poden aplica-las novas tecnoloxías nas súas relacións externas con terceiros:

- acceso cidadán a diferentes tipos de información³
- transaccións co goberno. Portelo único - firma dixital
- prestacións de servizos públicos: telemedicina, etc.
- proceso democrático e participación cidadán: democracia dixital, votación electrónica, interacción electrónica co parlamento ou os referendos *on line*.⁴

Dado este contexto, a conclusión é clara: as iniciativas que o goberno e a Administración levan a cabo como obxecto das tecnoloxías provocan, inexorablemente, un cambio organizacional, definido este como o deseño e implantación deliberada dunha innovación relacionada coa estrutura, políticas, obxectivos ou operacións dunha organización e, polo tanto, coma un proceso xeral e a grande escala que implica unha importante transformación do modo en que as organizacións fan realidade os seus fins.

O que xa non é tan evidente é que as aplicacións tecnolóxicas no sector público orixinen un proceso de cambio institucional, é dicir, un proceso de reforma das institucións (formais e informais) ou das regras de xogo ou, máis estritamente, dos límites que os homes lle impoñen á interacción de tipo económico, político ou social.⁵

O problema real na implantación de proxectos de administración e goberno electrónico non é o cambio organizacional ó que dan lugar, senón as transformacións das normas, procesos e valores asumidos polos actores como válidas para interpreta-las situacións ás que se enfrontan e que, necesariamente, deben acompañar ás innovacións tecnolóxicas se se pretende unha verdadeira modernización do Estado.

A necesidade de eficacia e eficiencia deron lugar a múltiples intentos da reforma das administracións públicas e de modernización dos estados que, nos últimos anos, contaron con novas ferramentas: as tecnoloxías da información e


³ Ver OCDE/PUMA «*Information Policy and Democratic Quality*». Resumo do encontro patrocinado pola OCDE en Berna, 14-15 de setembro, 1998.

⁴ Hacker e Van Dijk (2000), a democracia dixital é «*a collection of attempts to practise democracy without the limits of time, space and other physical conditions using ICT or CMC instead, as an addition, not a replacement for traditional 'analogue' practices*».

⁵ «*Electronic government projects are being implemented considering the type of institutionality they are insert into, that is the current formal and informal rules and incentives systems embedded in the governmental structures*» (Gascó, 2002).

do coñecemento. Estas innovacións tecnolóxicas no ámbito do público tomaron a forma de programas de administración e goberno dixital.

A introducción das novas tecnoloxías provocou importantes procesos de cambio organizacional pero non necesariamente cultural ou institucional. Neste traballo de J. López e I. Leal téntase amosar que, en realidade, os factores de resistencia ó cambio tecnolóxico non difiren daqueles relacionados con outros procesos de transformación das administracións públicas, xa que todos eles teñen a súa orixe na institucionalidade presente, definida polos atributos que caracterizan o sistema burocrático.

Todo isto leva a afirmar que os retos que debe enfronta-lo xestor público ante a implantación de proxectos de goberno electrónico van máis alá de facilita-lo cambio tecnolóxico. A cultura de eficacia e eficiencia, de orientación ó cidadán, de transparencia e responsabilidade só será posible se é asumida como tal polos servidores públicos, se se consegue o cambio institucional das administracións públicas. 

Juan Manuel González Hiltner

Bolseiro investigación EGAP

La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia

María Jesús Montoro Chiner

Barcelona, Atelier Libros, 2001

«**A** técnica legislativa non é un fin en si mesma, como tampouco o é elaborar normas de calidade. A técnica legislativa é froito dunha ciencia ó servicio doutros fins, como a seguridade xurídica, a igualdade na aplicación da lei, a correcta aplicación dos gastos que integran os presupostos públicos e, por descontado, a modernización das administracións públicas e a mellora cualitativa da súa situación ante os cidadáns».

Nesta obra estúdase a técnica legislativa como sistema para mellora-la actuación administrativa na aplicación da lei. M^a Jesús Montoro pon de manifesto que durante a década dos noventa a análise sobre técnica legislativa sufriu un freo inexplicable, posto que os traballos publicados sobre a materia foron escasos. As propostas doutriniais centrábanse na busca de métodos e reflexións para mellora-la lexislación. Tanto na teoría coma na práctica, tíñanse en conta os aspectos lingüísticos e técnico-xurídicos, con preferencia ós aspectos sociais e á influencia das normas na cultura xurídica.

Así mesmo, a autora refírese á avaliación das normas e as súas bases constitucionais. Deste xeito, sinala que o que pode resultar axeitado para a elaboración de disposicións xerais pode non selo tanto cando do que se trata é de preparar proxectos de lei que deben ser aprobados polo Goberno ou órgano equivalente nas comunidades autónomas¹.

¹ Neste sentido resulta determinante o artigo 88 da Constitución cando di que *os proxectos de lei serán aprobados polo Consello de Ministros, que os someterá ó Congreso, acompañados dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para pronunciarse sobre estes.*

Polo que se refire á técnica legislativa e avaliación das normas no exercicio dos dereitos fundamentais, Montoro Chiner, destaca que as fontes reguladoras dos dereitos fundamentais, desde a perspectiva do Estado de dereito, teñen natureza, non tan só rexional ou nacional, senón universal. A perspectiva dos dereitos fundamentais mídese pola existencia dos dereitos de participación, dereitos de defensa, dereitos sociais, dereitos políticos, dereitos ambientais, etc. Tanto o principio de legalidade coma o principio democrático esixen que non exista ningunha interferencia entre os dereitos fundamentais e, cando se infrinxe unha lesión ós dereitos fundamentais, os ordenamentos xurídicos prevén a posibilidade de recorrer, na súa defensa ante os tribunais constitucionais.

Os dereitos fundamentais non poden protexerse de xeito indicativo. A Constitución contén un mandato imperativo e esa ha se-la natureza das normas cando se dirixen á realización dos dereitos fundamentais: deben evitar excesivas cláusulas, ou posibles chamadas á discrecionalidade que, en ocasións, poden chegar a anulalos².

Non obstante, danse supostos nos que os dereitos fundamentais se protexen, tamén, de xeito indicativo; coma nos casos de comportamentos individuais ou sociais fronte a enfermidades, epidemias, etc.; nestes casos, a protección do dereito á vida esixe da norma que obrigue ós poderes públicos máis alá do estricto mandato imperativo. De aí que a técnica legislativa e a avaliación sexan piares que se alzan na salvagarda directa de tódalas condicións que rodean o exercicio dos dereitos fundamentais, protexendo algúns directamente, ou protexendo outros indirectamente, mediante a adopción de medidas positivas ou negativas, mandatos ou prohibicións que deben impoñerse a determinadas actividades.

De todos é sabido que canto máis vencellado ós dereitos fundamentais se atope o espazo de actuación da Administración, máis se estreita o ámbito de control xudicial, sobre todo nos ámbitos administrativos libres de decisión con contido económico ou ambiental. A norma economicamente ben concibida e eficiente pode impoñerlle certos límites ó uso abusivo dos recursos naturais, económicos, etc., e, no fondo, a súa xustificación reside no principio rector contido no artigo 31.1 da Constitución, que ordena contribuír ó sostemento dos gastos públicos de acordo coa capacidade económica, mediante un sistema tributario xusto e inspirado nos principios de igualdade e progresividade. O gasto público, que debe realizar unha asignación equitativa dos recursos públicos e unha programación axeitada, atopa a súa xustificación na periodicidade orzamentaria determinada no artigo 134.2 da Constitución. Un motivo máis, neste caso económico e orzamentario, que vencella as normas actuais coas xeracións futuras, esixindo a súa axeitada elaboración, non só na súa faceta xurídica, senón tamén no seu aspecto económico.

² Exemplo disto son as diversas modificacións da Lei de estranxeiría e a discrecionalidade que proporcionou ás autoridades, que, nalgúns casos, diminuíu a protección dun dereito fundamental como é o dereito de asilo.

A crecente complexidade e especialidade da produción normativa forza ó lexislador a solicitar intervencións externas, colaboracións e consultas, tanto de entidades que forman parte da estrutura do Estado, coma de entidades privadas ou de expertos, que poidan achegar un coñecemento especializado na elaboración das normas. Este fenómeno, denomínase *lexislación da tecnocracia ou da participación*.

A necesidade de que os órganos consultivos sexan oídos no proceso lexislativo forma parte da cultura dun país e do seu ordenamento xurídico. Afortunadamente, a férrea tradición de manifestarse exclusivamente sobre a legalidade ou a oportunidade das normas futuras sometidas a consulta está a cambiar como consecuencia das tendencias doutrinais que suxiren melloras cualitativas nos textos, incluso melloras de técnica lexislativa. É positivo comprobar cómo a emisión da consulta se está a converter en algo máis ca nunha tarefa de consulta xurídica, e que a influencia das formulacións non só lingüísticas, senón de léxico, de situación e disposición dos preceptos nas normas se está a transformar nun factor que se debe ter en conta, coa posibilidade de converterse nun elemento positivo de modernización do ordenamento.

Os órganos consultivos son manifestación do principio de reflexión na avaliación *ex ante* da norma, pois, se ben non colabora estrictamente na decisión, contribúe a melloralas, advertindo a quen a adoptara de cáles poden se-las consecuencias desexadas, e as non desexadas. Débese ter en conta que a reflexión permite o tratamento do problema afastado do obxectivo e do interese.

En contrapartida, a introducción do parecer dos consellos consultivos e a súa intervención na racionalización da fase preliminar dos procedementos de formación das normas pode producir unha minoración da potestade do Parlamento. A conclusión á que se chega, tendo en conta as experiencias francesa e italiana, é a de que unha formalización destas intervencións é útil para restituír certo grao de transparencia na actividade prelexislativa. No fondo, a aceptación das suxestións formuladas na consulta ós órganos referidos dependerá, non só do grao de vinculación que ás observacións e obxeccións do órgano consultivo lles impoña a normativa vixente, senón tamén, da autoridade do propio órgano, e da forma de designación dos seus compoñentes.

Trátase dunha mellora subxectiva da calidade da produción normativa que non debe chegar a significar unha modificación subxectiva das súas fontes de produción. A sociedade tecnificada debe conforma-las regras en combinación co estándar da ciencia³. O dereito é, esencialmente, un fenómeno cultural, non un produto técnico. Neste sentido entre a linguaxe común e a linguaxe xurídica nin existen, nin deben existir, diferencias substanciais. Non obstante, o uso xurídico da linguaxe ordinaria produce unha mutación no significado das pa-

³ Según LUHMANN, a sociedade require agora unhas regras capaces de regula-la súa conducta, segundo o estándar de vida, de comodidade, de lexitimidade e de garantía esixidos polo Estado de dereito.

labras, e se se ten en conta que a linguaxe xurídica forma parte da linguaxe falada, o significado dos termos que se incorporan nas leis debe proceder da linguaxe común. Así, se a linguaxe común é produto da ciencia, da técnica e da experiencia, esta linguaxe incorpórase ó dereito como unha modalidade da linguaxe xurídica, acollida da lingua, do significado ou da aceptación vulgar, normal ou habitual do termo, aínda que este último sexa científico.

Esta é unha das razóns polas que a elaboración das normas precisa da participación de comisións de expertos, ante a imposibilidade dunha repetición completa de termos nos textos legais, ou das explicacións de cada unha das expresións da linguaxe social que deben ser vertidas no texto para darlle unha consecuencia de natureza xurídica.

A pesar de tódalas críticas contra a intervención das comisións, hai que advertir que as comisións expresan, só indirectamente, o sentido da colectividade; non expresan nin a vontade da colectividade, nin o seu consenso. As comisións opinan sobre os valores en conflito, que non son do dominio reservado da ciencia nin dos científicos, aínda que se pretenda formar unha ética colectiva. Por iso, e pese a esixencia constitucional sobre a participación de órganos sociais na produción das normas, a intervención das comisións científicas, o mesmo que a intervención dos órganos consultivos formalizados, pode diminuí-la capacidade de dirección e a capacidade soberana do Parlamento.

Independentemente, as normas configuradas coa participación de comisións científicas non deixan de orixinar problemas á hora da súa aplicación, pois os aplicadores, especialmente os xuíces, reséntense ante a dificultade de interpretar expresións concibidas baixo criterios científicos, éticos ou de valoración que requiren un considerable esforzo interpretativo.

A conclusión á que se chega é que a participación fai penetra-lo elemento social, tanto na iniciativa da norma, coma na súa preparación e na súa tramitación parlamentaria. Esta penetración da sociedade dá lugar a unha valoración distinta dalgúns dos aspectos da ética, en principio nada desprezable, pois o Estado non representa a ética absoluta, aínda que estea obrigado a pretendelo. No fondo, todo isto é copia do artigo 9.2 da Constitución, non dirixido a un poder concreto, senón á pluralidade de forzas que supoñen unha realidade social e xurídica vencellada ó Estado de dereito.

No plano xurídico dogmático e constitucional, a norma é a rectora de conductas no Estado de dereito. Segundo as constitucións modernas, o poder lexislativo dirixe a conducta dos individuos en función dos obxectivos constitucionais e das determinacións de principios de cada Constitución. Para iso, as normas establecen uns supostos de feito que definen e ligan as consecuencias xurídicas queridas polo lexislador.

O primeiro problema que orixinan as normas ás que se incorporan contidos científicos ou técnicos, é o da uniformidade ou utilización común do concepto. No suposto de que unha norma utilice termos técnicos, debe utilízalos univoicamente, xustificar por qué se utiliza tal termo, e advertir que ese termo é o

producto dunha elección ou selección científica concreta. De aí a importancia das definicións que deben precede-la parte preliminar das normas, xa que as definicións sitúan sistematicamente o ámbito de aplicación e os conceptos que se van utilizar.

A introducción de elementos ou conceptos técnicos nas normas debe analizarse, segundo a súa utilización como suposto de feito ou como consecuencia xurídica, posto que aqueles teñen efectos no ámbito temporal da norma, no ámbito substancial ou obxectivo, nos principios e obxectivos, e no contido do dereito e do seu ámbito de creación. O proceso científico demanda, en moitas ocasións, que o ámbito de aplicación da norma e o seu contido de regulación se deban limitar e determinar por criterios de experiencia ou científicos. En ocasións, este criterio científico ou de experiencia determina o ámbito de aplicación dunha norma ou a exclusión do suposto de feito. Así pois, a elección do criterio afecta non só o contido de regulación, senón tamén o ámbito de aplicación do dereito, e esa elección ten transcendencia constitucional.

As remisións orixínanse cando un precepto vincula as consecuencias da norma a outro precepto, ou vencella o precepto a cuestións que se axuizan noutras normas. Existen remisións cando o autor da norma non regula en exclusiva un ámbito concreto, senón que se remite a outra norma que a completa. Na remisión, unha norma completa a outra; pero existe tamén unha remisión cando o suposto de feito dunha norma aplica conceptos normativos que se atopan noutra, aínda que ás veces se atopen fóra do ordenamento, como en regras técnicas, declaracións e intervencións doutros particulares ou asociacións.

Non toda referencia dun precepto a outro precepto constitúe automaticamente unha remisión. O criterio esencial para que exista unha remisión reside en que, a través da remisión, o ámbito de aplicación dunha regra ampliase a aqueles supostos para os que serve de regra xurídica, cando en realidade non serviría; dese xeito, visto desde a norma de remisión, complétase o contido incompleto dunha norma ou regra xurídica. Por iso se producen remisións cando unha norma, total ou parcialmente incompleta, vén ser completada total ou parcialmente por outra norma.

En conclusión, podemos afirmar que a utilización das regras técnicas ou o contido de normas técnicas ó que se remiten outras normas, é dicir, tanto da propia norma coma das incorporadas nela a través de remisións, para ser lexítima, debe ser certa e debe ser definida en canto ó seu obxecto, non son válidas as remisións totais nin as remisións xenéricas. O obxecto da remisión debe estar determinado, e a regra na que se contén debe estar, cando menos, publicada.

A autora manifesta nesta obra que a calidade da lexislación na Unión Europea deixa moito que desexar. Á lexislación europea fáltalle transparencia e accesibilidade, ó mesmo tempo que crea problemas a súa execución. O feito de que se determinen as súas regras despois duns complexos procedementos de toma de decisións produce uns resultados imprecisos ou excesivamente detallados. Co obxecto de mellora-la calidade da lexislación na Comunidade Europea, a reso-

lución do Consello relativa á calidade dos proxectos de lexislación da Comunidade do 8 de xuño de 1993, propoñía unhas liñas mestras, xustificadas polo feito de que o cidadán europeo padece unha sobrecarga de lexislación que, en moitas ocasións, conduce á evasión ou á súa inobservancia.

O dereito europeo utiliza uns conceptos e unha terminoloxía que non teñen a mesma significación nos ordenamentos ós que se refire, posto que toma os conceptos e a terminoloxía das diferentes culturas xurídicas nacionais. Para mellora-la deficiente calidade da lexislación instituíronse diferentes comités de estudo e grupos de traballo, que desde os anos noventa intentan formular directrices de mellora da calidade da lexislación europea.

As conclusións ás que se adoita chegar son as de que sería preciso un proceso de elaboración das decisións, das directivas e regulamentos que puxera maior atención á rigorosidade formal no proceso administrativo interno, xunto coa formación dun comité de expertos independentes dirixidos a propoñer medidas que melloren a calidade das normas, e que valoren de maneira externa e independentemente as propostas tanto de directivas coma de regulamentos.

Neste punto, Montoro Chiner, analiza a falta de distinción entre directivas e regulamentos e as disfuncións que orixina a confusión dos seus contidos na transposición. Así, afirma que a distinción entre directiva e regulamento é cada vez menos nítida. As directivas, que deberían fixa-lo resultado que se debe obter, sen importa-la forma e o método a través do cal se conseguirán os seus fins, conteñen na práctica normas precisas, casuísticas e detalladas. Por isto, no proceso de incorporación ó dereito interno téndese, polo xeral, a efectuar unha transposición consistente na transcripción literal dos textos.

Polo que se refire ás propostas para eleva-la calidade da lexislación europea: as directrices de técnica lexislativa, sinalando que boa parte da contaminación lexislativa que padecen os países membros da Unión Europea, procede directamente da proliferación de fontes a nivel comunitario; tantos estados, tantos lexisladores, e cada un coa súa práctica e cos seus vicios correspondentes. Posto que o principio de comprensión das normas, o principio de claridade e o principio de economía son requisitos de observancia necesaria na produción normativa e, se non se teñen en conta, inciden negativamente no principio de legalidade, non tendo éxito nin efectos positivos o recurso ás directivas de técnica lexislativa, as técnicas de avaliación lexislativa *ex ante* ou *ex post* das disposicións normativas... convertéronse en imprescindibles.

Aínda que está lonxe o momento en que se poida falar da norma coma un produto científico, os teóricos e os prácticos da avaliación lexislativa tenden a medi-lo impacto social das normas con rigorosa atención ós obxectivos fixados, de xeito que as súas análises poidan conducir a normas comunitarias menos defectuosas, para evitar que tales defectos se multipliquen por contaminación nos ordenamentos internos.

Para acadar isto, no Informe do 9 de marzo de 2000, a Comisión Europea deu unha serie de recomendacións para simplifica-las normas comunitarias:

a) Confiar a expertos a redacción das normas en proxecto que afecten o mercado interior.

b) Encargar a expertos a formulación de informes periódicos sobre a aplicación das normas.

Pese a isto, a elaboración das normas comunitarias e o reflexo da súa transposición ou o seu efecto no dereito interno non remata dando bos resultados nin mellorando o sector que se pretende protexer.

En canto ás funcións administrativas e ó principio de optimización, Montoro sinala que xa Otto Mayer escribiu en 1924 que a Administración é a actividade do Estado para a realización dos seus fins baixo unha orde xurídica propia, allea á xustiza. Hoxe os comentaristas definen a Administración de xeito simple, como a actividade estatal que non é lexislativa, nin é o goberno, nin é a xurisprudencia. Esta definición non advirte que é a Administración, nin o que a Administración fai, simplificando o concepto ó incluílo dentro da actividade estatal.

Se partimos do principio de eficacia como un principio xurídico, o mandato do artigo 103.1 da Constitución establece a consecución en cada momento histórico do interese xeral e da súa efectividade, e entende como interese xeral a aglutinación de intereses, valores ou bens concretos susceptibles de ser protexidos.

A Constitución dota para esta finalidade as administracións públicas dunha organización que debe existir necesariamente, aínda que non sempre deba estar sometida ó dereito público, pero á que a Constitución encomenda, polo menos, a dirección de tódalas accións públicas.

Para realiza-las tarefas estatais baixo o estándar recomendado polo artigo 103.1 da Constitución é preciso ponderar, é preciso avaliar e é preciso analizarlo custo-beneficio de determinadas regras e, fundamentalmente, é preciso analizar cál de tódalas decisións é a que optimiza o conglomerado das metas anunciadas. É o dereito o que debe crea-las condicións marco para poder facer efectivo o mandato de optimización do comportamento administrativo.

Agora ben, para acada-la optimización do comportamento administrativo é preciso formula-la reorientación do procedemento administrativo, de xeito que o lexislador facilite, a través do procedemento, as condicións de aceptación dos interesados e potencie o procedemento participativo, para o efecto de que non só os titulares de dereitos, senón aqueles que son titulares de intereses de xénero diverso, cheguen a convencerse de que a decisión adoptada pode se-la que máis conveña a tódolos interesados en liza. O mandato de optimización requiriría que o procedemento se transformara desde un instrumento ó servizo dos conflitos, noutro ó servizo das solucións.

Para esixirlle á Administración a efectiva consecución dos fins do Estado e a optimización das súas decisións, debe ser dotada dos medios necesarios, xurídicos e económicos, para a súa provisión. Pero iso presupón a esixencia de que a norma estableza as condicións necesarias no plano do xurídico para que a Ad-

ministración poida simplificar a súa conducta administrativa e poida aplicar normas previstas de preceptos intelixibles. De non ser así, é dicir, cando a norma non é clara nin intelixible e ademais non posúe a factibilidade necesaria nin a aceptación dos destinatarios, dificilmente pode a Administración cumprir coa optimización das súas tarefas, pois a penas pode procedela súa verificación, orixinándose a intervención dos xuíces que conduce non só ó decisionismo xudicial, senón a que o xuíz se converta no lexislador de emerxencia, ou no controlador das faltas e dos acertos da lexislación.

O Estado de dereito está fomento de normas; pero as normas non só outorgan seguridade, senón que, nalgúns ocasións, son a confirmación de decisións xurídico-políticas ata no seu último detalle. Á proliferación de normas séguelle a desconfianza case xenética do individuo pola súa execución, xa que, como se sabe, sendo imposible cumprilas ata nos seus últimos termos, procédese a unha aplicación frecuentemente selectiva. Ademais, no Estado de dereito, a primacía da lei non significa exclusivamente a primacía da lei escrita, xa que a solución dos conflitos chega, tamén, a través da aplicación do dereito. Así consta na nosa Constitución, no artigo 103.1 para a Administración, pero tamén para os poderes públicos no artigo 9.1, que proclama o sometemento de todos eles á lei e ó dereito.

O remedio que se propón é ben claro: hai que afina-la lexislación, e hai que procurar que a lexislación se converta máis en lexislación de fins e estándares que en lexislación detallada que regule casuísticamente toda forma de comportamento. Cousa que non pode conseguirse se non é a través dunha reformulación do principio do Estado de dereito, entendéndose que a reformulación do Estado de dereito só se produce a través dunha delicada lexislación que pode conter regras, pero tamén principios, na que confíen os cidadáns, poida ser intelixible e comprensiva, e poida ser revisada, pero non afastada nin substituída polo poder xudicial.

Dáse por suposto que a función da lei, en xeral é a de promover a compensación de intereses, crear seguridade xurídica, dálle-la lexitimación democrática necesaria, segundo o rango, ás decisións políticas, outorgar transparencia nas decisións e producir algúns efectos, aínda que limitados, no comportamento humano. En contraste co anterior, a proposta ante a hipertrofia lexislativa toma en consideración outros métodos, como buscar formas e sistemas de compensación de intereses a través da autorregulación, a participación dos particulares ou das asociacións privadas na elaboración de normas técnicas ou decisións técnicas, e na elaboración de disposicións de carácter xeral que afecten a consumidores, usuarios, competencia, medio natural, etc. En ocasións, preténdese conseguir a transparencia a través de normas de rango inferior, en lugar de proceder á promulgación de leis xerais nas que tradicionalmente se confiara para darlle transparencia á decisión. Esta situación foi provocada pola perda da efectividade da lexislación como directora e rectora das conductas dos seres humanos. En resumo, por culpa da hipertrofia lexislativa produciuse xa o fenómeno contrario, é dicir, o da incapacidade reguladora da norma.

A lexislación colabora na tarefa de modernización sempre e cando as normas dictadas sexan normas verdadeiramente necesarias, se desposúan de tódolos elementos innecesarios, se calcule o custo de tódalas medidas xurídicas e obrigacións que se impoñan, e se analice o seu custo. O exame da necesidade da norma comeza pola reflexión crítica sobre se é necesario dictala.

A simplificación procedemental, e a claridade procedemental son os elementos que máis axudan ó aforro orzamentario e ó aforro de custos de persoal; en primeiro lugar, porque achegan o «producto final» á Administración que debe decidir sobre el, e, en segundo lugar, porque un produto de calidade adoita levar consigo a motivación da estrutura administrativa que o manexa, e con isto, unha nova forma de encara-lo servicio público por parte dos cidadáns.

Hai un consenso doutrinal estendido entre os que cultivan a Ciencia da lexislación e a técnica lexislativa sobre a necesaria permanencia e a estabilidade das leis de procedemento. Unha lei de procedemento cumpre cos seus efectos de garantía se, ademais de crear claridade e seguridade, crea confianza pola permanencia da súa aplicación, xa que incluso nos seus puntos escuros, a xurisprudencia pode dictar subnormas de interpretación que colmarán os defectos que a norma non evitara por si. Tamén existe consenso con respecto a que unha norma de procedemento mal concibida encarece o ordenamento xurídico, xa que ó aumenta-la litixiosidade, tamén por cuestións procedementais, se sobrecargan as propias administracións de recursos administrativos, sobrecárgase o aparato xurisdiccional ó revisa-los actos da Administración e, en xeral, aumenta o custo da produción e do recoñecemento dos dereitos.

A Administración Xeral do Estado, aínda que non con anterioridade á das comunidades autónomas, articulou as comisións interministeriais de simplificación administrativa cun funcionamento pleno e en comisións, máis propio dun órgano consultivo ca dunha oficina ou comisión tendente á simplificación e racionalización. Propúxose a creación dun plan de simplificación administrativa, con natureza de plan xeral de simplificación, que terá unha vixencia non superior á correspondente Lei de orzamentos xerais do Estado para o ano en que aquel fose aprobado. Se ben a composición da Comisión interministerial de simplificación administrativa non resulta, *a priori*, o máis idóneo para constituírse nun grupo de traballo, si que é certo que está prevista a consulta a representantes das comunidades autónomas, dos entes locais, e das súas asociacións de ámbito estatal, así como a posibilidade de que sexan invitados expertos de recoñecido prestixio nas materias que son competencia da citada comisión. Resulta destacable que lle corresponda á comisión executiva avalia-la incidencia das propostas de acción elaboradas por cada ministerio no seu respectivo ámbito competencial para incluílas no Plan xeral de simplificación. E resulta tamén destacable que un dos contidos do Plan xeral de simplificación resulte se-lo estudio dos procedementos administrativos ou trámites susceptibles de supresión, modificación ou substitución por instrumentos alternativos; e, por suposto, tamén o estudio da adaptación das normas reguladoras dos procedementos admi-

nistrativos ó sentido do silencio administrativo aínda establecido na Lei 30/1992, do 26 de novembro.

En febreiro de 2000 o Ministerio de Administracións Públicas ultimou o *Libro branco para a mellora dos servizos públicos*, tras amplos debates na Administración do Estado, en sectores de ámbito universitario e noutros de natureza económica implicados. Partindo das particularidades do Estado autonómico deseñado pola Constitución de 1978, o *Libro branco* maniféstase pola consecución dunha aproximación básica para a consecución dunha Administración moderna, dinámica e dedicada ó seu fin primordial: mellora-la atención e os servizos ós cidadáns. Para isto agrupa o traballo en tres partes, retos, política e estratexias e compromisos.

Un dos aspectos que máis nos interesan é o da autoavaliación e a mellora continuada, para os efectos de verificar se a organización administrativa se axusta ós motivos e razóns de servizo, racionalización do gasto e cumprimento de programas económicos. É un acerto que o *Libro branco* parta da necesidade dos efectivos públicos, e do persoal ó servizo da Administración como peza clave do sistema que permite manter unha Administración profesionalizada, ó servizo dos cidadáns, capaz de darlle unidade e continuidade á Administración con independencia dos vaivéns da democracia e das formacións políticas que nun ou noutro momento dirixan a Administración.

Os estudos de ciencia da lexislación puxeron de relevo a dificultade que supón o cumprimento da lexislación e o deficitario alcance do Estado de dereito. Existe un consenso doutrinal acerca de que *no ámbito no que aumentan os conflitos xurisdiccionais por falta de claridade, ou pola deficitaria factura das normas, aumenta, tamén, proporcionalmente a burocracia*.

Este libro trata, tamén, das técnicas de avaliación, e así afirma a autora que a lei pode fomentar indirectamente a modernización administrativa. De feito, a redución moderada da intensidade de regulación non parece que sexa contraria ó principio de legalidade. Non se trata de relaxa-lo principio de legalidade, senón de dota-la Administración de toda a súa capacidade de dirixir, sen afastarse do principio de legalidade. A lei pode crear unha capacidade selectiva, dotando a Administración dunha certa posibilidade de *marketing* á hora de escolle-la súa propia organización. A norma pode deixar en mans da Administración o número de organizacións e a posibilidade de encaixa-las súas prestacións nos presupostos xerais do Estado ou das restantes administracións públicas; a norma pode deixar en mans da Administración, aínda que impondo certos límites, a creación de empresas públicas, e a norma pode deixar, tamén, en mans da Administración a posibilidade de actuación conforme ó dereito público ou ó dereito privado.

Pois ben, unha norma que atendera conscientemente a todos estes presupostos de limitación selectiva da actuación administrativa, estaría permitindo indirectamente un manexo racional da execución da lei, co cumprimento máis estricto do principio de legalidade.

A norma tamén podería consolidar unha función de garantía, se se entende que a responsabilidade da Administración na elección das formas e funcións asignadas non se interpreta como unha ampla discrecionalidade, senón como un ámbito de actuación que garante e lexítima a propia conducta administrativa.

En canto ós métodos de avaliación *ex ante* e *ex post* das normas, Montoro sinala que para analiza-la avaliación prospectiva e a avaliación retrospectiva das normas hai que situarse no momento actual, no proceso de transformación no sector das administracións públicas que busca un novo enfoque que garanta a xestión eficiente. Isto implica un cambio no modelo de tratamento do cidadán como cliente e a modificación da organización e a cultura administrativas. Tamén implica un cambio na asignación e na utilización dos recursos, e no logro dos obxectivos, baixo o cumprimento dos principios de legalidade, transparencia e igualdade.

Para que o cálculo dos custos dunha norma se poida verificar de acordo coa realidade, a norma ou o proxecto de norma debe estar dotado de tódalas condicións de calidade, claridade, dicción, semántica, etc., e, ademais, debe estar concibida de acordo coa orde competencial máis estricta.


Cómpre sinalar que do número de cláusulas xerais, de conceptos xurídicos indeterminados e do ámbito de discrecionalidade que se propón na intensidade da regulación poden derivarse outros custos ata o de agora non mencionados, como son os custos do encarecemento do ordenamento, no suposto de que o aplicador da norma a calquera nivel, entenda permisible ou non permisible unha actividade, por cumprírense ou non tódolos requisitos da norma.

Na cultura e na tradición xurídica estamos acostumados a falar da permanencia da norma, da súa estabilidade, da xeneralidade e da universalidade das súas regras. Para os efectos da modernización administrativa e da axilidade da Administración, resulta compatible co principio de legalidade establecer uns indicadores, dos que se faga depende-la modificación das normas. Isto estaría ligado á avaliación retrospectiva das normas para promove-la súa modificación, aínda que tamén se trata dunha técnica ligada á avaliación *ex ante* das normas.

Non hai ningún obstáculo para que a propia norma, nas súas disposicións de vixencia temporal, apele á súa autorrevisión, vinculando á Administración a presentar outro proxecto, no suposto de que fallaran economicamente as perspectivas formuladas.

A organización da Administración do Estado, da autonómica e da local e dos servizos atribuídos a cada unha delas tendo en conta a distribución competencial son indicadores de avaliación, o mesmo que as partidas que se consignan nos correspondentes presupostos. Tamén son indicadores os informes de control das administracións polos órganos constitucionais do Estado, Tribunal de Contas, Valedor do Pobo e órganos homólogos das comunidades autónomas.

A avaliación é unha finalidade tecnocrática. Pero pode ir moito máis alá, xa que pode servir para darlles un novo sentido a principios constitucionais como o principio de igualdade ante a lei, a protección contra a arbitrariedade e, sobre

todo, o principio de proporcionalidade. A avaliación como finalidade tecnocrática, pode axudar a reforza-lo achegamento crítico á lexislación, o que nos momentos actuais, non resulta desdeñable. En fin, a avaliación das consecuencias das normas é un instrumento eficaz para ministerios e parlamentos e un medio para a análise dos efectos prospectivos e retrospectivos das normas. 

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Salvamento marítimo internacional

Eloy Rodríguez Gayán

Tirant lo Blanch, 2003

En España existen unha serie de factores sociais e económicos que animan o estudio do salvamento marítimo¹. Por exemplo, o elevado número de buques que navegan próximos ós 7.880 km da costa española e, máis concretamente, nun paso do atlántico obrigado como é a costa galega que representa o

¹ O artigo 149.1.20ª da Constitución atribúelle ó Estado a competencia exclusiva, entre outras materias, no referente á mariña mercante e ós portos de interese xeral.

En virtude deste título competencial dítase a Lei estatal 27/1992, do 24 de novembro, de portos do Estado e da Mariña mercante, que na letra e) do art. 6.1 considera «Mariña mercante», entre outras materias, «o salvamento marítimo, nos termos previstos no artigo 87», establecéndose na alínea 1ª deste último artigo, que «o servizo público de salvamento da vida humana no mar e da loita contra a contaminación do medio mariño prestarase pola Administración do Estado, así como polas restantes administracións públicas competentes, de acordo co principio de coordinación, instrumentado a través dos plans e programas correspondentes...». Co obxecto de darlle cumprimento ó mandato contido no referido artigo 87.1, é aprobado polo Goberno o Plan nacional de servizos especiais de salvamento da vida humana no mar e da loita contra a contaminación do medio mariño, documento básico de planificación que ten como marco de referencia o desenvolvemento do conxunto das infraestructuras de control do tráfico marítimo e de coordinación das operacións de salvamento, e que posúe unhas directrices que deberán acomodarse ós plans elaborados polas comunidades autónomas con competencias na materia.

34,4% (1.720 km) de lonxitude da costa peninsular². A importancia das actividades marítimas en España está fóra de toda dúbida: o desenvolvemento das súas costas, a relevancia das súas actividades pesqueiras, a crecente importancia dalgúns leitos fluviais e das augas interiores, o desenvolvemento dunha actividade deportiva e recreativa en consonancia coa expansión do turismo cualificado³, o peso dos esteleiros nas cifras de emprego. A todo isto, únese o feito de que o 90% das importacións españolas e o 72% das exportacións utilizan a vía marítima; máis de 9 millóns de pasaxeiros foron transportados ó longo do ano 1999, só entre os nosos portos; a flota pesqueira componse de 20.000 buques con medio millón de toneladas e a flota de recreo, con máis de 200.000 embarcacións matriculadas. Constitúen todos eles datos suficientemente importantes como para comprende-lo volume de accións de salvamento que se xeran. Se tomamos en consideración cifras achegadas pola Sociedade Estatal de Salvamento e Seguridade Marítima obsérvase que o número de incidentes e accidentes marítimos oscilou nos últimos anos, producíndose unha progresiva diminución. Así no ano 1994 atendéronse 2.084 incidentes e accidentes marítimos, 1993 sucesos no ano 1995, 2274 no ano 1996, 1589 no ano 1997 e 1970 no ano 1998. Igualmente tiveron lugar intervencións relacionadas coa protección do medio mariño e loita contra a contaminación marítima: 160 no 1995, 181 no 1996, 215 no 1997, 242 no 1998.⁴ Pode comprobarse que se produciron nos úl-

A prestación efectiva dos servizos específicos de busca, rescate e salvamento marítimo realízase, polo que o Estado se refire, a través da Sociedade Estatal de Salvamento e Seguridade Marítima, creada polo artigo 89 da citada Lei 27/1992, que a configura como unha entidade de dereito público das comprendidas na alínea 1 b) do artigo 6 da Lei xeral orzamentaria, con personalidade xurídica, patrimonio propio, plena capacidade de obrar e actividade suxeita ó dereito privado.

Así mesmo, e á marxe desta normativa interna, existe unha profusa normativa de rango internacional (Convenio sobre alta mar de 1958, Convenio internacional para a seguridade da vida humana no mar de 1974, e o seu Protocolo de 1978; Convenio internacional sobre busca e salvamento marítimo de 1979, e Convenio de Nacións Unidas sobre o dereito do mar de 1982), que lle impón a España unha serie de compromisos e obrigas en materia de seguridade marítima e salvamento de vidas humanas no mar.

² En contraposición ó litoral peninsular de trazado case sempre rectilíneo, o contacto entre a terra e o mar en Galicia ofrece formas moi recortadas pola sucesión de rías de distinto tamaño. O feito de que o continente e o océano presenten uns límites definidos por continuos entrantes e saíntes propiciou xa dende antigo o desenvolvemento da pesca e o marisqueo nunhas condicións favorables.

³ De todos é coñecida a beleza, situación estratéxica e as boas características do litoral galego para a práctica dos deportes náuticos nos seus 1.700 quilómetros de extensión. A entidade Portos de Galicia esta desenvolvendo un programa para dota-la costa dunhas instalacións adecuadas que respondan á crecente demanda desta actividade. Deste xeito, tense previsto incrementa-lo número de atraques nas instalacións náutico-deportivas de Galicia, ata 8.000 no ano 2005, e 10.000 no horizonte do 2010. Así mesmo as zonas deportivas portuarias serán dotadas cos correspondentes servizos para a reparación e mantemento das embarcacións, zonas comerciais, facilidades para repor e inventar.

⁴ En Galicia para garanti-las condicións de seguridade en que faena a flota pesqueira, Galicia conta dende 1990 cun Servizo de busca e salvamento marítimo, que dende a súa

timos anos un aumento de intervencións relacionadas coa contaminación e protección do medio mariño, o que xustifica, en parte, o interese que mostrou a comunidade internacional ó incluí-lo convenio de 1989, unha especial atención ós salvamentos e ás remuneracións relacionadas coas accións nas que se produzan beneficios para o medio natural. Por último, poderíamos valorar que España, ó ser parte de diversos convenios internacionais relacionados coa materia, ten responsabilidade de salvamento marítimo e loita contra a contaminación mariña nunha superficie dun millón e medio de quilómetros cadrados, o que equivale a tres veces o territorio nacional.⁵

A presente monografía incide en tres sectores: ámbito de aplicación dos convenios internacionais relativos ó salvamento marítimo (Bruxelas 1910-Londres 1989), actual estrutura e procedemento dos expedientes tramitados en caso de salvamento (natureza dos tribunais marítimos), cuestións de dereito aplicable que suscitan os convenios coas súas remisións ás lexislacións nacionais.

Partindo do Convenio de Bruxelas de 1910 e da Lei 60/1962, realizouse un estudio no que afloran cuestións que denotan a necesidade de adecua-la obsoleta normativa española ás novas perspectivas internacionais. Comparando estes corpos legais co Convenio de Londres, obsérvase a incidencia que teñen os suxeitos e buques participantes nun salvamento ó determina-lo ámbito de aplicación dos convenios: espacial e material.

A natureza administrativa e o carácter especial da xurisdicción marítima implican un obrigado estudio da influencia que na actualidade exercen o Convenio de Bruxelas do 27 de setembro de 1968 e o Regulamento (CE) núm. 44/2001 do Consello do 22 de decembro de 2000, relativos á competencia xudicial e á execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil. A súa análise permite delimita-lo alcance e conveniencia da xurisdicción establecida na Lei 60/1962 e a necesidade da súa modificación no momento no que se ratifique o Convenio de Londres. O dereito aplicable alcanza unha grande importancia na interpretación do artigo 5,1 do Convenio de Bruxelas de 1968 e do Regulamento 44/2001 para determina-lo tribunal competente a través do lugar de cumprimento do salvamento.


creación está sendo un dos máis activos de Europa. Este servicio foi pioneiro na utilización de helicópteros e tripulacións civís para misións de salvamento.

O dito servicio está integrado por trinta e seis tripulantes, dous helicópteros, un remolcador e un barco de apoio. A principal misión que ten encomendada é o salvamento marítimo, pero pola súas características de versatilidade e flexibilidade, opera como un organismo polivalente que colabora noutras tarefas, coma a loita contra a contaminación mariña por hidrocarburos; situacións de emerxencia médicas; accións de protección civil, loita contra incendios; avaliación e auxilio de estradas, etc. Ó mesmo tempo, e cunha gran dedicación, colabora co Servicio de protección de recursos, que a súa vez, tamén lles presta axuda ós efectivos de busca e salvamento, nos casos que resulta necesario.

Do alto nivel operativo deste servicio dá testemuño o balance de misións efectuadas dende a súa creación, polas que salvaron a súa vida máis de 4.000 persoas.

⁵ Segundo don Eloy Rodríguez Gayán estes datos de por si son suficientes para afirmar que é necesaria e axeitada a ratificación do Convenio de Londres de 1989.

O dereito aplicable incide nas cuestións relativas ás condicións e criterios para determina-la recompensa. Analízanse nesta obra aquelas normas convencionais que inclúen referencias a leis nacionais, concretamente á lei aplicable ó contrato asinado entre o salvador e os seus empregados (salvamento que non se efectuou dende o buque), e a lei do pavillón para o reparto da recompensa (salvamento realizado dende o buque). Neste sector o traballo céntrase en delimita-las categorías de reparto e subreparto. Estas inciden na concreción da compensación especial contida no art. 14 e nos repartos entre os salvadores (art.15).

O LOF 2000 é obxecto de referencia xa que inclúe practicamente todo o contido do Convenio de Londres. A través do ámbito contractual é posible beneficiarse, ata a ratificación do convenio, de todos aqueles aspectos que poidan contribuír a mitigar catástrofes coma as de Torrey Canyon, Amoco Cádiz, Mar Egeo, Erika ou, neste momento, o Prestige⁶. 

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

⁶ No Consello europeo de Copenhague, expresouse a súa profunda preocupación por este grave accidente e manifestouse a súa solidariedade cos estados, rexións e poboacións que se viron afectadas, así como o seu apoio e recoñecemento dos esforzos realizados polos estados afectados, as institucións e a sociedade civil para logra-la recuperación das zonas contaminadas.

Tamén lembrou as súas conclusións de Niza de decembro de 2000 sobre as medidas adoptadas en relación co ERIKA e, recoñeceu os esforzos firmes que a Comunidade Europea e a Organización Marítima Internacional (OMI) realizaron dende o accidente do ERIKA para mellora-la seguridade marítima e a prevención da contaminación. A Unión seguirá liderando os esforzos internacionais para lograr este obxectivo e adoptará tódalas medidas necesarias para evita-la repetición de catástrofes similares. As conclusións do Consello de transportes do 6 de decembro de 2002 e do Consello de ambiente do 9 de decembro de 2002 sobre as medidas específicas que cómpre adoptar deberán aplicarse en tódolos seus aspectos sen demora.

O Estatuto de Galicia *(Vinte anos de Parlamento e xustiza constitucionais)*

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Edicións Xerais, 2003, 523 páxinas

○ Estatuto de Galicia é unha obra que pon ó día a praxe autonómica galega ó partir da teoría estatutaria de 1981 e analizar polo miúdo a interpretación que o Tribunal Constitucional dá na súa xurisprudencia dos ámbitos de actuación dos poderes públicos galegos. Este enfoque diferencia o libro do profesor Sarmiento Méndez dos estudos publicados pola doutrina do país nestes últimos vinte anos.

A literatura xurídica existente ata agora sobre a máxima norma institucional da Comunidade Autónoma partía esencialmente da análise dogmática das categorías estatutarias, tales como o poder galego (Máiz e Portero Molina), a nacionalidade histórica (Cores Tramonte), os valores estatutarios (Meilán e Rodríguez-Arana) ou as competencias e o rendemento autonómico (Blanco Valdés).

Por outra banda, parte dos estudiosos abondaron en tratamentos de dereito comparado (Pereira Menaut ou Mariñas Otero) que, dende a perspectiva doutras comunidades autónomas ou de países descentralizados, achegaban novos enfoques á esexese do texto autonómico.

O autor presenta, seguindo a sistemática do texto político, un percorrido detallado de toda a normativa (legal e regulamentaria) que o desenvolve, achegando para cada capítulo unha significativa escolma bibliográfica de grande utilidade. É neste contexto científico onde o tratado do asesor parlamentario

adquire a súa correcta valoración, ó tratarse dun labor que pon ó día os máis de vinte anos de desenvolvemento do Estatuto de 1981, e incorporar por vez primeira a sistematización dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional sobre os aspectos esenciais da Autonomía de Galicia.

Trátase dun libro que proporciona unha información exhaustiva sintetizada dun xeito metódico que tenta facilita-la comprensión e aplicación do ordenamento xurídico de Galicia e a conflictividade entre o Estado e a Xunta de Galicia dende 1981 ata 2003, presentando pois evidente interese para os que se aproximen á experiencia autonómica galega, tanto dende unha perspectiva estritamente xurídica coma dende a análise politicolóxica.

Se, parafreando a Álvaro D'Ors, podemos defini-lo dereito como «o que din os xuíces», afirmaríamos que o noso Estatuto de Autonomía é, en boa medida o que o Tribunal Constitucional dixo e di. Nesta orde de cousas resultan esenciais as achegas de ideas-forza que o letrado parlamentario presenta neste estudio e que son consecuencia dunha investigación pormenorizada de tódalas decisións do alto intérprete da Constitución que afectaron a actividade creadora de dereito dos poderes públicos autonómicos. Ten pois o libro o evidente valor de achegarlle ó lector interesado as *ratio decidendi* de tódalas sentencias dictadas dende 1981 ata 2003 sobre leis ou disposicións autonómicas de Galicia, así como os pronunciamentos emitidos con ocasión da impugnación de normas estatais por parte da Comunidade Autónoma de Galicia.

A lectura deste tratado pon sobre a mesa problemas de grande actualidade como o do rendemento institucional dos poderes públicos autonómicos, a necesidade de reforma do texto estatutario versus demanda de novas fórmulas federais ou confederais, os límites da autonomía galega ou o papel do Tribunal Constitucional como supremo intérprete da Constitución e, en xeral do que denomina *bloque de constitucionalidade*.

Atopámonos nun momento no que os estudos de iuspublicistas sobre o rendemento das institucións autonómicas (*Informe Pi y Sunyer sobre Comunidades Autónomas*) acadaron un notable grao de consolidación e madurez, e viron ademais completada a súa análise fundamentalmente cuantitativa con outros de carácter politicolóxico ou de ciencia política (Porrás Nodales entre outros). Nesta orde de cousas tamén o libro do profesor Sarmiento achega unha visión innovadora, ó presentar un tratamento da conflictividade xurídico-política Estado-Galicia non só dende un enfoque numérico, senón valorando os resultados e efectos de cada unha das sentencias constitucionais para o repartimento competencial e para a propia configuración do poder autonómico galego, isto é, para o autogoberno.

A sistemática asumida polo autor facilita o manexo dos importantes datos documentais contidos no manual posibilitándolle ademais ó operador xurídico-político obter nunha única fonte os recursos legislativos, regulamentarios, xurisprudenciais e doutrinarios necesarios para a correcta hermenéutica do dereito galego actual.

As evidentes carencias que os plans de estudos das facultades de dereito de Galicia presentan no tocante á abordaxe do dereito autonómico galego fanse aínda máis patentes se observamos este primeiro labor levado a bo fin en *O Estatuto de Galicia*, no que se describen as fontes doutrinais autonómicas que se ocuparon co debido rigor científico do ordenamento xurídico de Galicia.

Empeza Sarmiento Méndez a súa monografía cunha sistematización dos *leading cases* da xurisprudencia constitucional acerca do título preliminar do Estatuto. Aparecen aquí inexorablemente citados supostos como o da sentenza do caso LOAPA (tan decisiva para a conformación definitiva do Estado autonómico en xeral) no tocante á delimitación do concepto de autogoberno que manexa o noso Estatuto, ó carón de casos esencialmente galegos coma o da Sentencia do alto tribunal do 26 de xuño de 1986 en relación coa Lei galega de normalización lingüística. Nesta alínea resulta tamén de grande interese a exposición do *statu quo* doutrinal no referido á ordenación territorial de Galicia, e o sempre polémico artigo 2 do Estatuto galego en relación á súa configuración legal por parte do lexislador autonómico.

A presentación feita verbo da regulación estatutaria da galegitude e as implicacións extraterritoriais do dereito galego pon de manifesto a tímida xurisprudencia inicial do Tribunal Constitucional no tocante á actuación dos poderes autonómicos fóra do ámbito territorial da Comunidade Autónoma. Esta liña doutrinal dos anos oitenta cambiou radicalmente como é ben sabido con motivo do caso da oficina do País Vasco en Bruxelas, e a confirmación de que non toda acción exterior das comunidades autónomas supón intromisión no ámbito das relacións internacionais reservadas ó Estado.

O Estatuto de Autonomía ten a virtualidade de deseñar un sistema de fontes do dereito para a nosa Comunidade Autónoma, e establece, polo tanto, a configuración xurídica dos poderes públicos de Galicia e a ordenación xurídica que deles nace. Este contido estatutario xera importantes consecuencias sobre dous aspectos da regulación normativa do Parlamento de Galicia: o dereito parlamentario e o dereito electoral. O primeiro deles coñece o tratamento pormenorizado por parte do Tribunal Constitucional de varias facetas tales como o aforamento dos deputados, o xuramento na toma de posesión e o alcance do seu deber de acatamento (recordemos neste punto a importancia de distincións como a achegada por Carl Schmitt entre o xuramento de lealdade á Constitución ou ás leis constitucionais).

A propia *normalidade constitucional* en palabras de Hermann Heller, trae consigo a necesidade de que os textos políticos, no noso caso o Estatuto de Autonomía, incorporen no seu seo aqueles *modus operandi* considerados como esenciais para o devir democrático, tales como son os procesos electorais. Trátase de achegas relevantes do intérprete da Constitución respecto a materias e principios do dereito electoral que hoxe se presentan como indubitados para os estudiosos na materia (así o principio de conservación do acto no procedemento electoral).

O contido do artigo 19 do Estatuto de Autonomía para Galicia ó establecelas vías a través das que os poderes públicos autonómicos poden ter acceso á xurisdicción constitucional orixinou unha gran variedade de pronunciamentos do máximo intérprete da Constitución que axudan a comprender un pouco mellor no Estado español o sistema de control constitucional. Especialmente destacado resulta o problema da inconstitucionalidade por omisión (tan correctamente estudada na doutrina galega por José Julio Fernández Rodríguez), ó partir de casos tan significativos coma o da ausencia de decretos de transferencias como condicionante dos procesos constitucionais.

Particularmente afortunado é o enfoque que o profesor Sarmiento Méndez fai do tratamento do poder xudicial por parte da praxe estatutaria. Así glosa esquematicamente aspectos como as competencias da Xunta na Administración de Xustiza e a delimitación autonómica das demarcacións xurisdiccionais, con especial referencia ó papel do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e a regulación dos méritos para o desempeño dos órganos xurisdiccionais en Galicia (coñecemento do idioma e do dereito propio do país).

A cerna do tratado que nos ocupa versa sobre o contido competencial do Estatuto de Autonomía para Galicia. A presentación das competencias en xeral parte dun estudio pormenorizado da que algún autor (Canosa Usera) entende é a única competencia que pode realmente considerarse como exclusiva para a Comunidade Autónoma: a organización das institucións de autogoberno. Respecto a este punto o letrado do Parlamento trae a colación as máis relevantes decisións do Tribunal Constitucional acerca da potestade de autoorganización e a coordinación estatal, con especial referencia ó caso polémico dos comités de coordinación.

A partir da coñecidísima Sentencia do alto tribunal do 21 de decembro de 1989, recaída con motivo de varios recursos de inconstitucionalidade (entre eles o da Xunta de Galicia) interpostos contra a Lei de bases do réxime local, contéñense nas páxinas 107 e seguintes do libro abondosas claves sobre a enxeñería constitucional que perfilan a Constitución e o noso Estatuto de Autonomía en relación ó papel institucional das entidades locais. Neste sentido aspectos como as competencias autonómicas en réxime local, as demarcacións xudiciais no ámbito municipal e provincial ou as relacións da competencia da Xunta coas do Estado na materia reciben un axustado tratamento ó longo da obra.

As políticas públicas de infraestructuras teñen sido, como é propio de países que parten dunha situación deficitaria nesta materia, un dos eixes fundamentais da actuación dos poderes públicos autonómicos dende a instauración da Comunidade Autónoma. Como se pode comprobar da documentación contida no manual, a produción legislativa autonómica na materia foi abondosa, e non menos a conflictividade co Estado, que deu lugar a unha importante doutrina xurisprudencial sobre aspectos tales como as competencias prevalentes e a ordenación do territorio, a relación da competencia autonómica na vivenda con outras do Estado, o espiñento establecemento dos límites do actuar autonómico

en relación co demanio estatal ou a polifacética competencia urbanística de tan polémica solución polas recentes sentencias do tribunal coa nova configuración da cláusula de supletoriedade ex. artigo 149.3 da Constitución. De xeito complementario a xurisprudencia constitucional aclarou nidamente a delimitación da competencia estatal sobre os portos e aspectos de grande actualidade, como a seguridade portuaria ou as competencias sobre aspectos tributarios dos portos e o seu demanio público.

Moitos son os tratadistas (Bello Janeiro, Rebolledo Varela entre outros) que teñen chamado a atención sobre a singularidade da competencia autonómica en materia de dereito civil sobre as restantes contidas no Estatuto. En efecto é fácil coincidir con estes autores na idea de que esta materia está fundamente unida o ser do pobo galego e mostra en palabras do mestre Savigny, o espírito máis xenuíno do pobo do que emana. Nesta orde de cousas contéñense na análise de Sarmiento Méndez as principais ideas forma do que ten sido o desenvolvemento legislativo da materia: a consideración dos arrendamentos rústicos históricos como unha institución de dereito civil de Galicia, os condicionantes da competencia civil do Estado ou a presenza doutros títulos competenciais conexos co que nos ocupa. En fonda relación coa competencia tradicionalmente mal denominada «foral» atópase a actuación legislativa de Galicia en relación cos montes, aproveitamentos forestais, vías pecuarias e pastos. Neste punto o libro do profesor ourensán aborda aspectos decisivos como os referentes á inconstitucionalidade da Lei galega de montes veciñais en propiedade colectiva e as súas especialidades procesuais.

Sen dúbida que un dos sectores normativos de maior conflictividade entre Galicia e o Estado ten sido o da pesca. Esta investigación achega unha formulación clara sobre os ámbitos de constitucionalidade da regulación do marisqueo, a influencia do dominio público estatal na materia (ex. artigo 132 da Constitución) e, sobre todo, no tocante á pesca marítima en relación ó proceso constitucional levado verbo da Lei de pesca de Galicia.

Como Prieto de Pedro ten apuntado, a Constitución española deseña ademais dun Estado social e democrático de dereito, un Estado da cultura. Esta proclamación constitucional atopa a correlación lóxica do artigo 3 da Constitución nas previsións estatutarias ó respecto. Así a importante actividade legislativa de Galicia no tocante ó patrimonio histórico, artístico, arquitectónico e arqueolóxico detállase en *O Estatuto de Galicia. Vinte anos de parlamento e xustiza constitucional*, con cumprida referencia ós pronunciamentos do Tribunal Constitucional sobre os títulos competenciais que afectan á protección do patrimonio, ó concepto constitucional da cultura e a promoción e ensino da lingua galega.

Aínda que as dúas leis que ó longo destes vinte anos aprobou o Parlamento de Galicia sobre turismo non foron obxecto de recurso de inconstitucionalidade ningún, si certos regulamentos estatais deron lugar a pronunciamentos do Alto Tribunal sobre os límites, a competencia autonómica en turismo ou a delimitación das actuacións do Estado ó respecto. (Así entre outras a Sentencia do Tri-

bunal do 21 de abril de 1989). Estas resolucións son obxecto de estudio por parte do autor, e extráese delas aquelas afirmacións que constitúen *ratio decidendi*, e polo tanto unha sorte de lexislación negativa por parte do Tribunal.

O tratamento xurídico das corporacións de dereito público de Galicia forma parte dun capítulo amplo do libro no que Sarmiento debulla as resolucións doutrinais sobre as cámaras de Comercio, Industria e Navegación, o seu ámbito de control por parte do Consello de Contas de Galicia, a normación das cámaras agrarias (caso paradigmático de lexislación autonómica que precedeu o decreto de traspasos na materia) e finalmente as confrarías de pescadores.

Tratándose das competencias compartidas contidas no artigo 28 do Estatuto de Galicia, o tratado de Sarmiento Méndez afonda no reparto normativo da materia funcional, glosando facetas tan subliñables como o réxime xurídico dos funcionarios públicos, a competencia autonómica en función pública e a defensa xurídica da Xunta de Galicia e a función pública local e o poder autonómico. Neste mesmo ámbito das bases estatais e do desenvolvemento lexislativo por parte do Estado expónse de xeito didáctico o panorama da normación do sector pesqueiro e dos portos pesqueiros de Galicia con particular e pormenorizada análise da elaboración dos planos de pesca, o réxime laboral dos traballadores do mar e a delimitación da unidade portuaria, entre outros.

Dentro do bloque do que comunmente se coñece como competencias de execución esta obra achega un labor interpretativo dos alcances competenciais de catro materias moi heteroxéneas entre si.

En primeiro lugar o dereito laboral, posto que a xurisprudencia recaída en procesos nos que foi parte Galicia se pronunciou sobre facetas como a liberdade sindical e o papel da Autonomía na cuestión, a condición de sindicato máis representativo, as accións formativas dos traballadores ocupados, a conceptualización dos «fondos nacionais e de emprego» e o contido formativo dos convenios colectivos e a necesaria participación autonómica na xestión dos fondos.

Por outra banda, e con motivo da no seu momento novidosa Lei de pedras ornamentais de Galicia, o máximo intérprete da Constitución pronunciouse sobre aspectos relativos á propiedade industrial e a protección das denominacións de orixe. Ademais a competencia autonómica, infelizmente de actualidade polo accidente do buque *Prestige*, sobre o salvamento marítimo ten sido delimitada en relación ás competencias do capitán marítimo e ó papel da coordinación estatal na materia.

En cuarto lugar o Tribunal Constitucional delimitou tamén o alcance das facultades de Galicia e do Estado acerca dos vertidos industriais e contaminantes nas augas do litoral galego. Cunha xurisprudencia que pode cualificarse de restrictiva acercouse a perfila-lo concepto constitucional de vertido industrial e contaminante, as competencias ó respecto do Estado e as autorizacións de vertidos líquidos ou sólidos ó dominio público marítimo-terrestre.

O título competencial estatal que, polo seu contido transversal, deu lugar a unha interpretación máis extensiva e antiautonomista por parte do Tribunal

Constitucional é o que fai referencia á ordenación e planificación económica. Pola contra a competencia contida no artigo 30 do Estatuto galego interpretoouse, como apunta Sarmiento, polo Tribunal en varios escenarios. Así fíxase xuridicamente o ámbito do fomento e da planificación económicas de Galicia, o problema competencial das subvencións públicas e dos instrumentos xurídicos para o fomento e planificación da actividade económica. Igualmente e respecto a un eido competencial no que Galicia non ten particular peso como o da Industria, o Tribunal acerta ó precisar certos tópicos xurídicos que axudan a perfila-lo alcance da competencia. Neste sentido abórdase a reconversión industrial como título competencial diferenciado da «industria», outras materias que inciden na competencia autonómica en industria e o problema máis xeral da planificación económica e industria en Galicia.

O sector primario da economía de Galicia é un dos que máis amplo desenvolvemento lexislativo e conflictividade co Estado xerou. Deste xeito o autor infórmanos sobre a elaboración xurisprudencial das liñas doutrinais en materia de agricultura e gandería, e dá conta tamén das súas consecuencias sobre as relacións entre as cámaras agrarias e os órganos de Administración do Estado.

A disciplina do comercio interior, defensa do consumidor e usuario e denominacións de orixe son outras das políticas públicas que merecen, conforme ó programa estatutario, a atención do estudio publicado por Xerais. Así percórrese polo miúdo a reflexión constitucional sobre a inconstitucionalidade da Lei de comercio interior de Galicia, a política xeral de prezos e a defensa da competencia (de grande actualidade polo recente anuncio do executivo galego de remisión ó Parlamento dun proxecto de lei regulador do Servicio Galego de Defensa da Competencia), o papel da Xunta e a información ós consumidores e usuarios e a influencia da autonomía política na regulación das denominacións de orixe.


As páxinas 308 a 339 ocúpense de xeito harmónico de analiza-las institución de crédito e as caixas de aforros de Galicia. Pormenorizadamente Sarmiento explica as competencias autorizadoras do Banco de España sobre as caixas de aforros, os ámbitos de garantía da competencia da Xunta de Galicia, a propia natureza institucional das caixas e a súa relación coas administracións públicas e, por último aspectos orgánicos das caixas como a súa democratización ou o nomeamento dos conselleiros e réxime xurídico das asembleas xerais.

Un grupo importante de artigos do Estatuto ocúpense do tratamento da intervención da Xunta na economía de Galicia. Constitúen un pretexto in mellorable para que nesta obra se aborden o papel do sector público económico de Galicia, o desenvolvemento e execución de planos e programas de desenvolvemento, así como a participación do Goberno galego na xestión de sector público económico estatal en Galicia.

Dende hai algún tempo máis da metade dos orzamentos públicos dos países occidentais se ocupan de comprender dúas políticas públicas senlleiras: a educativa e a sanitaria.

Respecto á primeira delas o Estatuto de Galicia dedícalle o seu artigo 31 que recoñece unha competencia «plena» de Galicia. A interpretación deste artigo polo Tribunal Constitucional posibilitou que se aclararan aspectos tales como as materias excluídas do ámbito da Xunta, as relacións entre o poder executivo e as universidades de Galicia ou a situación extramuros do ámbito educativo da competencia sobre formación profesional ocupacional.

No tocante á sanidade o libro do letrado parlamentario apunta certos *leading cases* esenciais para comprende-lo deseño estatutario respecto á saúde. Deste xeito apúntase a definición «a contrario» feita polo tribunal do concepto de sanidade interior, a coordinación das facultades sanitarias do Estado e da Xunta e aspectos claves da organización sanitaria.

A parte final da obra serve para dar cumprida conta do *statu quo* da Administración pública galega, da facenda pública autonómica e, finalmente, dun aspecto sempre polémico como é o da reforma estatutaria. Aspecto este para o que os operadores xurídico-políticos de Galicia deberán contar co traballo do profesor Sarmiento Méndez, pola súa escrupulosidade e rigor no tratamento das bases xurídicas da autonomía e a súa situación vinte anos despois. 

Miriam Martínez García

*Profesora de dereito constitucional
Universidade de Vigo*

El estatuto de la Función Pública a debate

VV. AA.

Madrid, Ed. Colex, 2003, 331 páxinas

Todo aquel estudioso que teña dedicado parte do seu tempo á análise da Función Pública española é consciente de que neste campo subsisten moitos e moi diversos problemas xurídicos que urxentemente demandan unha solución apropiada; algúns deles son comúns a tódolos países da Unión Europea, outros son específicos do noso Ordenamento xa que teñen a súa orixe na particular evolución histórica do sistema de Emprego Público español; para algúns deles, a doutrina, xa propuxo solucións *prima facie* satisfactorias e, máis ou menos, pacíficas, para outros aínda se está lonxe de conseguir unha resposta adecuada. Non obstante esta variedade das súas características definitorias, a meirande parte dos devanditos problemas teñen en común o feito de que a solución que requiren non se pode obter na vixente regulación da Función Pública que se caracteriza por ser obsoleta, provisional e fragmentaria.

Así, na actualidade, o núcleo do réxime do Emprego Público, que en esencia engloba a definición da relación estatutaria e o cadro xeral de dereitos e deberes dos funcionarios, está disciplinado fundamentalmente polo texto articulado da Lei de funcionarios civís do Estado, Decreto 315/1964, do 7 de febreiro (en adiante, LFCE). Este texto articulado, que ten case corenta anos de vixencia, é unha lei preconstitucional que contén, polo tanto, unha regulación allea á ac-

tual estrutura administrativa e ós valores que inspiran a Constitución de 1978. En consecuencia, é unha norma que non permite dar unha resposta adecuada nin á complexidade do Estado autonómico, nin ás transformacións que se teñen producido nos últimos decenios na organización das administracións públicas, nin ós cambios que sufriron as demandas profesionais dos empregados públicos. Trátase, en definitiva, dunha lei vetusta, que consagra un modelo que non ten capacidade para afrontar, con garantías de éxito, os novos desafíos que se lle presentan á Función Pública española.

Desde hai vinte anos, o lexislador é consciente do progresivo envellecemento que sofre a disciplina do Emprego Público e da súa paulatina inadecuación á nova realidade económica, social e política do noso país. De modo que a obsolescencia da devandita regulación xa podería ter dado lugar, a mediados da década dos oitenta, a unha reordenación da Función Pública a través da instauración dun novo Estatuto dos funcionarios públicos. Sen embargo, isto non foi posible pola falla de decisión do lexislador, que se limitou a aproba-la Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da Función Pública (en adiante, LMPRFP). Con esta lei, como se pode inferir, en primeiro lugar, do seu propio nome, e en segundo lugar, do seu contido, un heteroxéneo conxunto de disposicións, o lexislador non pretendeu establecer un Estatuto da Función Pública de nova planta, que consagrara unha reforma en profundidade do Emprego Público, senón que fundamentalmente intentou solucionar determinados problemas inmediatos a través da reorientación parcial do modelo vixente. Así, a LMPRFP marcou o inicio dunha etapa lexislativa, que se prolonga ata a actualidade con diversas reformas devandita lei (como, por exemplo, as que levaron a cabo a Lei 23/1988, do 28 de xullo, a Lei 22/1993, do 29 de decembro ou a Lei 42/1994, do 30 de decembro), caracterizada pola realización de rectificacións fragmentarias do réxime da Función Pública carentes dun plano rector que as guíe. Como consecuencia desta elección operada polo lexislador –é dicir, optar por tal sistema de intervencións puntuais dilatando o acometer unha verdadeira reforma do Estatuto da Función Pública, a pesar da conciencia da súa necesidade– o réxime español do Emprego Público presenta unha acusada tinguadura de provisionalidade.

Ademais, este sistema de intervención puntual ten como secuela que hoxe en día a Función Pública en España estea regulada por un conxunto de normas dispersas, algunha preconstitucional coma a LFCE, e outras posteriores á Constitución, coma a LMRFP, a Lei 53/1984, do 26 de decembro, de incompatibilidades do persoal ó servizo das administracións públicas (en adiante, LIPSAP), ou a Lei 9/1997, do 12 de xuño, de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ó servizo das administracións públicas, entre outras. Neste sentido, se ben a Constitución Española (en adiante, CE) explicitamente tan só esixe que a lei regule o Estatuto dos funcionarios, indicando os seus contidos necesarios, non cabe dúbida da conveniencia, desde a perspectiva do principio de seguridade xurídica recollido no seu

artigo 9.3, de acabar con esta dispersión normativa mediante a aprobación dun texto único que conteña o réxime xurídico dos empregados públicos.

En conclusión, á vista deste panorama lexislativo, parece claro que non convén dilatar por máis tempo a reforma da Función Pública española. É imprescindible substituí-la actual regulación obsoleta, fragmentaria e provisional mediante a promulgación dunha lei que regule de forma global o Estatuto dos funcionarios públicos e que solucione os problemas que se detectan na actual regulación do Emprego Público, ou, alomenos, a súa maior parte, para dotar á sociedade española da Administración pública eficaz que necesita, pois é *condictio sine qua non* para a súa existencia que os empregados públicos que a integran estean correctamente formados, suficientemente especializados, adecuadamente motivados e socialmente recoñecidos.

Neste sentido, a finais da década dos noventa o Goberno presidido polo Sr. Aznar, tomou conciencia da necesidade de levar a cabo a antedita reforma, e, en consecuencia, decidiu abandona-la liña do reformismo puntual, dedicando durante máis de dous anos parte dos seus esforzos a elaborar, de forma consensuada cos sindicatos CC.OO., UGT e CSI-CSIF, un Proxecto de lei sobre o Estatuto da Función Pública (en adiante, PLEFP) que se aprobou o 25 de xuño de 1999. Sen embargo, non foi posible que este proxecto se transformase en lei, debido a que a súa tramitación parlamentaria foi interrompida pola convocatoria de eleccións xerais, de tal forma que a disolución das Cortes provocou o decaemento do devandito proxecto. Sorprendentemente, trala nova victoria do Partido Popular, aínda non se procedeu a reactiva-lo citado proxecto. Se ben durante esta segunda lexislatura do Partido Popular, o ministro de Administracións Públicas, Sr. Arenas, anunciou a súa intención de negociar un pacto de Estado coas comunidades autónomas, concellos, sindicatos e partidos políticos, para reformar e simplifica-la Función Pública. En palabras do propio ministro, trataríase de acordar unha especie de «Pacto de Toledo sobre a Función Pública» (*El País*, 12 de novembro de 2002).

Ante esta perspectiva é positivo que se abran foros para discutir sobre o Emprego Público, porque os debates que se manteñan neles, por unha parte, impiden que se apague a conciencia da necesidade da reforma, e, por outra parte, serven para achegar importantes reflexións sobre cómo regular no mellor dos modos posibles cada un dos diferentes aspectos que conforman un moderno e eficaz Estatuto de la Función Pública. Así, en novembro de 2002, animadas, sen ningunha dúbida, por esta dobre motivación, tiveron lugar na Facultade de Dereito da Universidade Nacional de Educación a Distancia unhas Xornadas de estudo sobre o Estatuto da Función Pública organizadas pola Universidade Nacional de Educación a Distancia e a Federación de Servicios e Administracións Públicas de CC.OO. Nestas xornadas, das que trae causa o libro que se recensiona aquí, investigadores, sindicalistas, políticos e funcionarios abordaron, ó fío do exame do PLEFP, algúns dos temas que necesariamente integrarán a futura regulación do Emprego Público.

Nas devanditas xornadas, Leandro González Gallardo, administrador civil do Estado e ex director da Función Pública, disertou sobre as razóns que impulsaron e o modo en que se levou a cabo a xestación do PLEFP. Destaca na súa exposición o irrefutable conxunto de razóns que ofrece para xustificala necesidade de tal regulación. Tales razóns son: en primeiro lugar, a oportunidade de regular o código básico de dereitos e obrigas dos funcionarios, o cal actualmente, por unha parte, está fragmentado, e, por outra parte, non recolle os principios e valores constitucionais; en segundo lugar, as transformacións que modificaron a estrutura do Estado, na medida en que o presente modelo de Emprego Público non serve para satisfacer as esixencias dun Estado autonómico profundamente descentralizado e diversificado funcionalmente; en terceiro lugar, os cambios que se produciron nos ámbitos nos que actúan as organizacións públicas, xa que variaron notablemente tanto as tecnoloxías, coma o marco financeiro, de modo que o vixente sistema de Función Pública non serve para proporcionarlles ás administracións públicas a axilidade e flexibilidade que esixen as novas dinámicas sociais, sendo, en consecuencia, imprescindible implantar un sistema moderno de xestión de recursos humanos e de ordenación do traballo; e, en último lugar, os cambios na cultura e nas demandas dos empregados públicos, os cales esixen un marco avanzado de dereitos e un sistema eficaz de negociación colectiva, ademais de maiores oportunidades profesionais.

Como se dixo antes, un dos obxectivos das Xornadas sobre o Estatuto da Función Pública, foi, sen dúbida, buscar novas solucións ós problemas que se presentan no seu marco. Neste sentido, unha fonte da que sempre se poden extraer ideas para reflexionar é o dereito comparado, por isto resulta de notable interese a conferencia pronunciada por Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, profesor titular de dereito administrativo, na que describiu as liñas xerais actuais e as tendencias que se observan nos modelos de Emprego Público existentes en Francia, Inglaterra e Italia. A elección destes tres ordenamentos para a individuación de principios e solucións a problemas xerais que presenta o Emprego Público é moi acertada dadas as relacións históricas ou de tendencia que tales ordenamentos teñen co actual sistema español de Función Pública. Así, o modelo francés, paradigma da opción estatutaria para articular a vinculación dos empregados á Administración pública, adóptase en España, se ben de forma matizada, a mediados do século XIX; fundamentalmente del tomáronse numerosos aspectos do seu réxime de corpos ós que se asignan grandes funcións públicas deseñadas de maneira abstracta. Pola súa parte, o modelo inglés de Emprego Público, baseado, pola contra, no estudio analítico dos postos de traballo, introdúcese a mediados dos anos sesenta no acervo da Función Pública española coa LFCE que levou a cabo unha reordenación do Emprego Público baixo a directriz de incorporar elementos estruturais tomados do devandito sistema, como, por exemplo, a técnica da clasificación dos postos de traballo. Finalmente, o actual modelo italiano de Emprego Público, que se caracteriza por reconducir ó dereito laboral o réxime xurídico dos empregados públicos, proporciona un exemplo práctico

dos problemas, e, tamén dos acertos, que implica o camiño cara a un modelo laboralizado de Función Pública, modelo que conta en España con non poucos defensores, e ó que a LMRFP nos acercou na medida en que, por un lado, incorporou á regulación do Emprego Público técnicas e conceptos propios do dereito laboral en múltiples aspectos da relación funcionarial, e, por outro lado, consagrou un sistema global de Emprego Público mixto, baseado na coexistencia de funcionarios, sometidos ó dereito administrativo, e de traballadores suxeitos ó Ordenamento laboral.

Pola súa parte, o profesor Luciano Parejo Alfonso, catedrático de dereito administrativo, abordou, no marco das citadas xornadas, o tema dos límites ós que estarán sometidas as comunidades autónomas no desenvolvemento do futuro Estatuto da Función Pública.

O profesor Parejo iniciou a súa disertación precisando o cadro competencial na materia Función Pública. Así, en primeiro lugar, sinalou que os principais títulos habilitantes para a lexislación do Estado sobre a Función Pública son, por unha parte, o Réxime estatutario da Función Pública (artigo 149.1.18ª CE), e, por outra, o Réxime local (artigo 148.1.2ª CE, en relación co artigo 149.1.18ª CE). De acordo coa interpretación que deles fai o Tribunal Constitucional, é responsabilidade do lexislador estatal establecer con carácter básico o Estatuto de tódolos funcionarios. Tales títulos encontran o seu límite na autonomía das comunidades autónomas e na autonomía local.

Ademais destes dous títulos competenciais principais, o profesor Parejo destacou a existencia dun título cruzado: o artigo 149.1.1ª CE que habilita ó lexislador estatal para regular as condicións básicas que garantan a igualdade de tódolos españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais. Este título competencial, como indicou o profesor Parejo, presenta o problema de determinar cál debe ser a súa relación cos títulos competenciais principais, é dicir, cál é a correspondencia que debe existir entre a regulación básica e a disciplina das condicións básicas. O profesor Parejo, sobre a base da xurisprudencia do Tribunal Constitucional, inclínase por considerar que o artigo 149.1.1ª CE se debe entender como complemento dos títulos competenciais principais, de modo que as competencias lexislativas específicas en materia de Función Pública e de Réxime local que lle atribúe a Constitución non sexan suficientes para que o lexislador estatal poida definir enteira e debidamente o mínimo común uniforme que representa o réxime estatutario dos empregados públicos, xa que este ha de acadar cuestións non cualificables de básicas, podería exercer, como complemento, a competencia prevista no artigo 149.1.1ª CE.

En segundo lugar, o título para a lexislación das comunidades autónomas, por un lado, respecto da súa Función Pública, radica no núcleo duro a súa autonomía, é dicir, na súa potestade de autoorganización, o límite ó que se encontran sometidas as comunidades autónomas no exercicio do devandito título encóntrase na súa posición de mero desenvolvemento del Estatuto básico fixado polo lexislador estatal, e, por outro lado, respecto da regulación da Función Pú-

blica local, a competencia das comunidades autónomas límitase ó desenvolvemento da lexislación básica estatal, tendo tal actividade o límite infranqueable do respecto á autonomía local.

Finalmente, despois de describir cál é a extensión mínima do réxime estatutario do Emprego Público e de esclarecer cál é a estrutura interna do ordenamento da Función Pública, o profesor Parejo abordou o problema de determinar cál ha de se-la densidade da regulación das bases do Estatuto da Función Pública, mostrándose partidario, neste punto, de que se recoñeza unha ampla liberdade tanto ó lexislador estatal como ós lexisladores autonómicos na configuración do Estatuto da Función Pública.

Deixando atrás as cuestións de alcance xeral, e entrando xa no estudio de concretos aspectos da regulación do Emprego Público, no curso das citadas xornadas sobre a Función Pública española organizadas pola UNED e CC.OO., Federico A. Castillo Blanco, profesor titular de dereito administrativo, analizou os sistemas de selección no Emprego Público español e realizou interesantes propostas para mellora-la selección do persoal ó servizo das administracións públicas. De entre elas, a título de exemplo, é conveniente destacar dúas.

En primeiro lugar, o profesor Castillo Blanco sinalou a necesidade de adoptar unha nova concepción dos procedementos selectivos. Segundo a súa opinión, é preciso concibi-lo proceso selectivo como un procedemento que non finaliza coa realización dunhas probas selectivas, senón que estas, coas necesarias modificacións que permitan mellora-la súa fiabilidade, han de ser seguidas por un período de adecuación do candidato a funcionario público á organización administrativa na que pretende presta-los seus servizos e, en concreto, ó posto de traballo que deberá desempeñar, quedando a relación xurídica que une ó aspirante a funcionario coa Administración Pública condicionada, en canto ó seu mantemento, ó éxito de tal adecuación. Ademais, nos devanditos procesos, segundo o profesor Castillo Blanco, deben valorarse, a través de entrevistas e exames psicotécnicos, elementos distintos dos coñecementos meramente intelectuais incluídos nos temarios das oposicións como, por exemplo, as aptitudes persoais e as habilidades sociais, xa que o eficaz e satisfactorio funcionamento das administracións públicas depende en boa medida desas habilidades que integran a denominada intelixencia emocional.

En segundo lugar, o profesor Castillo Blanco defendeu a profesionalización da selección do persoal ó servizo das administracións públicas. Na súa opinión é necesario redefini-los requisitos para formar parte dos tribunais selectivos, facendo fincapé, especificamente, na especialización destes, dada a atribución a eles dunha esfera de discrecionalidade técnica non fiscalizable en vía xurisdiccional.

Outro dos concretos aspectos do Estatuto da Función Pública que se abordou nas citadas xornadas, foi a ordenación das incompatibilidades dos funcionarios públicos. O seu exame estivo a cargo de Carmen Fernández Rodríguez, profesora titular de dereito administrativo.

A profesora Fernández Rodríguez analizou e comparou a regulación que realiza a LIPSAP e a disciplina contida no PLEFP. A xuízo desta autora, o PLEFP ten pretensións loables, pero non aborda a reforma que verdadeiramente resulta necesaria. Na súa opinión, tanto a actual regulación das incompatibilidades coma a que se prevé no devandito proxecto parten dunha prohibición de compatibilidade excepcional para múltiples supostos, moitos deles descritos de forma que conceden unha ampla marxe interpretativa, o que, en definitiva, determina que a excepción se converta en la regra xeral, é dicir, a compatibilidade entre o Emprego Público e a actividade pública e privada é posible en múltiples circunstancias. A profesora Fernández Rodríguez sostén, por isto, que o réxime de incompatibilidades non garante realmente a independencia e obxectividade do empregado público como sería de desexar. Na súa opinión, unicamente a prohibición absoluta de compatibiliza-lo Emprego Público con calquera outro tipo de actividade pública ou privada pode garantir tal independencia e obxectividade.

De todos modos, e a partir da non asunción polo lexislador dunha absoluta prohibición de compatibilidade, a profesora Fernández Rodríguez considera que o desenvolvemento lexislativo das diferentes causas de incompatibilidade previstas no PLEFP resulta insuficiente. Así, ó seu xuízo, a redución do casuismo, que leva a cabo o dito proxecto, baixo o pretexto de facer máis clara a exposición das causas de incompatibilidade, provoca perigosas lagoas. En definitiva, defendeu a profesora Fernández Rodríguez que a minuciosidade coa que a LIPSAP aborda a enumeración das causas de compatibilidade, incompatibilidade e de exclusión non resulta en absoluto innecesaria a partir da excepcionalidade da prohibición inicial.

Tamén se abordou nestas xornadas a análise da negociación colectiva dos funcionarios públicos, que estivo a cargo de Joaquín Pérez Vaquero, secretario de Acción Sindical da Federación de Servicios e Administracións Públicas de CC. OO., quen, en primeiro lugar, puxo de manifesto a necesidade de mellora-la regulación da obriga de negociar, de maneira que non poida aducirse que se cubriu esta obriga coa simple audiencia; en segundo lugar, destacou a necesidade de precisa-la validez dos pactos e acordos e a vinculación a eles das partes; en terceiro lugar, subliñou a conveniencia de establecer un procedemento de resolución de conflitos; e, en cuarto lugar, esixiu que se sometan a negociación colectiva, con carácter previo á presentación do Anteproxecto de lei de presupostos, os aumentos de masa salarial da Administración central.

Finalmente, o último dos aspectos do futuro Estatuto dos funcionarios públicos que se presentou nas citadas xornadas foi o réxime disciplinario dos empregados públicos, o estudio do cal lle foi confiado a Enrique Linde Paniagua, profesor titular de dereito administrativo. O profesor Linde Paniagua levou a cabo o estudio do réxime disciplinario dos funcionarios públicos que se contén no PLEFP. En opinión deste profesor tal réxime é continuista en relación coa lexislación actualmente vixente. Como aspectos positivos do devandito réxime, destacou a incorporación da xurisprudencia dos tribunais Constitucional e Su-

premo, o que implica unha maior penetración no ámbito disciplinario dos principios de legalidade, tipicidade, e proporcionalidade. Subliñou, tamén, dous aspectos insatisfactorios. O primeiro é a defectuosa tipificación das faltas graves e leves, e das sancións correspondentes. A xuízo do profesor Linde Paniagua a deficiencia máis relevante que se advirte, neste ámbito, é a configuración de tipos de infraccións abertos. Estima este autor que tal configuración das infraccións, a cal non é acorde coa garantía de *lex certa*, dificulta o exercicio da potestade disciplinaria e provoca un evidente desprazamento do exercicio da potestade disciplinaria cara a xuíces e tribunais. En segundo lugar, en opinión do profesor Linde Paniagua, o sistema de sancións non cumpre, como debería, unha finalidade de reinserción dos infractores, senón que se limita a retribuír ó infractor e a desanimar a futuros transgresores.

A recapitulación das intervencións que integraron as xornadas sobre o Estatuto da Función Pública ha de pecharse evocando a conferencia sobre a Lei andaluza da Función Pública, pronunciada por Vicente Vigil-Escalera Pacheco, secretario xeral de Administración Pública da Comunidade Autónoma de Andalucía, quen presentou as liñas mestras desta lei que se atopaba en proceso de elaboración, e a conferencia sobre o Estatuto marco do Sistema Nacional de Saúde, dictada por Cristóbal Gil, da Federación de Sanidade de CC. OO., quen expuxo a razóns que determinan a necesidade de desenvolver-la normativa básica que debe regula-lo réxime contractual do persoal estatutario do Sistema Nacional de Saúde, precisando ademais os contidos materiais que debería incorporar tal disciplina básica. A elaboración desta regulación atópase xa en marcha, pois o 16 de maio de 2003 foi presentado no Congreso dos Deputados o proxecto de lei do Estatuto marco do persoal estatutario dos servicios de saúde.

Por último, hai que sinalar que, no seo das Xornadas sobre o Estatuto da Función Pública houbo dúas mesas redondas.

A primeira das devanditas mesas redondas titulouse «Corpos e postos de traballo». Nela, Cristóbal Gil Cebrián, director xeral da Función Pública da Comunidade de Castela-A Mancha, destacou como un problema grave do esquema xurídico nado coa LMRFP o feito de que a carreira administrativa se articule cambiando de posto, mediante o sistema de consolidación sucesiva de graos persoais; por iso saudou positivamente o feito de que no PLEFP se separe a carreira administrativa do desempeño de postos de traballo, na medida en que para a promoción, de acordo con tal proxecto, non será necesario cambiar de posto de traballo, senón que se valorarán a antigüidade, a traxectoria e actuación profesional, a calidade dos traballos realizados e os coñecementos adquiridos. Pola súa parte, Mariano Bacigalupo Saggese, profesor titular de dereito administrativo, defendeu a supresión da regra da adscrición indistinta dos postos de traballo contida actualmente no artigo 15.2 LMRFP. Ó seu xuízo, a desaparición desta regra é loable porque a adscrición indistinta descoñece a especialización profesional garantida polo sistema de corpos. Finalmente, dentro desta primeira mesa redonda, Silvia del Saz Cordero, profesora titular de dereito administrativo,

advirte que, aínda que se adoita recoñecer como mérito PLEFP o que cree un modelo de carreira dos funcionarios baseado nas categorías profesionais con independencia do posto de traballo que se desempeñe, este modelo non ten por que materializarse na realidade, pois, o alcance da categoría profesional non está en absoluto determinado no proxecto e de aí que por decisión do lexislador estatal ou autonómico poida ser un elemento con escaso peso específico ou ó contrario converterse no eixe da carreira funcional.

A segunda mesa redonda tivo como tema «A repercusión da Lei de equilibrio orzamentario no Emprego Público», e nela interviñeron Miguel Ángel García Díaz, responsable do Gabinete Económico Confederal de CC. OO., Luis Carlos Rejón, e Ángel Martínez San Juan, ámbolos dous deputados no Congreso. Nesta mesa redonda os tres relatores coincidiron en crítica-la interpretación inflexible do dogma da estabilidade orzamentaria que está levando a cabo o Goberno español, en contraste coa interpretación máis flexible que se realiza en países como Alemaña ou Francia. Ó seu xuízo esta interpretación determina unha época de conxelacións salariais, imposicións retributivas nos presupostos xerais do Estado e perda de Emprego Público que dá lugar a unha situación verdadeiramente preocupante en relación á calidade dos servizos públicos.

En conclusión, pódese afirmar que esta publicación é indubidablemente moi oportuna ó aparecer nun momento de estancamento da iniciativa política en materia de Emprego Público, na medida na que contribúe a reaviva-lo debate sobre a necesidade e o eventual contido dun futuro Estatuto da Función Pública, debate ó que ademais achega valiosas contribucións. ■

Marcos Almeida Cerredá

Avogado

Área de dereito administrativo

Universidade de Santiago de Compostela



NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecano-grafadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterá abreviaturas nin notas.
5. Incluíranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañárase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitiranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

Revista Galega de Administración Pública

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA