

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

38

XUNTA DE GALICIA

38

SETEMBRO - DECEMBRO
2004

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

Tradución e supervisión lingüística: Mar González Tarrela
Antonio Sayáns Gómez

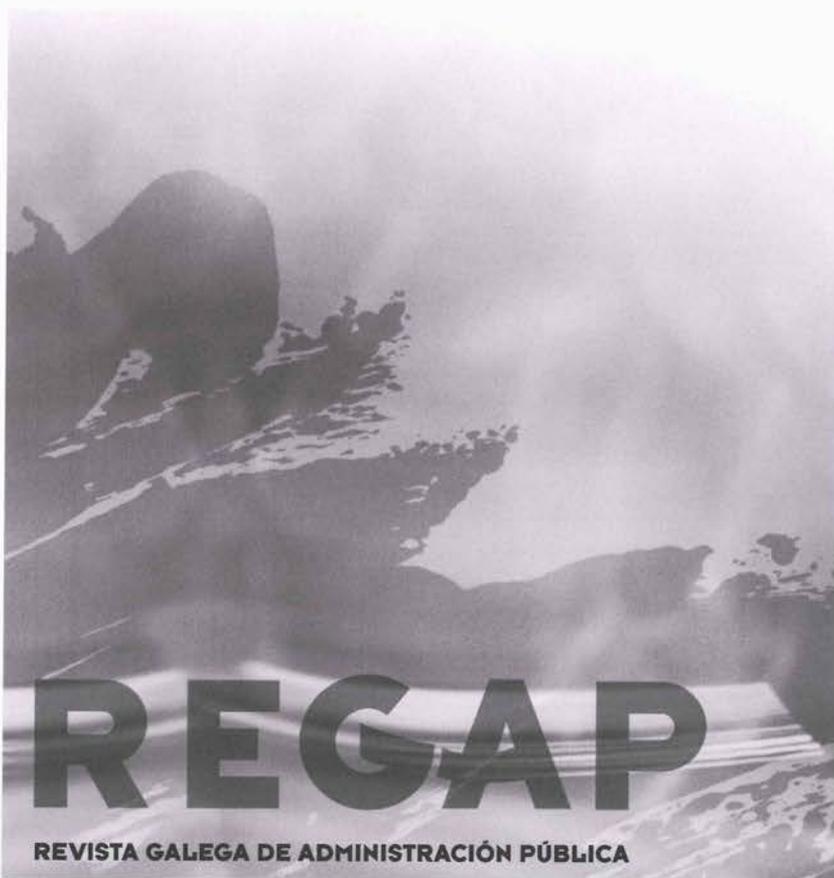
Deseño gráfico: uqui lllll cebra

Imprime: Litor

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.
Solicitude 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

María 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 Vieites

Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto

Conseheiro 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

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela

Vicente González Radío

Catedrático 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

Profesor titular de xornalismo 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

Francisco Ordóñez Armán

Notario

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade da Coruña

Luís Rodríguez-Ennes

Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste

Conseheiro de Innovación, Industria e Comercio

Antonio Romero Lorenzo

Maxistrado xuíz decano de Vigo

Alfonso Rueda de Valenzuela

Director xeral de Administración local

Jesús Souto Prieto

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Javier Suárez García

Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Rosario Valledor Puente

Técnica superior do INEM

Carlos Varela García

Fiscal-xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Jesús Vázquez San Luis

Secretario xeral da Consellería de Innovación, Industria e Comercio

José Ramón Vázquez Sandes

Valedor do Pobo

Javier de Vicente Remesal

Vicerreitor 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

SSUMMARY

STDIES

Silvia Díaz Alabart	The Disabled Juridical Protection Principles _____	15
José María de la Cuesta Sáenz	Cultivation Minimum Unit and Property Register _____	33
Domingo Bello Janeiro	Galician Agricultural Law _____	47
Almudena Fernández Carballal	The Preservation of the Urban- Architectural Heritage _____	69

NOTES AND COMMENTS

Luis Felipe Ragel Sánchez	The Sustainance Contract _____	99
Juan B. Lorenzo de Membriela	From Administrative Professionalism to Severance Pay and from Free Appointment to Dismissal within Peripheral Administration _____	109
Joaquín Meseguer Yebra	Management Assignment as a Modulation Technique of Competences Among organisms Legal System and Enforcement: pros and cons _____	123
Ángel Sánchez Hernández	An Approach to the Spanish Vinicultural Legal System. Some Significant Aspects of Law 24/2003, 10 th July on Wine and Vineyard _____	145

PARLIAMENTARY CHRONICLE

Xosé Antón Sarmiento Méndez	The Legislative Function, a Perspective within the Galician and Asturian Parliamentary Practice Compared _____	175
------------------------------------	---	------------

SUMARIO

ESTUDIOS

Silvia Díaz Alabart	Principios de protección jurídica del discapacitado _____	15
José María de la Cuesta Sáenz	La unidad mínima de cultivo y el registro de la propiedad _____	33
Domingo Bello Janeiro	O derecho agrario galego _____	47
Almudena Fernández Carballal	A conservación do patrimonio urbanístico-arquitectónico _____	69

NOTAS E COMENTARIOS

Luis Felipe Ragel Sánchez	El contrato de alimentos _____	99
Juan B. Lorenzo de Membiela	De la profesionalización administrativa a las cesantías y de la libre designación al cese en el ámbito de la Administración periférica _____	109
Joaquín Meseguer Yebra	La encomienda de gestión como técnica de modulación competencial interorgánica. Régimen jurídico y aplicación práctica: virtudes y defectos _____	123
Ángel Sánchez Hernández	Aproximación al régimen jurídico vitivinícola español: algunos aspectos significativos de la Ley 24/2003 de 10 de Julio, de la Viña y del Vino _____	145

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Xosé Antón Sarmiento Méndez	A función lexislativa, unha perspectiva na práctica parlamentaria comparada galega e asturiana _____	175
------------------------------------	--	------------

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- 203 _____ II Summer Course on Urban Planning Regime within
the Spanish and Community Law
Oleiros, 29/07/2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- 225 _____ Conference on the Judiciary and Autonomous Communities
A Coruña, 22-23/03/2004 **José Ricardo Pardo Gato**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 245 _____ Gallaecia: Romanisation and Territorial Organisation
Rodríguez Ennes, Luis
Dikinson, Madrid, 2004 **Jaime Cabeza Pereiro**
- 249 _____ The Modern State in Europe. Institutions and Law.
Fioravanti, Mauricio (ed.).
Translated by Manuel Martínez Neira
Editorial Trotta, Madrid, 2004, 231 pages. **Faustino Martínez Martínez**
- 263 _____ The New General Tributary Law
Calvo Ortega, Rafael (dir.)
Thomson Civitas, 2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- 269 _____ The New Public Management: Improving
Research and Policy Dialogue
Barzelay, Michael
University of California Press, Berkeley, 2001 **Míquel Anxo Bastos Boubeta**

C RÓNICA ADMINISTRATIVA

- II Curso de verán sobre o réxime do planeamento
urbanístico no dereito español e comunitario
203 _____ Oleiros, 29 de xullo de 2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- Xornadas sobre o poder xudicial e as comunidades autónomas
225 _____ A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2004 **José Ricardo Pardo Gato**

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Gallaecia: romanización y ordenación del territorio*
Rodríguez Ennes, Luis
245 _____ Dickinson, Madrid, 2004 **Jaime Cabeza Pereira**
- El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*
Fioravanti, Mauricio (ed.).
Tradución de Manuel Martínez Neira
249 _____ Editorial Trotta, Madrid, 2004, 231 páxs. **Faustino Martínez Martínez**
- La nueva Ley general tributaria*
Calvo Ortega, Rafael (dir.)
263 _____ Thomson Civitas, 2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- The New Public Management: Improving
Research and Policy Dialogue*
Barzelay, Michael
269 _____ University of California Press, Berkeley, 2001 **Miguel Anxo Bastos Boubeta**

ESTUDOS



PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DISCAPACITADO

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho civil

1. Introducción

El 2003 fue el año europeo del discapacitado y el pasado 2004 lo fue en Iberoamérica¹. Desarrollando el art. 49 de nuestra Constitución², siguiendo la pauta marcada por instrumentos internacionales que afectan a las personas discapacitadas³ y normas comunitarias en el mismo

¹ En la XIII Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), en noviembre de 2003, se decidió declarar el 2004 año Iberoamericano de las personas con discapacidad.

² «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

³ Son muy numerosos los instrumentos internacionales que podríamos citar aquí, pero nos limitaremos a los más relevantes. Para consultar un elenco más completo, puede verse, Peña, «Introducción a las Declaraciones, convenios e informes internacionales en materia de minusvalías», en Muñoz Machado y Lorenzo, *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid, 1996.

Entre los más relevantes destacan, primero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, si bien no menciona en sus preceptos a las personas con discapacidad, se refiere a todos los seres humanos, por lo tanto los artículos relativos a la dignidad, igualdad de derechos, derecho a la vida y a la educación incluyen también a los que sufren algún tipo de discapacidad y, evidentemente, el reconocimiento

sentido⁴, el pasado 2003 ha sido un año en el que se promulgaron en España varias leyes importantes en relación a la protección de los discapacitados, leyes que independientemente de su grado de bondad técnica o incluso, de la forma en que se apliquen, tienen por razón de su mera existencia la virtud nada desdeñable de poner sobre la mesa como temas de actualidad⁵ todos los que atañen a este colectivo⁶.

Hay que aprovechar esta coyuntura para impedir que una vez más todo quede en meras declaraciones de buenas intenciones, o en la creación de nuevas normas que en la práctica sean solamente papel mojado. La discapacidad es una cuestión en la que nos tenemos que implicar todos, por-

de esos derechos supone que si tienen más dificultades que otros para ejercerlos habrán de instrumentarse los medios necesarios para que no resulten discriminados.

Más tarde aparecen las Declaraciones de los derechos del deficiente mental (1971) y de los impedidos (1975). El año 1981 se declaró año internacional de los impedidos. El período de 1983 a 1992 se declaró «Decenio de las naciones Unidas para los Impedidos», en ese lapso de tiempo se aprobó un programa de acción mundial para promover medidas eficaces para la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo de la igualdad.

El 23 de diciembre del año 1993 la ONU aprueba las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación. En diciembre de 2001 se aprobó la elaboración de una Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, proyecto en el que, al parecer, se sigue trabajando en la actualidad.

Hasta ahora todos estos instrumentos internacionales no son jurídicamente obligatorios, aunque sí moral y políticamente. No puede desconocerse que la aceptación de sus postulados ha hecho que los diferentes Estados hayan ido dictando normas de protección para los discapacitados y eso ya supone un avance.

En el ámbito europeo (*vid.* Cardona Llorens, «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en Mariño Menéndez, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001), también ha habido una actividad considerable en este sentido a través del Consejo de Europa y de la UE. Fruto de esta labor puede destacarse la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 y la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para el tratamiento igualitario en el empleo y la ocupación (hay otras Directivas y Reglamentos que afectan a los discapacitados pero se ocupan de temas fiscales). La mencionada Directiva 2000/78 tiene la trascendencia de su carácter de norma comunitaria que determina que los Ordenamientos de los distintos Estados miembros han tenido que adecuar a sus disposiciones las propias normas internas.

⁴ Así, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE 2-12-2000).

⁵ Como muestra se puede señalar que existe un breve programa diario en la SER (15 o 20 minutos) que se ocupa de todo tipo de noticias sobre esa cuestión.

⁶ De hecho en un ámbito estrictamente jurídico son varios los trabajos sobre estas cuestiones que se han publicado y otros muchos que próximamente irán apareciendo. Igualmente, se han celebrado ya varias jornadas para aislar y discutir los problemas que se derivan de la protección jurídica de los discapacitados, como estas mismas en las que nos encontramos inmersos.

que a todos nos interesa una sociedad más justa, lo que pasa por tomar en cuenta que las personas con discapacidad son ciudadanos como cualesquiera otros, con sus mismos intereses y necesidades que, en la mayor parte de las ocasiones, encuentran más dificultades que los demás para alcanzar unos y satisfacer las otras.

En el año 1982 se promulgó una norma muy ambiciosa, la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). Transcurridos más de veinte años desde entonces, lo cierto es que muchos de sus preceptos no se han cumplido. En la actualidad los poderes públicos han tratado de dar un nuevo impulso a todas aquellas cuestiones que aún están pendientes, incluyendo otras nuevas que se han ido planteando a lo largo de estos años. El medio utilizado ha sido la publicación de un conjunto de normas, entre las que ahora quiero destacar dos: la Ley 41/2003, de 19 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y, aún más, una ley de ámbito nacional⁷, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad⁸ (en adelante LIONDAPD).

En esta última, el artículo 2 enumera los principios que inspiran la Ley, principios que, a su vez, habrán de estar presentes en otras normas de desarrollo:

■ *Vida independiente*

La situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al libre desarrollo de la personalidad.

■ *Normalización*

Las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, bienes y servicios que están a disposición de cualquiera.

■ *Accesibilidad universal*

La condición que deben cumplir entornos, procesos, bienes, productos y servicios, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad, y de la forma más autónoma y natural posible.

⁷ En un sistema jurídico en el que proliferan un sinnúmero de normas de CCAA supone un buen comienzo el que aunque éstas existan, a la vez haya una Ley de ámbito nacional que garantiza una cierta uniformidad de trato en un tema tan sensible.

⁸ Con mayor detalle sobre el contenido y significado de estas dos normas puede verse, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambroja, Álvarez Moreno y Represa Polo, coeditado por Ibermutuamur y Associació Catalana Nabiu, Madrid, 2004.

■ *Diseño para todos*

Lo presupone la accesibilidad universal, y es la actividad por la que se concibe o proyecta entornos, procesos, bienes, servicios o herramientas de tal forma que puedan ser utilizadas por la mayor cantidad posible de personas.

■ *Diálogo civil*

La participación en los términos que marquen las normas de las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias en todos los aspectos de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

■ *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*

Supone que las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas en materia de discapacidad no se limiten a planes o programas pensados exclusivamente para estas personas, sino que se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad en todas las políticas y líneas de acción general.

Todos estos denominados «principios» carecen de individualidad absoluta, en cuanto entramos en ellos comprobamos que se entremezclan constantemente. El diseño para todos está estrechamente unido a la accesibilidad universal y ésta a la normalización, sin todas ellas difícilmente podrá haber vida independiente, y para lograr hacer realidad todo lo anterior es indispensable el diálogo civil y la transversalidad de las políticas sobre discapacidad.

En realidad, no se trata de principios sino de líneas de actuación para lograr lo que sí es un principio que engloba todas esas líneas y que se menciona en otro precepto de la LIONDAP (el art. 3): el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación⁹.

Algún autor¹⁰ menciona también como principio el de la consolidación de los avances históricos respecto de los derechos sociales reconocidos a los discapacitados. La idea que subyace es que en algún momento se puedan promulgar nuevas normas que eliminen o limiten el contenido de prestaciones de carácter social sin que se sustituyan por una política social distinta, si es que para el Estado resulta demasiado gravoso de mantener, considerando la situación económica del momento. Desde luego es difícil aceptar algo así, de una parte porque se incide en derechos cons-

⁹ Para lograr la realidad de dicho principio hay que acometer todas esas líneas de actuación que se enumeran en la Ley.

¹⁰ LORENZO Y DUARTE, «Minusvalías y acción social», en Muñoz Machado y otros, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, 1997, págs. 645-646.

titucionales y, de otra, porque los derechos sociales reconocidos a los discapacitados no solamente recaen en el Estado, sino en otros sujetos.

En la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, una norma que tiene un ámbito objetivo mucho más restringido y concreto¹¹ que la LIONDAP, no se mencionan cuales son los principios que la informan, si bien en su Exposición de Motivos (I) se hace referencia a la igualdad de oportunidades. Ahora bien, del estudio de su articulado entiendo que puede colegirse la existencia de un principio de «interés superior» del discapacitado, o al menos de algunos tipos de discapacitados, principio paralelo¹² al del «interés superior del menor»¹³. Así se entienden los cambios que esta norma ha llevado a cabo en el ámbito del derecho de sucesiones, en los que hace prevalecer el interés de los discapacitados, frente al interés legítimo de sus colegitimarios, como, por ejemplo, sucede con la posibilidad de que se constituya un fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta siendo el fiduciario el discapacitado¹⁴, o con la facultad de legarle o donarle un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, sin que éste sea computable para el cálculo de las legítimas¹⁵.

2. Los principios que inspiran la legislación sobre discapacitados y reflexiones sobre alguno de ellos

Aunque en puridad no se pueda –como hemos visto ya– conceptualizar como verdaderos principios a todos los enumerados, el entrar con algún detalle en lo que significan puede resultar útil para ofrecernos una visión amplia de cómo se instrumenta en nuestro sistema jurídico la protección de los discapacitados.

2.1. Vida independiente

Probablemente, la primera condición para una vida independiente es el contar con los medios económicos para ello. El que una persona sufra

¹¹ Además la LPPD, en lo que respecta a las modificaciones del derecho de sucesiones, afecta únicamente al CC.

¹² En el propio CC, en distintos preceptos, aparece evidente ese paralelismo entre la protección de menores y discapacitados, dos colectivos especialmente necesitados de protección. En este sentido, arts. 216 y 224 CC.

¹³ Principio introducido expresamente en nuestra legislación a través de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. En el art. 2 de la misma se dice que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

¹⁴ Que en este caso tendrá que haber sido incapacitado.

¹⁵ Para poder hacer este legado o donación a favor del discapacitado, éste habrá de ser legitimario del causante.

algún tipo de discapacidad no le impide el desarrollo de todo tipo de trabajo, bien porque la merma en sus capacidades no afecta al desempeño del trabajo a realizar, bien porque con los medios técnicos adecuados se pueden salvar las dificultades que podría acarrear la discapacidad.

Tres son las formas en que puede abordarse la dotación de medios económicos para el discapacitado, de forma individual o conjunta:

La primera y que podríamos llamar más tradicional es el recurso a las pensiones o subsidios¹⁶. Aunque no sea lo más deseable hay que reconocer que en algunos casos es la única solución posible y en otros es indispensable como coadyuvante de otros sistemas.

La segunda sería la inserción laboral del discapacitado. Sin duda, esta ofrece muchas ventajas, pues la entrada del discapacitado en un puesto de trabajo además de darle medios económicos para subvenir (total o parcialmente sus necesidades) supone un paso importantísimo para su inserción social y un alivio para sus familiares, pues el tener algún grado de autosuficiencia es garantía de una vida mejor y además es un apoyo para su propia autoestima. Obviamente esta inserción laboral puede ir acompañada de algún tipo de subsidios cuando sea preciso.

La tercera vía para la vida independiente del discapacitado se puede alcanzar a través de que sus familiares o personas cercanas les aporten los medios para ello, bien con la creación de un patrimonio propio (separado o no), bien celebrando un contrato de alimentos o de renta vitalicia a favor del discapacitado. Este sistema no excluye la inserción laboral, ni –en su caso¹⁷–, la existencia de algún tipo de subsidio.

Evidentemente las medidas fiscales que favorezcan de una u otra forma¹⁸ a los discapacitados colaboran eficazmente a que éste obtenga los medios económicos que precise.

No es este el lugar ni el momento adecuado para hablar de los subsidios, y en cuanto a la creación y funcionamiento del patrimonio protegido del discapacitado o del contrato de alimentos son temas¹⁹ cuyo tratamiento queda fuera del ámbito de estas líneas. Lo que veremos ahora

¹⁶ A ellos se refiere el Título V de la Ley, de 7 de abril de 1982, de Integración Social de los Minusválidos y otras normas posteriores.

¹⁷ Cuando ese patrimonio o, incluso, patrimonio y trabajo no sean suficientes para cubrir las necesidades del discapacitado.

¹⁸ El discapacitado se beneficiará tanto de las ventajas fiscales que afecten directamente a su patrimonio como de los que se dispensen a las personas que aportan bienes para éste a título gratuito, pues no cabe duda de que funcionarán como incentivo para realizar dichas aportaciones.

¹⁹ Con respecto a ellos puede verse el trabajo ya mencionado en la nota 8, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, y respecto del contrato de alimentos, Gómez Laplaza, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», *RDP*, marzo-abril 2004, págs. 153-173.

serán algunas cuestiones en relación con el trabajo y los discapacitados, sin que ello implique entrar a fondo en ellas.

Nos interesa aquí la cuestión del trabajo de las personas con discapacidad tanto desde el punto de vista del acceso de los discapacitados a un puesto de trabajo digno como el de que exista alguna flexibilidad laboral²⁰ para las personas que tienen a su cargo un discapacitado que necesita de su atención²¹.

En cuanto a su acceso a un puesto de trabajo, ya en su día la LISMI (art. 38) instauró la obligación de las empresas públicas y de las privadas a contar con un número de trabajadores fijos que supere los 50 y de emplear un número de trabajadores discapacitados no inferior al 2%.

Sobre lo que ha supuesto hasta ahora la aplicación práctica de esa normativa es indicativo lo que se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de los Discapacitados. En ella, después de motejar de desalentador el panorama al respecto, se declara que, aun existiendo un mandato legal explícito y claro en la Ley de la Función Pública²², la realidad es el lamentable incumplimiento del mismo.

Ciertamente, podemos achacar ese fracaso a la falta de sensibilidad tanto de la Administración como del sector empresarial, pero aunque en ello exista cierta dosis de verdad, sería demasiado sencillo dejarlo ahí sin más. Hay que plantearse los medios a utilizar para favorecer la integración. Me referiré a tres en concreto:

1) La formación de las personas con discapacidad para poder desempeñar un trabajo correctamente. Formación que en ocasiones será la inicial y en otros casos en que la discapacidad se deba a un accidente o a una enfermedad sobrevenidas cualquiera de ellas ya en la edad adulta, obligarán a reconvertir la que en origen tenía el discapacitado. En la actualidad, hay entidades privadas que tienen ya una buena experiencia en la gestión de los llamados «talleres de empleo» para dar nueva formación a las personas con discapacidad (en particular física), que muchas veces gra-

²⁰ El TSJ de Galicia en su sentencia de 14-5-98 se ocupó de la reducción de la jornada laboral de un funcionario guardador de un menor discapacitado, reducción que según el art. 70.1.f de la Ley 4/98, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, puede ser de un tercio o incluso de media jornada.

²¹ En esta línea la LIONDAP (disposiciones adicionales 1ª y 2ª) modifica el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, ambas permiten períodos de excedencia (que no excedan de un año) para atender el cuidado de familiares que por distintas razones, entre las que destaca la discapacidad, no puedan valerse por sí mismos.

²² La Ley 23/1988, de 28 de julio, de la Función Pública dispone que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por ciento de las vacantes para ser cubierta entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%.

cias a ellas pueden encontrar nuevo trabajo²³, tanto dentro de los propios talleres como en cualquier empresa del sector.

2) La adecuación del entorno de trabajo a las características de las personas que han de desempeñarlo. Lo que se puede lograr entre otras formas²⁴ con obras o con instalación de mecanismos electrónicos que propicien dicha adecuación, o simplemente haciendo las adaptaciones necesarias a las herramientas de trabajo. Actuación ésta que entraría de lleno en otros de los principios enumerados por la LIONDAP, la accesibilidad, el diseño para todos y la normalización.

3) Por último, hay que señalar que para un sector de discapacitados (en particular los psíquicos) no basta con dar una formación que podríamos llamar profesional. Son personas que tienen dificultades especiales, pues carecen o tienen limitadas ciertas habilidades sociales. Además de tener la preparación adecuada para el trabajo que vayan a realizar, precisan que se les apoye en su inserción personal en el centro de trabajo. En este sentido, en algunas asociaciones que se preocupan de las personas con discapacidad se ha trabajado con un sistema en el que además de formar al trabajador discapacitado, también se procura una formación especial para los trabajadores que estén dispuestos a realizar esa labor de apoyo en el centro de trabajo, son los llamados tutores naturales que podría decirse que se ocupan de que la relación de trabajo se desarrolle sin problemas. La asociación, mientras tanto, no se desentiende ni del trabajador discapacitado ni de su tutor natural ofreciendo permanentemente asesoramiento y ayuda²⁵.

Los resultados obtenidos con este sistema son magníficos, lo que indica que el camino emprendido es el correcto.

Otro tema muy importante y directamente relacionado con la vida independiente es la de la guarda de los discapacitados que necesiten de

²³ Así, una de las grandes mutuas de accidentes de trabajo, IBERMUTUAMUR, lleva varios años gestionando este tipo de talleres, entre los que se encuentra una imprenta y especialidades muy ligadas con las nuevas tecnologías, como son el diseño de páginas web y el telemarketing. Otra de las entidades que trabaja en este campo es la fundación PAIDEIA creadora, entre otras actividades, de la empresa Trébore dedicada a jardinería y viveros.

²⁴ Otra posibilidad en casos de minusvalías menores o medias podría ser la simple adaptación de la prestación laboral a la discapacidad, buscando que lleve a cabo alguna labor que no se vea afectada por su discapacidad. En este sentido hay varias sentencias (recogidas por Peña López, *Jurisprudencia sobre personas con discapacidad, constitucional, civil, penal, administrativa, social*, Fundación Paideia, 2003), que se ocupan de esta concreta cuestión, así, la STSJ de Galicia de 14-4-1998 y 14-7-2000 y la STSJ de Navarra de 20-10-1995.

²⁵ Un ejemplo de esta actuación es la que viene llevando a cabo desde hace tiempo (1997) la Asociación Catalana Nabiu, para la integración laboral de las personas con inteligencia límite o *borderline* en las Administraciones Públicas.

ella, que obviamente no son todos sino un sector de éstos, pero probablemente se trata precisamente del sector que más necesidad tiene de apoyo²⁶.

Aunque a primera vista pueda parecer un sin sentido el que, hablando de vida independiente, se entre en instituciones de guarda, no es así. El principio de vida independiente ha de compaginarse con la protección que precise la persona con discapacidad. En muchas ocasiones eso pasa porque tenga algún tipo de guardador, dependiendo de las necesidades que en cada persona determine su tipo y grado de discapacidad. En nuestro ordenamiento jurídico aparecen figuras tradicionales como la tutela o la curatela y junto a ellas la nueva autotutela²⁷. Hoy que ya es posible en ciertas circunstancias poder diagnosticar en sus primeros estadios enfermedades cuya evolución normal dejará a quien la padece sin poder gobernarse por sí mismo, es muy razonable dar cobertura jurídica a las disposiciones que con sus facultades mentales completas tome el interesado para cuando llegue el caso. Una de las primordiales será el designar a la persona que se desea que desempeñe la propia guarda²⁸.

Ciertamente, estas figuras pueden resolver muchas situaciones, en particular, la tutela (ya sea la deferida por vía ordinaria, o bien la dispuesta por el propio discapacitado cuando gozaba de capacidad para hacerlo) puesto que permite una grandísima flexibilidad en cuanto a la actuación del tutor, quien, cuando así se disponga en la sentencia de incapacitación, podrá en ciertos casos actuar en representación del discapacitado, en otros actuar a modo de curador, esto es, prestando su asentimiento a actuaciones del discapacitado y dejar que éste actúe por sí sólo en el ámbito en que pueda hacerlo sin riesgo de sufrir perjuicios²⁹. En mi opinión, aunque las herramientas precisas, esto es, las figuras de guarda contempladas en nuestro sistema jurídico, están ahí, aún no se les ha sacado todo el partido posible. Probablemente porque, aún cuando la guarda de quien no puede gobernarse por sí mismo, total o parcialmente, ha de adecuarse totalmente a sus necesidades, lo cierto es que las sentencias de incapacitación

²⁶ Dentro de los discapacitados también hay grupos que sufren una mayor marginación que otros. Así, si a la condición de discapacitado se le suma el ser menor, mujer o perteneciente a una minoría étnica.

²⁷ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa Tributaria con esta finalidad, introduce la figura de la autotutela –que ya existía en el Código de Familia Catalán– en nuestro Cc (art. 223 CC).

²⁸ O simplemente señalar a qué persona se quiere excluir en cualquier caso de esa función.

²⁹ El art. 233 CC dice que: «El juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado...».

tación rara vez (por no decir nunca) se ocupan de establecer un régimen personalizado al detalle³⁰.

Pero en relación con las figuras de guarda se nos presenta siempre un aparente escollo: la necesidad de un previo procedimiento de incapacitación. En la mayor parte de los casos los familiares o allegados de las personas con discapacidad lo ven con prevención y desagrado, e incluso por evitarlo nos encontramos en bastantes ocasiones con situaciones de puro hecho en lugar de con guardas legales. Aunque ciertamente se podría reconsiderar todo lo referente al procedimiento de incapacitación, por ver si en algún extremo es posible retocarlo de modo que resulte menos traumático para los discapacitados y sus familiares, no es posible eliminarlo. Presumiéndose, como corresponde, que las personas mayores de edad tienen plena capacidad de obrar, cualquier restricción legal de la misma no puede efectuarse sin que existan las máximas garantías de que tal restricción sólo se producirá cuando sea necesario y ello vaya a redundar en beneficio del discapacitado que no pueda gobernarse por sí mismo. Tal garantía difícilmente podrá existir si no hay un proceso judicial con la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. Así, precisamente, ha de verse el procedimiento de incapacitación, como una garantía para la persona discapacitada que lo precise de que no se le va a mermar gratuitamente su capacidad, y que si es preciso hacerlo no se hará en mayor medida de la que estrictamente le convenga. Y además, no olvidemos que la constitución de una institución de guarda se acompaña de un control judicial de su desarrollo, también pensado como garantía de su correcto funcionamiento³¹.

Pero el caso es que posiblemente las instituciones de guarda existentes en la actualidad no cubran todas las situaciones posibles y sea conveniente plantearse *de lege ferenda* si no sería necesario el incluir una nueva figura que resolviera casos a los que no llegan las actuales o al menos no encajan en ellos tan bien como sería deseable. En este orden de cosas podría ser un buen punto de partida la regulación del Código civil alemán (BGB)³² en su Libro IV, Título II, en el que se regula la «asistencia» para los mayores de edad que no puedan valerse por sí mismos, bien en parte, bien en absoluto (parágrafos 1896 a 1908-i), con una perspectiva más actual que la de la normativa española.

³⁰ Un estudio completo sobre la jurisprudencia sobre discapacidad, es *Jurisprudencia sobre personas con discapacidad*, 2003, que patrocinado por la Fundación Paideia Galiza, ha realizado el Prof. Dr. de la Universidad de La Coruña D. Fernando Peña López.

³¹ Obviamente todas estas cautelas no se disponen por que exista una desconfianza frente a los familiares u otras personas que se ocupen del discapacitado que necesite de guarda, sino porque con ello se evita que exista siquiera la posibilidad de abusos.

En recientes estudios médico-psicológicos³³ se ha advertido que algunas personas discapacitadas no necesitan para poder gobernarse por sí mismas sino lo que se ha dado en llamar un apoyo intermitente, porque su discapacidad les permite llevar a cabo por sí solos la mayor parte de las actuaciones de la vida diaria, aunque puedan necesitar una cierta supervisión en momentos y aspectos concretos, supervisión que no siempre tiene que tener un contenido económico. Para estos casos puede ser que el someterlos a un procedimiento de incapacitación sea excesivamente traumático, aunque ello no puede significar eliminar unas garantías irrenunciables.

La propuesta que lanzo, obviamente necesitada de un estudio previo minucioso y –en su caso– desarrollo, sería establecer una nueva figura de guarda³⁴ a desempeñar por una persona física o jurídica³⁵ (como sucede con la tutela) para personas con discapacidad en grado leve³⁶. La discapacidad a la que me refiero y su grado se podría acreditar simplemente con un examen médico-psicológico del discapacitado que valore sus circunstancias, pero ello por sí sólo no podría justificar que se impusieran restricciones de capacidad a alguien. Así pues, habría de acompañarse del consentimiento expreso del discapacitado³⁷ para la constitución de dicha figura y la aceptación para su desempeño del familiar o allegado que sea o –en su caso–, de la institución que fuera. Las funciones de este guardador estarían delimitadas previamente en razón de la patología que presentara el discapacitado³⁸, pero en ningún caso podría actuar por éste.

³² Eiranova Encinas, *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

³³ Ver la revista del INSERSO que se ocupa de estas cuestiones.

³⁴ Con la legislación vigente en la mano no es posible privar, en cualquier grado de su capacidad, de obrar a nadie si no es mediando un procedimiento de incapacitación previo, y las medidas que puede tomar el propio discapacitado en ese sentido han de tomarse mientras tiene plena capacidad de obrar.

³⁵ Esas funciones pueden desempeñarse por familiares o allegados, en algunos casos por profesionales o por personas jurídicas que tengan entre sus fines el cuidado o protección de los diversos tipos de discapacitados.

³⁶ Para un grado más alto ya están las figuras que actualmente recoge nuestro Derecho en las que no es posible eliminar la previa incapacitación.

³⁷ El consentimiento del interesado (siempre con la capacidad suficiente para comprender y aceptar) es lo que permite ese grado siquiera leve de intervención de una persona en la vida del discapacitado. En el BGB, parágrafo 1896, se dice que la petición de que le sea nombrado un asistente puede presentarla incluso un incapaz para obrar.

³⁸ Así, por ejemplo, ocuparse de que la persona con discapacidad siga el tratamiento médico o los controles de su estado que más le convengan, que pueda ejercer algún tipo de supervisión, por ejemplo, por como administra sus bienes, respecto del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, etc.

Tampoco excluyo que pueda instrumentarse algún tipo de control³⁹ siquiera sea mucho mas leve que en la tutela.

2.2. Accesibilidad universal, normalización y diseño para todos

En la LIONDAP se define la accesibilidad universal, como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables para todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. La misma Ley señala que este principio presupone el de diseño para todos. Y aunque no lo diga expresamente se confunde con el de normalización, principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona. A ello hay que añadir que para alcanzar estos fines es necesario realizar una inversión pública y privada importante en actividades de investigación. Inversión que redundará no solamente en provecho de nuestra sociedad, sino que puede suponer una inversión económica de futuro, pues si se consigue una tecnología de buen nivel resultará altamente rentable su exportación para que se explote también en el ámbito internacional. En el art. 14 de la LIONDAP se dispone expresamente que las Administraciones Públicas promoverán la investigación en las áreas relacionadas con la discapacidad.

Para que exista una real igualdad de oportunidades para todos es inexcusable que los medios para lograrla estén también al alcance de todos. Unas veces se habrá de hacer adecuando o adaptando los diseños para todas las personas, lo que no tiene porqué presentar especiales dificultades. Así, por ejemplo, en los transportes públicos terrestres el diseño que evite que para acceder a ellos existan desniveles excesivos para personas con problemas de movilidad, ya sean discapacitados sin más o personas de edad avanzada. Otras veces una información exhaustiva sobre el entorno que sea orientada a los discapacitados puede ser una buena herramienta que facilite el acceso al mismo⁴⁰.

³⁹ Aún no tengo claro quien podría encargarse de dicho control, pues posiblemente el designar al juez sería cargar demasiado sobre él, pues en la práctica no tendría posibilidad de encargarse de llevarlo a cabo correctamente. Una alternativa sería la de que se ocuparan las asociaciones de familiares de personas discapacitadas en colaboración con las Administraciones Públicas.

⁴⁰ En este sentido podemos situar la edición por parte de algunas entidades de guías de servicios para discapacitados dentro de cada una de nuestras CCAA, o una guía para que minusválidos puedan seguir el Camino de Santiago.

Posiblemente, una forma de incentivar al sector privado a que su actividad comercial sea accesible para todos pasa por ofrecer algún tipo de ventajas, que tanto pueden ser publicitarias, como fiscales. Sin incentivos, los mayores costes que puede suponer la accesibilidad pueden dificultar que se impliquen de verdad en esa tarea.

No me referiré aquí a cuestiones de accesibilidad en relación con la vivienda, pero sí, por ejemplo, a la obligación que establece la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (Disp. adicional quinta)⁴¹ para que las Administraciones Públicas adopten las medidas, en un plazo que acaba el 31 de diciembre del 2005, para que se den unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social. En una sociedad como la nuestra se va haciendo cada vez más necesario el acceder a todas las nuevas formas de información y comunicación, que si son útiles para personas que no tengan discapacidades, se hacen esenciales para los discapacitados; el no acercarlos a esas tecnologías, *de facto* supone aislarles. De hecho, existe ya alguna entidad privada en la que se está trabajando sobre la accesibilidad de la información contenida en páginas web.

2.3. Igualdad de oportunidades y no discriminación

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ya se ocupaba de la discriminación por diversas causas entre las que se incluía la discapacidad⁴², y muchas de sus directrices⁴³ han tenido su reflejo en los preceptos de la LIONDAP. En ellos se dice que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzca cualquier tipo de discriminación, así como por el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

⁴¹ «1. Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada, de acuerdo con los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos, antes del 31 de diciembre de 2005. Asimismo, podrán exigir que las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien apliquen los criterios de accesibilidad antes mencionados. 2. Igualmente, se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y *software*, para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales».

⁴² En la Directiva se menciona la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

⁴³ La Directiva había de transponerse al ordenamiento español a más tardar el 2 de diciembre de 2003.

En la Ley se arbitran una serie de medidas de fomento⁴⁴ y defensa⁴⁵ contra la discriminación entre las que podemos destacar aquí alguna de las que suponen mayor novedad.

La indemnización o reparación por no respetar ese derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación⁴⁶ establece que no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*.

Cuando no es raro que las normas especiales excluyan indemnizaciones por daño que no tenga un contenido puramente económico, se menciona expresamente la indemnización por daño moral, señalando (art. 18.2 de la LIONDAP) que procederá aún cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Si el acceso a la justicia de todos los ciudadanos ha de ser una de las preocupaciones de los poderes públicos, la cuestión debe tener absoluta prioridad cuando afecta a colectivos especialmente necesitados de protección. Para favorecer dicho acceso a las personas con discapacidad en el art. 17 de la LIONDAP se encarga al Gobierno el establecimiento de un arbitraje especial⁴⁷ para el que se aportan las características esenciales. El precepto⁴⁸ dibuja un arbitraje que parece seguir el esquema del de consumo⁴⁹ ya plenamente introducido en nuestro país. Así, antes de promulgar su regulación se exige al Gobierno consulta previa a los sectores

⁴⁴ Medidas de sensibilidad y formación para fomentar la calidad, y de innovación y desarrollo de normas técnicas.

⁴⁵ Arbitraje, tutela judicial y protección contra represalias.

⁴⁶ La mencionada Directiva con respecto a la transgresión del derecho a la no discriminación, dice (art. 17) que las sanciones que para ello establezcan las leyes de los países miembros «han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

⁴⁷ La disposición final décimo tercera fija un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LIONDAP para la instauración del nuevo arbitraje especial.

⁴⁸ «1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias» (art. 17 de la LIONDAP).

⁴⁹ De hecho el texto del art. 17, salvando la mención de discapacitados y sus familiares en lugar de consumidores y asociaciones de éstos es prácticamente igual a la redacción original (pues la vigente tiene un nuevo apartado añadido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) del art. 31 de la LGDCU.

interesados y a las asociaciones de discapacitados y sus familias. Se dispone que será un procedimiento sin formalidades especiales, unidireccional puesto que solamente resolverá sobre las quejas de los discapacitados. Éstas han de recaer sobre igualdad de oportunidades y no discriminación y las resoluciones serán vinculantes y ejecutivas. Como es regla en los arbitrajes el someterse al mismo será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores interesados, organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones Públicas.

Si bien las semejanzas tan marcadas con el arbitraje de consumo hace que se pueda pensar que también el desarrollo de los discapacitados ocurrirá en paralelo al que ha tenido el de consumo, sin embargo existen algunas diferencias importantes entre uno y otro que habrán de tomarse en consideración al regularlo. Lo primero es que si bien en relación con los consumidores es fácil determinar quienes se integran en la expresión «sectores interesados» puesto que sabemos que las reclamaciones han de referirse al consumo de bienes o servicios; los comerciantes o empresarios y desde luego las Administraciones Públicas en cuanto que prestan servicios a los consumidores, no ocurre lo mismo en relación con los discapacitados. Ciertamente los discapacitados consumen como cualquier otro productos y servicios, son consumidores, pero, por ello, precisamente, sus quejas como tales se resolverán en el arbitraje de consumo, con la única posible excepción de que en tales relaciones de consumo se pueda dar cualquier tipo de discriminación o no se respete el principio de igualdad de oportunidades, pues ahí sí que sería posible acudir al arbitraje especial de discapacitados. Sin embargo, como regla, son otros los ámbitos en los que podrán surgir las reclamaciones de los discapacitados. Así, en todo lo relacionado con el trabajo de los discapacitados, esa discriminación puede presentarse tanto respecto a su acceso a un puesto de trabajo, como respecto del desempeño del mismo. Igualmente en lo que respecta a la vivienda o centro de trabajo de las personas con discapacidad en relación con la accesibilidad de los elementos comunes de una u otro. La obligación de realizar obras con ese fin e incluso de costearlas (dentro de unas cuantías limitadas), se impone a las comunidades de propietarios⁵⁰ sujetas a la Ley de Propiedad Horizontal⁵¹, como ahí se podrían plantear

⁵⁰ La obligación de costear las obras de accesibilidad necesarias aparece únicamente respecto de los inmuebles sujetos a propiedad horizontal, otros modelos de copropiedad no dicen nada de eso (*vid.* la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad).

⁵¹ Norma cuyo art. 10 ha sido modificado en este sentido por la LIONDAP.

litigios deberían considerarse a dichas comunidades sectores interesados pero no se ve muy bien como pueden ser oídas previamente a la regulación del arbitraje, ni tampoco como van a estar representadas en los órganos arbitrales que se creen.

La propia LIONDAP prevé que las solicitudes por parte del discapacitado para que se lleve a cabo un ajuste razonable de su entorno cuando quien esté en cada caso obligado a llevarlas a cabo considere que no son pertinentes podrán someterse al arbitraje especial previsto en ella.

Entre las medidas concretas contra la discriminación contempladas en leyes especiales podemos señalar, dentro de la Ley de Servicios de la Sociedad de la información (art. 8) que los órganos competentes para su protección⁵², en ejercicio de las funciones legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación de este tipo de servicios cuando esos mismos atenten contra una serie de principios, entre los que se encuentra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por diversos motivos, entre los que se menciona la discapacidad.

2.4. Diálogo civil

Pese a que los poderes públicos procuran la protección de los discapacitados, no es menos cierto que quienes se ocupan en mayor medida de esa protección y cuidado, y también el mayor sacrificio económico, son los familiares y allegados⁵³ de las personas con discapacidad (otras veces los propios discapacitados). Frecuentemente han sido sus iniciativas⁵⁴ y su esfuerzo los que han hecho avanzar en la práctica la legislación que se ocupa de este colectivo. Es indudable que son ellos quienes mejor conocen los problemas y necesidades de las personas con discapacidad. Por ello es esencial que participen en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, correspondiendo a las Administraciones Públicas asegurar tanto que dicha participación sea real y efectiva en todos los aspectos. Dicha participación se ha concretado recientemente en el RD 177/2004, de 30 de enero, por el que se determinan la composición⁵⁵,

⁵² Esta mención tan genérica de quien sea el legitimado para tomar las medidas restrictivas puede, en ocasiones, restar eficacia a lo preceptuado, por no existir un órgano concreto que tenga competencias de actuación directa.

⁵³ La mayor parte de las veces a través de asociaciones o fundaciones.

⁵⁴ Con ellas se intenta hacer conocer las características de los distintos tipos de discapacidad a través de estudios técnicos, así como la mejor manera de paliar sus carencias.

⁵⁵ La Comisión estará integrada por un presidente, dos vicepresidentes, once vocales y un secretario. Uno de los vicepresidentes será una persona designada por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de la asociación de utilidad pública

funcionamiento⁵⁶ y funciones de la comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que se ocupará fundamentalmente de supervisar la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Del mismo modo, habrá de contarse con ellos para la instauración del procedimiento arbitral especial al que antes me he referido, y para todo tipo de actuaciones.

2.5. Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad

Esta es una línea de actuación esencial pues si las acciones que desarrollan las Administraciones Públicas se limitan a establecer planes, programas o acciones pensados exclusivamente para las personas con algún tipo de discapacidad, todas las medidas que se tomen resultarán insuficientes puesto que siempre quedarán sectores o aspectos no contemplados. La transversalidad, en cambio, sin impedir que pueda haber programas o acciones pensados en exclusiva para este colectivo, implica que las políticas y líneas de acción general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, se tengan en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad. De este modo se consigue la efectiva igualdad de oportunidades. Así, si la Administración prepara un programa para acercar sus servicios a los ciudadanos a través de una información completa, esa información habrá de plantearse de forma que sea accesible con facilidad a todos los ciudadanos discapacitados o no.

De lo visto hasta ahora podemos concluir que las líneas de actuación para una integración social real de las personas con discapacidad están ya listas, ahora queda hacerlas efectivas por parte de los Poderes Públicos y de los ciudadanos en general, que han de colaborar plenamente en su ejecución, pero también en exigir a dichos poderes públicos el desarrollo y cumplimiento de las leyes al respecto.

No sirve de mucho legislar imponiendo la eliminación de barreras arquitectónicas en los edificios si, por ejemplo, cuando se solicita la licencia de apertura de un local destinado a consulta médica⁵⁷ o para un centro de ocio, se concede dicha licencia sin comprobar previamente que no existen tales barreras.

más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad. Además habrá cinco vocales en representación del sector asociativo.

⁵⁶ La efectividad de un órgano viene dada por los medios que se le asignan para conseguir sus propósitos, la comisión de protección patrimonial, según consta en la disposición adicional única del RD 177/2004, será atendida en su funcionamiento por la Secretaría General de Asuntos Sociales, que lo hará con sus medios personales y materiales.

⁵⁷ La sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 5-6-99 (RJCA 1999/1943) exige que para la apertura de un local destinado a clínica dental, aunque se haya obtenido

Recientemente⁵⁸ desde el Gobierno se han anunciado un paquete de medidas para promover la integración laboral de las personas con discapacidad, entre las que destacan: el destinar a esa cuestión una importante cantidad de dinero⁵⁹ que facilitará incrementar al 5% el número de plazas de empleo público reservadas a las personas con discapacidad, incremento en las ayudas destinadas a este colectivo, presentar un Libro Blanco sobre la Dependencia y también presentar en el Parlamento un Proyecto de Ley para la Atención de Personas Dependientes y Discapacitadas. Evidentemente el Derecho puede, y debe ser, un instrumento efectivo en la igualdad de oportunidades y no discriminación en todos los campos, pero especialmente en el de la discapacidad.

Ya he dicho al comienzo de este trabajo que la protección de los discapacitados es un tema que afecta a todos y no se trata de una aseveración *pro forma*. En nuestros días en que las expectativas de vida han crecido tanto, la calidad de vida en su etapa final se resiente, y ya en ciertas normas⁶⁰ se equipara a discapacitados con las personas que superen los 70 años. Por tanto, igual que es cierta la célebre frase del presidente Kennedy: «todos somos consumidores», lo es igualmente que «todos tendremos algún tipo de discapacidad», siempre que vivamos lo suficiente para ello.

Así, pues, si hay alguien que todavía no ha comprendido que la igualdad de oportunidades y la no discriminación ha de ser realmente para todos, para los que necesitan de asistencia tanto como para los que no la precisan, creo que el anterior puede ser argumento suficiente para que, siquiera egoístamente, piense en la conveniencia de implicarse a fondo en esa protección. 

licencia para abrir otro local con anterioridad, éste se encuentre adaptado para el acceso de minusválidos. En otros casos, es la propia Administración quien ha incumplido las normas referentes a eliminación de barreras arquitectónicas, así la STS (Sala 3ª) de 18-7-87.

⁵⁸ Con motivo del Congreso conmemorativo sobre el Año Iberoamericano de las personas con discapacidad, celebrado en León, el 25 de octubre pasado, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, el Sr. Caldera hizo el mencionado anuncio.

⁵⁹ Doscientos quince millones de euros.

⁶⁰ En particular, en relación con la accesibilidad.

LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

1. Concepto de unidad mínima de cultivo

El concepto de unidad mínima de cultivo, aunque con antecedentes bastante remotos en institutos jurídicos tendentes a la mejora de las estructuras fundiarias españolas, es como instituto jurídico de enorme importancia práctica, una consecuencia de la masiva aplicación de las técnicas de concentración parcelaria en la segunda mitad del pasado siglo XX.

En efecto, es no sólo el interés público que genéricamente existe en orden a la mejora de las estructuras agrarias, sino muy señaladamente el interés en conservar los resultados de una acción sobre fincas generalmente de propiedad privada, lo que justifica un límite de los derechos del propietario de la importancia del que nos ocupa, que afecta sobre todo a ese elemento esencial integrante de derecho de propiedad que es el derecho de disponer que contempla el artículo 348 del Código civil en su párrafo primero, comprimiéndole de modo muy radical.

En este sentido tuve ya hace años la ocasión de definir la UMC como *límite del derecho de propiedad sobre fincas rústicas con destino agrario, establecido en defensa de intereses públicos y que afecta a las facultades dominicales de dividir y segregar, impidiendo su ejercicio válido cuando tales operaciones vayan a generar parcelas de superficie inferior a la fijada como límite en la*

comarca de que se trate tanto para tierras de secano como de regadío, y que no resulte amparado por un cambio de destino regularmente llevado a cabo¹.

La definición legal está contenida en el artículo 23.1 de la LMEA en los siguientes términos: «A los efectos de esta Ley, se entiende por unidad mínima de cultivo la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, puedan llevarse a cabo con rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona».

Esta definición legal fue acertadamente calificada por el Prof. Sánchez Hernández como «imprecisa, mudable y variable en el tiempo»², características éstas debidas a su naturaleza predominantemente fáctica.

2. Consecuencias que deben seguirse de tal noción

Salta a la vista que la unidad mínima de cultivo no es una noción puramente formal como las nociones de finca en sentido registral, o la de parcela catastral, sino que atiende a las circunstancias materiales y de hecho de las fincas en relación con su cultivo, lo que desde el punto de vista jurídico tiene importantes consecuencias que no se deben olvidar, y entre las cuales cabe destacar las siguientes:

1^a.- Su fijación, que está atribuida por Ley a las Comunidades Autónomas, por el artículo 23.2 de la LMEA, que establece que «corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial», constituye un deber de tales administraciones públicas, que deberán cumplir con sujeción a los principios rectores de la actividad administrativa, y señaladamente de acuerdo con el principio de interdicción de la arbitrariedad, lo que supone que habrán de fijarse y actualizarse de acuerdo con criterios técnicos que no son discrecionales y son susceptibles de control jurisdiccional.

2^a.- Aunque parezca una cuestión obvia, la aplicación de la normativa de unidades mínimas de cultivo afecta a la propiedad de parcelas con destino agrario, lo que implica la necesidad de que concurren dos presupuestos que son por una parte la cualidad de rústico del suelo de que se trate, que es una cualidad jurídica, y por otra parte que se trate de suelo cultivable en su totalidad y de forma unitaria o simultánea, lo que cons-

¹ J. DE LA CUESTA SÁENZ, «Régimen de las unidades mínimas de cultivo», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, 3 (1997), pág. 59.

² A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La unidad mínima de cultivo y el régimen del suelo no urbanizable», *Derecho Agrario y Alimentario*, n.º 30 (1997), pp. 47 y ss.

tituye una cuestión de hecho apreciable por los sentidos. De no concurrir ambos presupuestos las operaciones de división o segregación de una finca inferior a la unidad mínima de cultivo, no ponen en peligro el interés general protegido por estas normas, aunque puedan contravenir normativa de otra naturaleza (señaladamente de naturaleza urbanística), y en consecuencia las parcelas rústicas en que se asienten edificaciones, case-ríos, eras y similares no caen bajo la prohibición del artículo 24 aunque sean terreno rústico, porque su destino permanente ya no es el cultivo en su totalidad y, en consecuencia, no se puede considerar el rendimiento de unas labores de cultivo inexistentes. Cabe, pues, la segregación y división de la parte no cultivable, con independencia de que la parte supere o no la superficie de la unidad mínima de cultivo.

3ª.- Las excepciones a las prohibiciones de dividir y segregar, obedecen a esa misma inspiración de lograr unidades de cultivo más eficientes, y deben ser apreciadas con exquisita contemplación de la realidad física y agronómica de las fincas, y no de un modo exclusivamente formalista, máxime teniendo en cuenta que se trata de normas restrictivas de derechos individuales y limitativas de las facultades dominicales.

De nuevo parece que se afirma algo obvio, pero desgraciadamente la cuestión no es tan simple como parece, porque la configuración física de muchas fincas que son unidades mínimas de cultivo o que, sin serlo, pueden por división o segregación dar lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo de que se trate, puede no responder a esa función de cultivo como una sola finca. La superficie es un dato muy relevante pero no es el único dato a tener en cuenta y puede no ser un dato decisivo.

Así pues, aunque el concepto de unidad mínima de cultivo se refiere a fincas y no a explotaciones, lo que sería sin duda más ambicioso y respondería al superior estadio de la concentración de explotaciones y no meramente concentración parcelaria³, lo cierto es que conecta con la idea de explotación por cuanto está referida al cultivo, cuyas unidades no tienen por qué coincidir con las fincas en sentido registral ni con las parcelas catastrales. En efecto, una finca registral o una parcela catastral de superficie holgadamente superior a la unidad mínima de cultivo puede encubrir realidades materiales que le impidan ser cultivada como una sola finca e incluso que obligue al cultivo en unidades inferiores a la unidad mínima de cultivo. Piénsese en cursos de agua naturales, o canales de riego artificiales, o incluso en barreras naturales como setos o árboles que rompen la continuidad del terreno a efectos de cultivo de modo tendencial-

³ Reto que ya ha sido asumido por alguna legislación autonómica como la de Cantabria, y que fue en primer lugar propugnado por A. Ballarín Marcia, en *Operación Jovellanos, propuestas de reforma para la agricultura española*, ed. MAPA y Consejo General del Notariado, pág. 39, Madrid, 2000.

mente definitivo. Tales realidades hacen imposible el cultivo de tal finca como una sola finca y en rigor, infringen el concepto material de unidad mínima de cultivo. Sin embargo, tales fincas no son infrecuentes, ni siquiera en zonas que ya se han beneficiado de la concentración parcelaria, bien porque así se configuraron originariamente, o bien porque plantaciones o puestas en regadío u otras mejoras subsiguientes las han llevado a tal estado físico.

Respecto de tales situaciones de previa y solapada infracción de la unidad mínima de cultivo hay que indicar que una actitud cuidadosa puede evitar que se generen en operaciones de concentración y mejora afrontadas por administraciones públicas, pero cuando se generen por la actividad de mejora privada, difícilmente pueden ser conocidas por los funcionarios y autoridades que deben de velar por el cumplimiento de la unidad mínima de cultivo, y aun siendo conocidas difícilmente serán evitables, porque el artículo 24.1 de la LMEA prohíbe la división y la segregación entendidas como operaciones jurídicas, material la una y formal la otra, pero no prohíbe actuaciones puramente fácticas y no sometidas a autorización alguna como las mejoras de cualquier tipo que impidan en lo sucesivo el cultivo de una finca como un todo único.

Pero no se trata aquí de denunciar la existencia y la imposible o al menos muy difícil erradicación de infracciones ocultas de la unidad mínima de cultivo, toda vez que en algún modo y en alguna medida se ven compensadas tales infracciones con las mejoras que las originan. Y así, por ejemplo, si la canalización que divide una finca en partes inferiores a la unidad mínima de cultivo de secano en la zona, parece infringir formalmente la normativa que nos ocupa, lo cierto es que podrá dar lugar a una finca no cultivable como tal, pero sí cultivable en cambio como dos fincas de regadío, que aun siendo también inferiores a la unidad mínima de cultivo en regadío, mejorarán probablemente la productividad de la finca originaria.

Lo que parece más peligroso para el derecho de propiedad y para la finalidad de interés general de la unidad mínima de cultivo es que la falta de percepción por los funcionarios que están encargados de velar por su cumplimiento de esas condiciones físicas y materiales de las fincas en relación con su cultivo, dificulte o haga imposibles operaciones cuyo resultado es palmariamente positivo para las explotaciones agrícolas afectadas.

Ejemplo extremo (y real) de lo anteriormente apuntado es el caso de una finca registral dividida materialmente por una canalización, cuyo propietario, que lo es de las parcelas colindantes en el margen izquierdo del canal, desea dividir y segregar la parte de la finca situada en el margen derecho para venderla al propietario de las fincas colindantes en ese mismo lado derecho del canal, de modo que resulta muy beneficiada la situación del conjunto.

Formalmente puede que su intención choque con la prohibición del artículo 24.1 de la LMEA y no se vea literalmente amparada en la excepción que consagra el artículo 25.1 a) del mismo texto legal que permite la división o segregación en el supuesto de «cualquier clase de disposición a favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión a la unidad mínima de cultivo», porque en rigor va a resultar al menos una finca en sentido registral inferior a la unidad mínima de cultivo.

Pero no hay que olvidar que el privatista no debe acogerse al trazo grueso, sino a la mejor composición de los intereses en juego, y en este caso en interés de los particulares coincide con el interés general y no entra en conflicto con ningún otro interés particular, hasta el punto de que el supuesto es una verdadera concentración privada, y puede ser una concentración de explotaciones y no meramente parcelaria. No hay ni tan siquiera que proceder a composición alguna, porque todo apunta en la misma dirección: las resultas de esa segregación y venta son beneficiosas desde cualquier punto de vista que se adopte.

Pues bien, el Registrador de la Propiedad, celoso guardián de intereses públicos, suspende la inscripción e informa a la instancia administrativa competente de la infracción de la unidad mínima de cultivo con base en los artículos 79 y 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de Julio, de normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, originando un procedimiento realmente peculiar, que puede poner en peligro que los particulares persigan y alcancen por sus medios fines de interés privado y público simultáneamente.

3. El error del legislador y sus causas

De lo anteriormente tratado se desprende un cuadro poco tranquilizador para el agrarista, especialmente si se aprecia que la aplicación de la unidad mínima de cultivo ha pasado a inscribirse en la regulación de los actos de naturaleza urbanística. No deberían, creo, mezclarse cuestiones como la lucha contra la parcelación urbanística ilegal, para la que todos los medios son pocos, y la defensa de la unidad mínima de cultivo, que requiere tener presentes, por una parte la noción material de unidad mínima con los presupuestos antes señalados, y por otra parte la realidad física de las fincas sobre las cuales debe de aplicarse.

Y así, está claro que el Registro de la Propiedad puede velar con toda precisión por el cumplimiento de las reglas urbanísticas sobre parcelas indivisibles, que no requiere otras constataciones que las que refleja el

folio registral, pero pierde esa precisión cuando se trata de considerar la realidad física de las fincas y sus condiciones de cultivo que no tienen por qué venir reflejadas en la documentación pública que accede al Registro de la Propiedad. Esa pérdida de precisión afecta sin duda al logro de los fines que persigue la unidad mínima de cultivo, y puede ser una cortapisa muy difícil de superar para operaciones de concentración privada.

Sin embargo, la actividad del Registrador de la Propiedad es, en principio, meramente cautelar. Se limita a suspender la inscripción y exigir la correspondiente licencia municipal o declaración de no ser necesaria, lo que ya supone para los particulares un coste importante y un retraso en la titulación, y también remitir copia de los documentos presentados «a la administración agraria competente», que puede resolver, o bien entendiendo subsumible la segregación o división en las excepciones del artículo 25 LMEA, o por el contrario, no subsumible y declarándolo en consecuencia nulo.

Dice el artículo 80 del RD 1093/1997 «si dicha administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones...», de modo que parece que no puede tal Administración Pública, si no es a través del silencio administrativo que la propia norma establece en cuatro meses, entender simplemente que no es aplicable la prohibición de la división porque la finca no es rústica o no es de cultivo, o no es una sola finca en sentido agronómico, sino que estaba ya dividida, por ejemplo, por una canalización.

La norma es de un simplismo estremecedor y odioso, porque todo ello ocurre en detrimento de las facultades de los propietarios, que en el mejor de los casos va a ver encarecido y muy retrasado el buen fin registral de su operación de mejora agraria, que no urbanística en la hipótesis que contemplamos.

Pero hay algo todavía más llamativo y alarmante para el jurista de derecho privado acostumbrado a una mayor finura, y esto es que se faculta a las administraciones agrarias competentes para adoptar «el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto». Alguien que crea que el derecho de propiedad es lo que dice el artículo 348 del Código civil pensará en los límites a los que este artículo se refiere, cuya contravención puede originar una nulidad radical o de pleno derecho declarada por el Juez, pero no por una autoridad administrativa.

Y así es, sin duda, pero es que además, ese acto administrativo, es necesariamente ciego ante las realidades que venimos indicando, porque lo es la propia norma en que se basa. Nada más clarificador a tal efecto que el comentario del artículo 80 del RD que lleva a cabo Arnaiz Eguren⁴.

⁴ R. ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2ª ed. Pons, 2001, págs. 590 y ss.

Para empezar, el citado autor reproduce a modo de concepto legal de unidad mínima de cultivo el artículo 23 de la LMEA omitiendo el pasaje «para que las labores fundamentales de su cultivo utilizando los medios normales y técnicos de producción puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio», sustituyéndole por un paréntesis con puntos suspensivos entre la apertura y el cierre. No es, ciertamente, un buen comienzo para un discurso jurídico agrario el preterir el núcleo de la definición legal sin la cual, es la unidad mínima de cultivo una subespecie de la finca registral solamente cualificada por la superficie, y por ello todo el discurso del citado autor queda irremediablemente lastrado por esa deliberada omisión. Es claro, que para el citado autor la unidad mínima de cultivo es un concepto puramente formal que se expresa en unidades de superficie de sistema métrico decimal, como lo es la finca en sentido registral o la parcela catastral, pero lo más preocupante es que también el redactor del RD que nos ocupa comparte esa visión, porque de otro modo el artículo 80 contendría un procedimiento con audiencia de los interesados (partes del negocio y Notario autorizante de la escritura), a lo largo del cual podría dilucidarse si es cierto o no, y hasta que punto lo es en su caso, que se ha contravenido el artículo 24 de la LMEA.

Y eso explica que no conciba otra posibilidad que la aplicación de las excepciones del artículo 25 LMEA, a modo de subsunción automática de lo reflejado en la escritura cuya copia se remite por el Registrador de la Propiedad, o alternativamente la declaración de nulidad de pleno derecho.

Nos encontramos, pues, ante un atropello de la más elemental sensibilidad jurídica que consiste en que hay un procedimiento iniciado de oficio por el Registrador de la Propiedad, que ha de resolver la autoridad administrativa competente, sin audiencia de los interesados y que en principio, sólo puede terminar o bien por la apreciación de la concurrencia de las excepciones (¿por qué no la hace el Registrador de la Propiedad y ahorra así un largo procedimiento al interesado?), o bien por la declaración *administrativa* de la nulidad del acto.

No parece posible acumular más disparates en contra de los propietarios de fincas rústicas y de su ejercicio de la autonomía privada, y todo ello en aparente defensa de un interés público agrario cuya real presencia nadie va a molestarse en apreciar.

Terminado este procedimiento administrativo extravagante y estafalario, la Administración agraria competente «remitirá al Registrador de la Propiedad certificación del contenido de la resolución recaída», que en el supuesto de declarar la nulidad del acto «denegará la inscripción». Hay, pues, todo un procedimiento administrativo en el seno de la administración agraria que se produce a instancia del Registrador de la Propiedad, y que *inaudita parte*, puede concluir con la declaración de nulidad del acto y la denegación de su inscripción, tal vez medio año después de que los

interesados acudieran inocentemente a presentar al Registro de la Propiedad su escritura pública, y sin que nadie se haya molestado en comprobar la situación de hecho de las fincas implicadas, que es realmente el único dato decisivo para saber si se infringe la unidad mínima de cultivo o por el contrario se mejora notablemente el cultivo de las parcelas, cosa que, paradójicamente, puede que ocurra en la realidad⁵.

Pido al lector disculpas por no enumerar todos y cada uno de los principios constitucionales de derecho formal y de derecho material, así como toda la legislación de cualquier naturaleza que es claramente infringida por semejante norma y por sus actos de aplicación. Me voy a limitar a señalar sólo sus aspectos más notorios centrándome en la falta de audiencia de los interesados, la falta de competencia de la administración para declarar la nulidad de los negocios jurídico privados, y la absoluta falta de consideración de lo que es el núcleo de la cuestión: el interés público a la mayor eficiencia de la actividad agraria. La verdad es que la indignación que al agrarista debe de producir el mero hecho de que sea una norma sobre actos urbanísticos la que regule la cuestión, se ve corroborada por la absoluta falta de atención.

Pero lo más sangrante es la discriminación con el trato que se brinda por el legislador a quienes infringen la normativa urbanística que pone de relieve la lectura del artículo 79.3 del RD 1093/1997 que dice en un procedimiento similar sobre parcelación urbanística lo siguiente: «si el Ayuntamiento remitiere al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que se afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano, se denegará la inscripción de las operaciones...». Aquí sí se respeta el principio de audiencia del interesado, y nadie se atreve a declarar nulo nada, sino a lo sumo peligroso o, digamos, sospechoso.

¡Qué diferencia entre lo rústico y lo urbano! Pero, veamos como se explica la diferencia por algún comentarista. Arnaiz Eguren nos dice lo siguiente⁶: «en este punto la técnica establecida por el artículo, cuando la Administración responde expresamente a la notificación del Registrador, difiere radicalmente de la señalada en el artículo 79. En efecto, como vimos antes, la respuesta del órgano urbanístico en caso de posible parcelación ilegal puede producir efectos distintos, según su contenido, pero en todo caso, para provocar el cierre registral al acto de fraccionamiento

⁵ Esta interpretación es la defendida por Arnaiz Eguren, *op.cit.*, pág. 595: «la determinación concreta de la licitud del negocio a quien realmente le corresponde esa la administración agraria competente, y este es el sentido que hay que dar a los términos adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o declarase la nulidad, que, evidentemente no son muy afortunados desde el punto de vista técnico».

⁶ Obra citada, pág. 596.

o de enajenación debe solicitar anotación preventiva con alcance de prohibición de disponer. En cambio cuando la administración agraria contesta en el sentido de que el objeto del fraccionamiento es ilícito y, por tanto, el acto nulo en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley 19/1995, el Registrador debe sin más denegar la inscripción, lo que supone el cierre registral directo, sin necesidad de practicar ningún asiento especial».

Parece el comentarista conforme con la discriminación que se basaría en que la declaración de nulidad plena del acto puede ser declarada *inaudita parte* por la administración agraria, y no produce indefensión porque el interesado puede recurrir en vía contencioso-administrativa, en cuyo caso el interesado puede instar la anotación preventiva⁷. No parece conmovirse ante la falta de audiencia y de recursos administrativos, que no se sabe por qué, quedan fuera del enfoque del citado autor, que se olvida de los recursos de reposición y de alzada, en los que algo de luz se podrá arrojar sobre el acto división o segregación cuya eficacia se discute.

Hay, pues una actitud autoritaria frente al agricultor, y una actitud más comprensiva en principio para el parcelador ilegal, o que tal parece a la autoridad municipal. Incluso parece que hay prepotencia sobre el humilde y servilismo hacia el poderoso, ya que el primero actúa ineficazmente según declara la administración con presunción de legalidad, y el segundo actúa sólo de un modo sospechoso cuya peligrosidad se puede conjurar con una anotación preventiva. No debemos pensar, por más que haya tentaciones para ello, que se decreta el cierre del Registro para el asiento humilde y solitario, y su apertura en principio para el asiento registral sustancioso y seguido tal vez de amplia cohorte en momentos posteriores.

La verdad es que como privatista, nunca me he sentido especialmente reivindicativo, porque tratándose de relaciones entre privados parece impropio hacer acepción de personas, y discriminar entre ellos por razones profesionales. Pero es que en este caso la discriminación se hace por el legislador y se considera aceptable por comentaristas, y por eso mismo a fuer de civilista me siento especialmente preocupado y legitimado para reivindicar el trato igual, porque no se concibe la justicia sin igualdad de trato.

No hay razón alguna de tipo jurídico para tal discriminación. Muy al contrario, el Registro es mucho más válido para controlar la actuación urbanística, que siempre es cuestión formal y de derecho, que para controlar algo como la unidad mínima de cultivo, que es una cuestión de índole fáctica. Así, otros estudiosos del fenómeno de la parcelación⁸,

⁷ ARNAIZ EGUREN, obra citada, pág. 597.

⁸ P. GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, P.A. ROMERO CANDAU, *Las parcelaciones en el derecho español*, editorial Comares, Granada, 1993, pág. 126.

entienden que no sólo la calificación de la parcelación como agraria o no, es cuestión, de hecho, sino que la unidad mínima de cultivo es también una noción sobre todo fáctica. Siendo así, no se justifica en absoluto la diferencia de trato, puesto que es posible para un Registrador conocer la infracción de la parcela urbanística indivisible que regula el artículo 81 del RD 1093/1997 en cuanto deriva de la superficie y la edificabilidad, en tanto que es rigurosamente imposible para él conocer la infracción de la unidad mínima de cultivo y sus excepciones, que no se deducen necesariamente de los datos que obran en poder del Registrador y que este remite a la administración agraria competente para seguir un procedimiento administrativo restrictivo de derechos individuales y privado de las más elementales garantías. La diferencia estaría, por lo tanto, más justificada en sentido contrario, aunque lo que hay que postular es que todos gocen de un mismo tipo y nivel de garantías.

Y no se piense que lo anteriormente tratado ocurre sólo cuando no hay pronunciamiento favorable del municipio (la licencia municipal o la declaración de su innecesariedad), porque para mayor alarma, también es posible que ocurra mediando licencia municipal. Basta para ello consultar el caso que dio lugar a la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de Marzo de 2004 (BOE de 24 de Abril de 2004). En tal caso, la segregación y venta de una parcela de 603 m² con una vivienda familiar edificada y con las correspondientes licencias municipales de segregación y edificación, fue declarada nula por la administración agraria, en procedimiento iniciado por el Registrador de la Propiedad con base en la infracción de la unidad mínima de cultivo sin que apreciase la concurrencia de la excepción prevista en el artículo 25 b) de la LMEA, y en consecuencia el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción. Los otorgantes de la escritura pública interpusieron recurso gubernativo contra la calificación registral que es estimado en la citada Resolución, que entiende que sí concurre la excepción del artículo 25.b) de la LMEA mediando las correspondientes licencias urbanísticas otorgadas por la corporación municipal competente para ello.

Ese pronunciamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es, sin embargo, muy tranquilizador respecto de la salvaguarda de los intereses en juego, tanto públicos como privados, porque no declara la validez del acto, sino solamente su acceso al Registro de la Propiedad, y muy especialmente además porque denota la absoluta inseguridad en que se halla quien ejerce facultades dominicales sobre una finca rústica, ya que sus actos se ven sometidos a la calificación de al menos cuatro funcionarios y organismos públicos: 1) calificación notarial, que autoriza bajo el supuesto de concurrencia de las excepciones del artículo 25, o partición judicial en su caso de parcelas que no son de cultivo. 2) Sometimiento por parte del Registrador de la Propiedad de la divi-

sión o segregación a control de las autoridades competentes en materia urbanística. 3) Sometimiento por el mismo Registrador de la Propiedad a control por la autoridad competente en materia agraria. 4) Calificación por el mismo Registrador de la Propiedad.

De modo que el reflejo registral de sus actos dominicales (con las consiguientes secuelas sobre el crédito del adquirente) va a depender del juicio unánime de cuatro diferentes instancias: Notario o Juez, Ayuntamiento, Administración Agraria y Registro de la Propiedad, sin audiencia del interesado en dos de ellas (Registro y Administración Agraria), y con la menguada garantía y el largo y costoso procedimiento que supone el recurso gubernativo y la posterior acción ante la jurisdicción ordinaria, o el recurso contencioso-administrativo, en las que por fin podrá controlarse en alguna medida la aplicabilidad de la prohibición de división y segregación o de las excepciones legales a la misma.

En fin, es un itinerario jurídico poco deseable para cualquier persona, porque puede tardar mucho en saber si es aplicable la normativa urbanística o la agraria, y si ésta se va a entender en su cabal sentido como una cuestión de simple cabida de las fincas resultantes, ajena por completo a si se cultivan o no y en de qué modo se cultivan.

Así las cosas, la rectificación de linderos mediante segregaciones y permutas voluntarias, y otras formas de mejora de las estructuras susceptibles de emprenderse por los particulares, es difícil que lleguen ni tan siquiera a plantearse, y lo mismo ocurrirá con el poco utilizado retracto del artículo 27 de la LMEA. Sólo cambiarían las cosas para los titulares de los predios implicados cuando en ellos dejase de escucharse el canto de las aves, ahogado por el poderoso rugido de las máquinas de movimiento de tierras con vistas a la urbanización, es decir, cuando el rumor augusto de lo urbano sustituya los gratos ruidos del campo en esa comarca.

Creo que una situación como la descrita difiere mucho de lo que podía esperarse de la aplicación de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Hay que recordar que la sanción de nulidad de las divisiones y segregaciones realizadas con infracción de la unidad mínima de cultivo, fue saludada como una necesaria clarificación de la contradicción existente en la legislación precedente, que afirmaba primero la nulidad radical del acto, y sancionaba más tarde el acto con derechos de retracto que presuponían su validez⁹. Esta clarificación, que había consagrado ya alguna Ley autonómica, como la Ley de Concentración Parcelaria de Castilla y León de 1990, no era desde luego interpretada por la mejor doctrina como creadora de un control de legalidad meramente adminis-

⁹ Por todos F. CORRAL DUEÑAS, «Comentario a la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», *Derecho Agrario y Alimentario*, n.º 27 (1995), págs. 16 y 17.

trativo y capaz de anular actos jurídico-privados, y tampoco debería ser interpretada así tras la entrada en vigor de la desafortunada norma complementaria del Reglamento Hipotecario que es el artículo 80 de RD 1093/1997.

4. El problema de la fijación de la superficie

Con anterioridad a que suscitase por determinadas interpretaciones del RD, 1093/1997 el conjunto de cuestiones que se han venido tratando, el principal problema que planteaba la unidad mínima de cultivo, una vez que las Comunidades Autónomas fueron habilitadas para fijar su superficie, era el de la aplicabilidad subsidiaria en los casos en que no se hubiese procedido a tal fijación, de las superficies establecidas en la Orden Ministerial de 27 de Mayo de 1958. A tal respecto, la falta de derogación expresa de esa norma hacía posible su aplicación en tales casos, lo que fue defendido por autores como el llorado Corral Dueñas¹⁰, y ratificada por pronunciamientos jurisprudenciales como la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1988. Lo cierto es que el problema persiste, y el desfase de las superficies fijadas en 1958 es notable en el estado actual de la tecnología y la evolución de las explotaciones agrarias españolas. Pero, mientras subsista el problema de falta de ejercicio de las competencias autonómicas en la materia, la aplicabilidad de la vieja Orden Ministerial seguirá siendo la doctrina más segura, aunque la defensa del interés protegido por la unidad mínima de cultivo sea, así, menos eficaz.

5. Conclusiones

De todo lo expuesto se infiere que no puede ignorarse en materia de unidad mínima de cultivo la verdadera naturaleza del instituto, predominantemente fáctica, sin que tal olvido deje de acarrear consecuencias muy negativas para el ejercicio de la autonomía privada y para el cumplimiento en ocasiones de los fines de interés público que persigue su regulación.

Tampoco parece que resulte apropiada la aproximación, aunque sólo sea topográfica, de su regulación a la materia urbanística. La verdad es que tienen muy poco en común, y la discriminación que ha introducido el Real Decreto 1093/1997 en sus artículos 79 y 80, entre otros, es inaceptable y podría incluso tildarse de ofensiva respecto del ejercicio del derecho de propiedad sobre fincas con destino agrario, en comparación con el tra-

¹⁰ *Loc. Cit.* en nota precedente.

tamiento que se brinda en el artículo 79 a quien presuntamente realiza una parcelación ilegal.

Pero si la norma reglamentaria es infeliz por las razones que sumariamente se han expuesto, lo que ya resulta pura y simplemente disparatado es la interpretación que se viene haciendo del citado artículo 80 del RD 1093/1997: el «acuerdo pertinente sobre nulidad del acto», no debe interpretarse como una declaración de nulidad en vía administrativa.

Bien es verdad que el propio precepto se presta a esa interpretación, puesto que más adelante afirma «en el supuesto de que la resolución citada declare la nulidad». Pero esa posibilidad es engañosa: está por completo fuera de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que remite, de acuerdo con su Ley reguladora –y tal jurisdicción no puede recibir esa competencia de una norma reglamentaria–, el declarar otra cosa que la validez o nulidad de actos administrativos. Los actos jurídico civiles (a veces judiciales) como las segregaciones, divisiones, compraventas o permutas a las que nos referimos no pueden ser declarados nulos administrativamente, y menos aún sin procedimiento.

Si se entiende así, el artículo 80 del citado Real Decreto sería nulo de pleno derecho y recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor del artículo 1.1. de la Ley 29/1998 de 13 de Julio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y, sin embargo, se contarán ya por centenas tal vez las resoluciones de nulidad dictadas por los órganos de las CC.AA. dedicados a la Estructuras Agrarias, que con tan feble apoyo ponen a sus destinatarios en una situación muy complicada de difícil solución por vía de recursos administrativos.

A mi juicio la única interpretación que dejaría a salvo de toda sospecha al artículo 80 del RD 1093/1997 consistiría en entender que la resolución sobre nulidad del acto, no fuese otra cosa que la orden de incoar por los servicios jurídicos correspondientes las pertinentes acciones de nulidad al amparo del artículo 6º del C.c., ante la jurisdicción ordinaria y por los trámites de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil. Otra interpretación comporta una grave falta de respeto a las más elementales garantías, más aún teniendo en cuenta que no hay audiencia de los interesados en contra de lo preceptuado por el artículo 84 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Urge, pues, tener en cuenta este insatisfactorio estado de cosas e imponer la cordura por vía interpretativa. 

O DEREITO AGRARIO GALEGO

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de dereito civil da Universidade da Coruña e director da EGAP

1. Presentación

Permítanme, en primeiro lugar, que faga unha breve referencia ao dereito agrario na Constitución europea. A tradución española non emprega a expresión *derecho agrario* e nin sequera utiliza a palabra *agrario*, senón *agrícola*. Respecto do dereito dise que «La ley o ley marco europea establecerá la organización común de mercados agrícolas prevista en el apartado 1 del artículo III-228, así como las demás disposiciones necesarias para perseguir los objetivos de la política común de agricultura». Seguindo con cuestións terminolóxicas, a Constitución europea define o que son os produtos agrícolas e dedica a súa atención a outras cuestións relacionadas coa política agrícola común, co mercado interior de produtos agrícolas, coa organización común dos mercados agrícolas, cos fondos de orientación e de garantía agrícola, etc.

Hoxe no século XXI ninguén alberga a menor dúbida de que a agricultura e o dereito forman un binomio inseparable ao longo e largo da historia da humanidade. O feito agrario arranca coa aparición do home e comportou unha inicial forma de vida e de alimentación, unha dependencia cara a uns recursos naturais espontáneos que daba a terra.

O feito agrario non é así un mito, nin realidade pasaxeira. É un proxecto de vida no tempo, que como todo feito social, enxendrará un feito

xurídico que producirá un campo infinito de consecuencias xurídicas. Así, acadaremos o concepto de *agricultura* como ordenación primaria das regras xurídicas, á vez que sociais, técnicas, culturais e, desde logo, xurídicas no fin.

O dereito agrario refírese, en xeral, á regulación da empresa agrícola e á reforma das estruturas agrarias, afectando, desde logo, a parcelas da vida dos cidadáns que repercuten dunha maneira moi directa no seu contorno inmediato, como a propiedade, o aproveitamento da terra e os contratos, singularmente os arrendamentos rústicos.

Por conseguinte, o dereito agrario ten como ámbito a regulación de todo o concernente á explotación ou ao aproveitamento agrario axeitado para a obtención de produtos agrícolas, gandeiros e forestais, sendo unha rama especializada pola súa materia do dereito privado xeral¹.

Dada a importancia destas cuestións, consideramos que é unha tarefa indelegable da Administración pública darlles a coñecer aos cidadáns en xeral e, particularmente, a todos os participantes no tráfico xurídico, as novas perspectivas do dereito agrario.

2. Introducción

O dereito civil, na súa acepción clásica, é o dereito propio de cada pobo. Xustiniano definíao como o dereito que cada pobo constitúe exclusivamente para si e que é o propio dos mesmos cidadáns e por iso se chama *dereito civil*.

O dereito civil de Galicia é unha creación xenuína do pobo galego que xurdiu do costume e se asentou durante séculos na conciencia colectiva nacional como a súa fonte material; xunto co idioma propio ou o territorio, asentamento e poboación, o dereito é un dos instrumentos máis preciosos de autoidentificación da nosa comunidade.

Tal dereito, que non tiña máis soporte que a convicción da súa prescritividade, recibiu o seu asentamento formal na compilación do ano 1963, que regularía diversas institucións xurídico-patrimoniais, familiares e sucesorias. Con todo, a evolución político-social do país esixía a adaptación dunha ordenación de orixe estatal e obsoleta aos principios fundamentais consagrados na Constitución de 1978, superando definitivamente vetustas figuras xurídicas de orixe feudal.

Pois ben, hoxe, á luz da existencia da Lei de dereito civil de Galicia pódese afirmar que os galegos contamos cun texto normativo que ofrece adecuada resposta, longamente demandada, ao amplo conxunto de inten-

¹ DE CASTRO Y BRAVO, «El derecho agrario en España. Notas para su estudio», en *Anuario de Dereito Civil*, 1954, páx. 165 e ss.

sas relacións privadas xurdidas e tecidas ao redor dos dous eixes que mellor exemplifican a esencia, histórica e actual, do dereito civil galego, que son, o primeiro, o home e a terra, e de aí a riqueza e importancia dos preceptos relativos ás formas de uso e posesión desta última (montes veciñais en man común, arrendamentos e parcerías rústicas); e o segundo, o home e a familia, e de aí a moi especial transcendencia e virtualidade dos preceptos atinentes ao fenómeno sucesorio, susceptible, ademais, de resolverse pola vía do pacto ou contrato, asegurando así e garantindo a permanencia do patrimonio familiar (pacto de mellora, apartación dun ou máis lexitimarios, etc.).

Por iso, unha solución á fragmentación minifundista de Galicia sería a formalización dos pactos sucesorios en vida que permitan traspasar o patrimonio a un só dos herdeiros compensando aos restantes. Cualificamos estes pactos sucesorios como unha institución xurídica propia da lei galega, que fai posible que unha persoa reparta o seu legado en vida, destacando a figura da apartación que consiste na posibilidade de entregarlle anticipadamente ao herdeiro forzado a súa cota hereditaria, co que queda excluído da percepción da lexítima na execución posterior da herdanza.

A grande innovación da lei galega consiste en admitir agora, sen tradición legal, salvo o dereito de labrar e posuír, a sucesión contractual no ámbito da Comunidade autónoma, se ben non con carácter xenérico, senón unicamente por referencia aos pactos especificamente previstos na lei.

Polo que se refire á súa concreta regulación, esta lévase a cabo con enorme amplitude, sendo destacable neste particular que a Lei de dereito civil de Galicia carece de disposicións comúns ao pacto sucesorio, posto que, despois de preceptuar que a delación pode concorrer polos pactos nela regulados, se adentra na normativa concreta de cada un.

Así, o capítulo sobre os pactos sucesorios divídese, á súa vez, en catro seccións, sendo, ao noso xuízo, máis sistemático racionalmente analizar baixo a rúbrica xenérica de «mellora» a regulación contida nesta lei nas seccións atinentes ao pacto de mellora e ao dereito de labrar e posuír, sendo xa si preciso o tratamento illado doutros dous pactos, o concenrente ao usufruto de viueces e o relativo ao apartamento.

Con todo, quizais a novidade se poida circunscribir en rigor tan só ás apartacións, que desde logo, resultaban absolutamente imposibles de levar a cabo ante o exposto no artigo 816 do Código civil, mentres que, como adiantamos, o «dereito de labrar e posuír» xa se encontraba regulado legalmente pola compilación de 1963.

Ademais, en canto ao «pacto de mellora» era posible, apartándose neste aspecto da norma xeral prohibitiva, nos termos expresados polo Código civil nos artigos 826 e 827.

Polo que se refire ao usufruto voluntario de viuvez, universal sobre o patrimonio do cónxuxe causante, constituía unha práctica ordinaria se ben circunscrita á súa concesión en testamento, habitualmente acompañada da «cautela sociniana» para tratar de conseguir que os lexitimarios respectasen a referida disposición.

Fixemos esta referencia ao dereito sucesorio pois entendemos que ten importancia como marco idóneo para combatir o minifundismo tal e como apuntamos anteriormente, polo que se deberían propoñer bonificacións fiscais para incentivar estas figuras xurídicas.

Os cambios sociais tidos como consecuencia do paso á sociedade posindustrial dunha autonomía que, como Galicia, é periférica, levou consigo o paso dunha agricultura familiar de autoconsumo a unha agricultura de produción. A ninguén se lle oculta o papel fundamental que o subsector forestal pasou a xogar dentro da economía agraria de Galicia, como tampouco é unha novidade para ninguén o rol primordial que a agricultura galega desempeña dentro do conxunto da economía do país.

Esa importancia vese incrementada polo papel que os montes están chamados a xogar dentro da economía da Unión Europea, posto que a súa política agraria tende, cada vez máis, a solucionar o difícil problema dos custos e dos excedentes que xera o PAC, a través do cambio de destino dos cultivos agrícolas de cara aos terreos forestais. E é na produción da madeira un dos campos onde Galicia pode xogar un papel máis destacado. De feito, Galicia ten unha gran parte do seu territorio ocupada por terreos que podemos chamar «de monte»; ten tres millóns de hectáreas de superficie. Destas, case dous millóns corresponden a unha figura xenuinamente galega: os montes veciñais en man común que, segundo os últimos datos, pertencen a 2.700 comunidades veciñais.

Os montes en man común constitúen unha auténtica singularidade do dereito civil galego e caracterízanse pola súa titularidade colectiva e o seu aproveitamento consuetudinario. Esta institución xurídica, de tan fonda raiceira na nosa comunidade, encóntrase hoxe nunha encrucillada. Por primeira vez reconécese de forma indubidable a súa natureza xurídica, que a normativa en vigor configurada como unha das escasas manifestacións da comunidade xermánica que queda na nosa terra cos caracteres de inalienable, indivisible, imprescritible e inembargable; porén, tal caracterización frea en parte a súa utilización e rendibilidade, sendo necesaria unha nova regularización que teña en conta a distinta tipoloxía destes montes, que permita a súa viabilidade económica, na que se delimite o concepto de titular (veciño comuneiro), se profesionalice a súa xestión, e que, en síntese, permita incluír esta institución no tráfico xurídico e na realidade económica actual.

Na actualidade en Galicia existe un borrador de Lei de montes de Galicia que é unha norma consensuada que dá resposta ás principais deman-

das do sector forestal, recollendo entre outras medidas, a de obrigar e dotar os montes públicos e veciñais de 25 hectáreas arboradas dun instrumento de xestión forestal, aberto e participativo, e con capacidades para dinamizar un dos piares fundamentais da economía e da realidade social galegas. Así mesmo, e no que se refire aos montes veciñais, ábreanse vías para axilizar os procedementos de deslinde.

O obxecto do presente relatorio baixo o título «O dereito agrario galego» céntrase, basicamente, no estudo dos dous primeiros capítulos do Título V, que leva por rúbrica *Contratos*, da Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia (BOE do 27 de xuño), conténdose nestes, que comprenden os artigos 35 a 94 da nova lei, a regulación en Galicia dos arrendamentos rústicos e as parcerías.

En efecto, o primeiro dos citados capítulos do Título V dedícase aos arrendamentos rústicos e, á súa vez, consta de dúas seccións, a primeira na que se conteñen as normas xerais e a segunda que leva por rúbrica *Del arrendamiento del lugar acasurado*, tras o cal figura o Capítulo II, que se refire ás parcerías, con cinco seccións relativas, respectivamente, ás disposicións xerais e aos catro tipos de parcería xa contidos na Compilación do dereito civil aprobada pola Lei 147/1963, do 2 de decembro (agrícola, de lugar acasurado, pecuaria e forestal), que serán obxecto de exposición, seguidamente, coa lóxica brevidade que un traballo deste tipo require.

En todo caso, o lexislador galego vese na obriga de xustificar a inclusión dunha regulación pormenorizada de determinadas institucións que, en realidade vivida, vivida, ten, desde logo, escasa vixencia.

Así, na *Exposición de Motivos* sinalase que non só o arrendamento senón tamén a parcería e o lugar acasurado «tienen hoy una excelente vitalidad, lo que aconseja su regulación por medio de la presente ley», o cal, cando menos, resulta un tanto arriscado subscribir, en termos que a continuación iremos precisando.

3. Os arrendamentos rústicos

3.1. A competencia autonómica

A Lei de dereito civil de Galicia supuxo a consagración legislativa da configuración propia do sistema agrario galego, contendo regulacións específicas sobre a parcería, o vitalicio, as servidumes e o arrendamento rústico, dando resposta ás demandas da nosa comunidade agraria.

O primeiro aspecto destacable da regulación contida na lei galega respecto dos arrendamentos rústicos é, sen ningunha dúbida, a súa novidade posto que ata o momento presente Galicia carecía dunha normativa específica sobre a materia, xa que a compilación de 1963 non se refería en

absoluto aos arrendamentos rústicos e só regulaba a parcería nos seus artigos 59 a 83.

Pois ben, a pesar de tal carencia de normativa específica sobre os arrendamentos rústicos que estivese vixente no momento da entrada en vigor da Constitución, non hai ningunha dúbida da competencia galega na materia, aínda que sexa pola vía da recepción e formalización lexislativa de costumes e usos efectivos vixentes no respectivo territorio autonómico, tal e como consagraran as sentenzas do Tribunal Constitucional 121/1992, do 28 de setembro, e 182/1992, do 16 de novembro, á que se fai mención na *Exposición de Motivos* da Lei 4/1995.

En efecto, en Galicia existía unha conciencia xurídica xeneralizada sobre a singularidade existente no ámbito dos arrendamentos rústicos que demandaba unha lexislación específica dada a aparente insatisfacción que producira o imperativo réxime normativo estatal, segundo se evidencia das reclamacións en tal sentido efectuadas no I Congreso de dereito galego celebrado na Coruña en 1972 e reiteradas, de modo máis explícito, no II Congreso, que tivo lugar en 1985, tamén na Coruña, onde se puxo de manifesto a competencia exclusiva da Comunidade autónoma galega especialmente para tratar a materia de parcerías e arrendamentos rústicos en Galicia, recomendábase que, como se fixo, o prezo e duración do contrato, como elementos esenciais, se debían reducir ao pacto ou común vontade dos contratantes, agás no de lugar acasado, que debería de ter unha duración mínima.

Incluso mellor, a competencia da Comunidade autónoma galega xustifícase con maior amplitude sobre a base da doutrina sentada na sentenza do Tribunal Constitucional 88/1993, do 12 de marzo, que se reproduce na sentenza 156/1993, do 6 de maio, silenciadas ambas inexplicablemente –dada a súa transcendencia en relación coa potencial expansión dos dereitos civís autonómicos– na *Exposición de Motivos* da Lei de dereito civil de Galicia.

De acordo con estas sentenzas, se ben a conservación do dereito civil foral ou especial pode levar consigo a asunción legal de prácticas consuetudinarias, a expresión constitucional *desarrollo* do propio dereito permite que, segundo a expresión empregada na sentenza 88/1993, «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del derecho foral».

Pois ben, á marxe da polémica doutrinal ao respecto, non hai dúbida da conexión, aínda que sexa simplemente normativa, entre o contrato de parcería, contido na compilación de 1963, e o de arrendamento rústico, que agora se regula por primeira vez no noso dereito, sendo unha boa mostra desta interrelación o contido nos artigos 28 e seguintes, así como

na *Disposición Final Segunda* da Lei 49/2003, do 26 de novembro, de arrendamentos rústicos, que derroga a Lei de 1980², a que dispón:

«La presente Ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la normativa de aplicación preferente que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho civil foral o especial».

Unha vez apuntada a problemática competencial, continuaremos coa análise concreta do articulado da Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia, en torno aos arrendamentos rústicos, constitutivo do Capítulo I do referido Título V, que comeza cunha sección primeira referida ás normas xerais para concluír coa sección segunda que leva por rúbrica *Del arrendamiento del lugar acasurado* en termos que a continuación desenvolveremos.

3.2. Normas xerais

En canto ao contido concreto da lei galega, o primeiro dos artigos da sección primeira consagra xa de modo expreso a primacía dos pactos libremente establecidos entre as partes sobre as normas do dito capítulo así como, no seu defecto, os usos e costumes que lles sexan de aplicación.

² A Lei 49/2003, do 26 de novembro, de arrendamentos rústicos, que derroga a Lei de 1980, supón en moitos aspectos unha viraxe radical respecto da anterior regulación. O punto de partida é claramente diferente, a sociedade española en máis de dúas décadas cambiou, as necesidades son outras e quizais de forma máis significativa que noutros ámbitos o son no ámbito rural. A nova lei volve ser de inspiración liberal e nese sentido parécese máis ao Código civil que á súa antecesora. Tras máis de vinte anos en vigor, o lexislador considerou que as circunstancias actuais son moi diferentes e requiren unha ordenación distinta, máis flexible, que dinamice o mercado de arrendamentos rústicos.

Como principais novidades da nova lei, de forma resumida e a modo de introdución ao texto destacaremos as seguintes:

■ Poténciase o principio da autonomía da vontade das partes para pactar o contido dos contratos, suprimindo os contratos tipos e reducindo substancialmente o seu contido imperativo (artigo 11).

■ Prescínlese do concepto «profesional da agricultura», que gozaba dun réxime especial que pretendía favorecer a súa actividade económica.

■ Redúcese de cinco a tres anos a duración mínima dos contratos de arrendamento (artigo 12).

■ Liberalízase a fixación, revisión e actualización da renda, suprimíndose as facultades do antigo IRYDA para intervir en determinados aspectos.

■ Permítese que as partes conveñan a posibilidade de cesión ou subarrendo da finca ou explotación aínda que, con obxecto de evitar a proliferación de intermediarios con fins puramente especulativos, se determina o seu contido obrigatorio: o subarrendo debe referirse á totalidade da finca, debe outorgarse polo tempo que reste de contrato, e a renda non poderá exceder a establecida no contrato de arrendamento.

■ Suprímense as xuntas arbitrais de arrendamentos rústicos, aínda que se reconece o dereito dos interesados a someter libremente a resolución das súas controversias á decisión dun árbitro, de conformidade coa Lei de arbitraje.

Non obstante, non deixa de ser dificilmente cohonestable tal prevalencia da liberdade de estipulación cunha regulación legal máis ou menos pormenorizada a continuación nos artigos 35 a 49 que, polo demais, adoecen de certas deficiencias facilmente constatables tales como referirse á duración do contrato en dous preceptos seguidos, os artigos 39 e 40, en lugar de constituír esta materia un único precepto tal e como sucede, por exemplo, co artigo 12 da Lei 49/2003 de arrendamentos rústicos.

En efecto, a pesar de tal declaración sobre o carácter dispositivo da normativa en cuestión respecto do acordo de vontades, así como da condición supletoria, en defecto de norma escrita, do costume, na mesma lei contémlase tamén, en puntuais casos, a prevalencia do costume.

Así, establécese o carácter preferencial do costume respecto do réxime dos aproveitamentos secundarios, que no artigo 36/3 se declaran de pertenza ao arrendatario «salvo pacto o costume en contrario» e, igualmente, se sinala a condición prevalente do costume para determinar a forma, tempo e lugar do pagamento que, como disciplina o artigo 37/2, se efectuará conforme ao pactado, aboándose «en defecto de pacto o costume» en metálico, por anos vencidos e no domicilio do arrendador.

Á marxe desta primeira precisión, tamén existen outras excepcións de maior calado á primacía da vontade pactada, impóndose de modo imperativo determinadas regras derivadas de consideracións de protección á parte teoricamente débil do contrato, o arrendatario, se ben, é necesario advertilo, a normativa galega carece dunha declaración xenérica en tal sentido ao modo en que se contén na Lei de arrendamentos rústicos de 1980 nos artigos 9 e 11.

Así, dentro destas normas que constitúen unha excepción á prevalencia do pacto figura o número 2 do artigo 42 da Lei 4/1995 de dereito civil de Galicia, no cal, tras a imposición, no precedente número 1 do dito precepto, a cargo do arrendatario das reparacións que deriven do uso e gozo ordinario da finca, se consideran sempre de conta do arrendador as reparacións extraordinarias, coa obrigación por parte do arrendatario de advertir da súa necesidade.

Igualmente, no número 3 do artigo 47, despois de declarar que o arrendamento se extingue por morte ou invalidez do arrendatario, déixase a salvo o dereito dos seus sucesores lexítimos ou, no seu defecto, familiares que convivisen con el e o auxiliasen na explotación da finca ou fincas arrendadas, tendo os sucesores ou familiares que escoller entre eles, por maioría, ao que se subrogara nas condicións e dereitos do arrendatario falecido ou que quedase inútil permanente, todo iso con respecto ao mellor dereito que se declara do viúvo ou viúva con fillos menores.

Nesta mesma liña de preceptos de condición imperativa, no artigo 48 especificase que, de modo distinto ao preceptuado no artigo 1571 do

Código civil, a alleación da finca non será causa de resolución do contrato, subrogándose o adquirente en todas as obrigas do arrendador.

Con análoga intención tuitiva para a parte teoricamente máis débil do contrato, recoñéceselle tamén, no artigo 49, ao arrendatario que estea cultivando de modo persoal a finca os dereitos de adquisición preferente, en forma de tenteo e retracto, agás que os arrendamentos teñan por obxecto terreos a pasto, prado e, en xeral, calquera aproveitamento secundario ou que sexan de duración inferior ao ano agrícola, segundo se declara no número 7 deste precepto.

Os mentados dereitos de tenteo e retracto considéranse preferentes a calquera outro de adquisición, salvo o colindante para fincas de cabida non superior a unha hectárea e o de coherdeiros e comuneiros, polo evidente maior proveito desde a perspectiva agraria destes últimos, co cal se pretende, de conformidade cunha monolítica doutrina legal, a unificación da copropiedade ou a eliminación dos minifundios, segundo se destaca, por exemplo, nas sentenzas do Tribunal Supremo do 23 de xullo e do 10 de decembro de 1991, respectivamente.

Estes dereitos de adquisición preferente decláranse no número 6 do artigo 49, en igual liña que o artigo 11 da Lei estatal de arrendamentos rústicos do 31 de decembro de 1980, irrenunciabes ata o momento en que poidan ser exercitados, dado que, segundo declarou, en aplicación deste último precepto, unha nutrida xurisprudencia, non resulta admisible a posibilidade dunha renuncia respecto dunha hipotética e futura operación cuxos elementos internos ou non estaban fixados ou non se expuxeron ao que se tiña que apoiar neles para exercer ou non o dereito de retraer, contrariando a necesidade de que a renuncia ten que ser explícita, clara e terminante, segundo se explicita, con ampla información ao respecto, na sentenza do Tribunal Supremo do 6 de febreiro de 1979.

Agora ben, o artigo 11 desta lei estatal sitúase dentro das disposicións xerais desta, referíndose con carácter global aos dereitos, non só de adquisición preferente, do arrendatario e se cohonesta, por exemplo, coa declaración previamente contida no artigo 9, en cuxa virtude son nulas e se terán por non postas as cláusulas que modifiquen en prexuízo do arrendatario as normas desta lei, agás nos casos en que esta expresamente o autorice.

Pola contra, na Lei de dereito civil de Galicia, e esta é unha grave lagoa, dificilmente compaxinable coas aludidas normas pretendidamente tuitivas do arrendatario, falta, segundo adiantamos, unha mínima declaración xeral en tal sentido *pro locatario* ao modo en que se establece nos artigos 9 e 11 da Lei de arrendamentos rústicos, resultando, en último termo, certamente peculiar estatuír a protección puntual consistente na irrenunciabilidade só do dereito de retracto e non enmarcado dentro dunha tutela

global que impida, de modo colectivo, a renuncia dos dereitos, en xenérico, do arrendatario.

Por outro lado, e en igual sentido imperativo como excepción á liberdade de pacto, se ben neste caso en tanto que obrigacións a cargo do arrendatario, prohíbeselle modificar pola súa propia vontade o tipo de cultivo ou aproveitamento que se conviñese, segundo se impón no número 2 do artigo 36, e, así mesmo, prohíbeselle ao referido arrendatario ceder en todo ou en parte ou subarrendar a finca arrendada sen o consentimento expreso do arrendador, a teor da disposición contida no artigo 41, establecéndose a facultade de resolver o contrato a instancia do arrendador en caso de subarrendamento ou cesión non consentida no artigo 47/1-f).

Entre as carencias da regulación sobre este particular pode destacarse que non se establece sanción ningunha para a hipótese de que o arrendatario allee a finca antes de tres anos desde a súa adquisición a través do oportuno exercicio do dereito preferente, o que obriga á aplicación supletoria da Lei de arrendamentos rústicos, que contén ao respecto previsións específicas.

En efecto, na Lei estatal de 1980, respecto dos dereitos de adquisición preferente a que se refire o Capítulo IX, que leva por rúbrica *Formas de acceso a la propiedad*, no primeiro dos seus preceptos, o artigo 84, despois de se lle ter imposto, no número 2, ao arrendatario que adquira a propiedade da finca arrendada a consecuencia dos dereitos de tenteo e retracto ou do de adquisición preferente a prohibición, agás que o faga a favor do IRYDA, de alleala, arrendala ou cedela en parcería ata que transcorran seis anos desde a data de adquisición, a continuación se especifica a sanción que corresponde en caso de contravención da disposición.

Efectivamente, no número 3 do artigo 84 da Lei estatal de 1980, establece que se o arrendatario incumpre calquera desas prohibicións adiantadas «el arrendador podrá pedir la resolución del contrato ordinario, recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados».

Pero a disposición transitoria primeira da Lei 49/2003, do 26 de novembro, de arrendamentos rústicos, que derroga a Lei de 1980 dispón:

«Los contratos de arrendamiento y de aparcería vigentes a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración».

Esta disposición transitoria reconece que os contratos de arrendamentos rústicos vixentes no momento da entrada en vigor da nova lei se seguirán rexendo pola LAR de 1980, sen ningunha limitación temporal, o que na práctica producirá que a Lei de 1980, durante os próximos anos, continúe sendo de maior aplicación que a propia Lei de 2003.

O lexislador, que podería ter establecido algunha limitación ou modificación no réxime dos contratos xa existentes, optou finalmente pola solución comentada. Nos traballos preparatorios da Lei pensouse en limitar ou, incluso, suprimir os dereitos de tenteo, retracto e adquisición preferente nos contratos xa vixentes. Finalmente, os problemas que esta supresión ou limitación implicaba determinaron que a redacción definitiva das disposicións transitorias respectase estritamente o réxime dos contratos xa existentes, que se seguirán rexendo pola lexislación anterior ata a súa extinción, incluídas as súas modificacións ou prórrogas, de forma que só cando se trate dun novo contrato se rexirá pola Lei de 2003.

Agora ben, unha vez expostas sumariamente as normas imperativas, tense que sinalar tamén que, fronte a esas referidas posibles excepcións ao principio de autonomía da vontade que existen na nova regulación dos arrendamentos rústicos na Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia, o principio de liberdade contractual que se consagra no primeiro precepto, o artigo 35, do Capítulo I, *De los arrendamientos rústicos*, do Título V, *Contratos de la Ley gallega*, este principio, reiteramos, encóntrase amplamente desenvolvido ao longo do articulado da sección 1ª deste capítulo, que leva por rúbrica *Normas Generales*.

Así, o tipo de cultivo ou aproveitamento será libremente determinado, segundo se sinala no artigo 36, e, igualmente, a renda e o seu pagamento serán as que libremente estipulen as partes, tal e como reza o seguinte precepto, o artigo 37, onde se estipula, ademais, que as partes poderán acordar o correspondente sistema de actualización e, incluso, convir que a renda consista, en todo ou en parte, na propia mellora da finca arrendada.

Igualmente, recoñécese no artigo 38 o principio de liberdade de forma no contrato de arrendamento, que será obrigatorio calquera que sexa a forma en que se celebre, con independencia, loxicamente, do recoñecemento ás partes do seu dereito para compelerse reciprocamente á súa formalización en documento privado ou público.

Polo que se refire á duración do contrato arrendaticio, a súa regulación, segundo se adiantou, contense en dous preceptos seguidos, os artigos 39 e 40, en lugar de constituír esta materia un único precepto tal e como sucede, por exemplo, co artigo 12 da Lei 49/2003, do 26 de novembro, de arrendamentos rústicos.

Establécese no primeiro destes preceptos, o 39, que a duración contractual se somete ao libre acordo ou, no seu defecto, polo tempo de dous anos agrícolas, engadándose no seguinte artigo 40 que a eventual prórroga do contrato se supedita, igualmente, ao acordo expreso das partes.

A continuación, no número 2 deste último artigo 40, admítase a tácita recondución do contrato por unha duración de dous anos agrícolas se polo menos con seis meses de antelación á finalización do contrato, ou á de calquera das súas prórrogas, ningunha das partes lle manifesta á outra,

mediante a correspondente notificación, a súa vontade de que o arrendamento conclúa.

En relación á regulación das melloras, o actual artigo 43 desta lei contén unha regulación, cando menos, reducida sobre unha cuestión tan transcendental no ámbito dos arrendamentos rústicos, posto que neste precepto tan só se lle reconece a calquera dos contratantes a facultade de realizar as melloras útiles de que sexa susceptible a finca segundo o seu destino, coa obriga de comunicarlle previamente o seu propósito á outra parte, quen se poderá opoñer expresamente no prazo de quince días, tras o cal, no número 2 do precepto, se establece que esas melloras poderán ser compensadas economicamente ou mediante prórroga do arrendatario, segundo acordo das partes, tendo en conta o valor actualizado no momento en que o contrato finalice.

Segundo facilmente se pode apreciar, tanto a disposición contida neste precepto sobre as melloras coma a referida no anteriormente citado artigo 42 sobre as obras e reparacións, supoñen certamente unha previsión escasa en relación coa regulación sobre o particular dos artigos 47 ao 69 da Lei de arrendamentos rústicos que, indefectiblemente, seguirán rexindo en Galicia, ao igual que acaece coa materia atinente aos arrendamentos incluídos e excluídos da Lei, en que, ante a falta de previsión no número 1 do artigo 36 da lei galega, resultan de aplicación os artigos 2 ao 7 da lei estatal.

En canto á conclusión do contrato, por último, distínguese na lei galega entre, por un lado, as causas de extinción *stricto sensu*, que son o vencemento do prazo e a perda ou expropiación da finca, á parte da xa mencionada morte ou invalidez do arrendatario, co aludido dereito dos seus sucesores, as cales se inclúen no artigo 46, e, por outro lado, as causas que producen a resolución do arrendamento a instancia do dono da finca ou, de ser o caso, do arrendador non propietario, ás que se refire o seguinte precepto, o 47.

3.3. Arrendamento de lugar acasariado

Ao igual que noutros territorios de dereito civil propio, é a casa o elemento determinante na configuración do dereito galego. Como entidade familiar e patrimonial integra no concepto de *casa* o chamado «lugar acasariado» ou «casal», elemento real indispensable por ser o soporte físico que serve de sustento á familia que se asenta nel.

É o «lugar» unha institución propia do dereito histórico de Galicia, configurador do seu particular réxime e instrumento de estabilidade na economía campesiña. Foi tradicionalmente definido como unha unidade orgánica de explotación agropecuaria e forestal, instrumentalizada sobre unha unidade de bens. Carácter esencial do «lugar» é a interdepen-

dencia entre todas as fincas integrantes do patrimonio en función duns aproveitamentos e a existencia dunha casa de labora á que a explotación está subordinada.

A xurisprudencia do Tribunal Supremo reconece, á súa vez, o carácter do lugar acasurado como instituto especial e autóctono e o seu destino como unidade de explotación pola vontade manifesta do propietario de cultivar as diversas fincas integrantes deste conforme un determinado plan.

Na sección segunda do Capítulo I do Título V da Lei de dereito civil de Galicia, contense unha regulación bastante detallada, e con carácter separado e independente, do arrendamento do lugar acasurado, que é unha figura tradicional do dereito consuetudinario galego.

No primeiro dos preceptos desta sección, o artigo 50, defínese o «lugar acasurado» como «el conjunto que, formando una unidad, comprende la casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos, aunque no sean colindantes», incluíndo, así mesmo, «toda clase de ganado, maquinaria, aperos de labranza e instalaciones que constituyan una unidad orgánica de explotación agraria, forestal o mixta».

A través da nova regulación preténdese posibilitar a estabilidade e integridade da explotación agrícola por medio do establecemento, no artigo 51, dun período de duración mínima de cinco anos, coa posibilidade de prórroga por acordo expreso das partes ou, incluso, tacitamente, por anos agrícolas, se non media denuncia do contrato polo arrendatario mediante notificación fidedigna ao arrendador con máis de seis meses de antelación á data en que se desexe dalo por finalizado.

Tamén se trata de garantir, coa disposición contida no artigo 52, a integridade do lugar acasurado durante o período de vixencia do contrato posto que non se poderá excluír deste, por vontade do arrendador, ningunha das fincas ou elementos que o constitúan.

De modo similar, e con análogas condicións e polas mesmas razóns –e con iguais deficiencias– que no arrendamento rústico, reconécese o exercicio dos dereitos de preferente adquisición, se ben, na mesma liña de posibilitar a integridade do lugar acasurado, «recaerán sobre todas las fincas arrendadas o las que el arrendador hubiese enajenado», segundo se dispón no artigo 53, no seu número 1.

4. A parcería en Galicia

4.1. Introducción

Durante o proceso de abolición do Antigo Réxime –primeira metade do século XIX– abriuse un amplo debate sobre a necesidade de tomar as medidas para modernizar un sector agrario pouco produtivo. Como nou-

tros países europeos que iniciaron tardiamente o proceso de industrialización, os problemas agrarios constituíron un eixe central do debate socioeconómico. As formas máis axeitadas de organizar a produción agraria e, en particular, os réximes de posesión máis convenientes foron temas amplamente discutidos. Os liberais españois, inspirados nas formulacións da recentemente nada economía política, consideraron que o atraso agrícola se debía a un marco institucional inadecuado. En consecuencia, procedeuse a sentar as bases dun novo sistema político-xurídico que eliminara as trabas ao funcionamento dunha economía de mercado e reforzara o dereito burgués de propiedade.

Tanto nos diagnósticos coma nas propostas formuladas durante aqueles anos, a influencia de Adam Smith, David Ricardo e outros economistas clásicos foi explícita. Os tratadistas españois do século XIX aceptaron a superioridade da grande explotación xestionada polo propietario ou por un arrendatario con suficientes recursos, respecto á explotación campesiña en xeral e á parcería en concreto. Tamén lles recomendaron persistentemente aos grandes propietarios que cultivaran directamente as súas fincas ou que as cederan en arrendo monetario a labradores con recursos suficientes. E consideraron que a explotación campesiña –con independencia do réxime de posesión– tiña poucas posibilidades de protagonizar grandes melloras. O paralelismo destas análises coas formulacións dos clásicos resulta evidente.

Con todo, durante as décadas que seguiron á reforma agraria liberal, as formas de posesión tradicionais mantivéronse con escasos cambios. A explotación campesiña e os diversos sistemas de parcería continuaron tendo un peso indiscutible, e a gran propiedade mantivo a parcería como a forma principal de explotación da terra. Ademais, desde finais do século XIX, consolidouse unha liña de pensamento agrario que contemplaba a pequena explotación campesiña de forma máis positiva, atribuíndolle maior capacidade para competir coa grande explotación. Non se trata dun fenómeno exclusivo posto que, a pesar das sombrizas predicións, a parcería e a explotación familiar campesiña sobreviviron noutras zonas europeas.

Tampouco foi produto da inercia. Despois da revolución liberal, os novos e vellos propietarios preguntáronse cómo aumentar o produto das súas terras sen excluír a posibilidade de realizar un cambio no réxime de explotación. Na prensa afín aos propietarios debateuse sobre as supostas vantaxes da explotación directa con traballo asalariado e do arrendamento monetario fixo. Porén, a parcería mantivo o seu predominio. En ningún dos patrimonios estudados se optou pola explotación directa da facenda nin polo arrendo monetario; ao contrario, continuouse utilizando a fórmula tradicional de cesión a colonos e parceiros baixo o control estrito dun administrador cando o propietario non o podía efectuar directamente.

O sector agrario galego caracterizábase por un peso importante dos cultivos arbustivos e arbóreos, xunto ao cultivo da pataca e o millo, e polo predominio de modelos tecnolóxicos propios dunha agricultura de base orgánica, con tendencia ao autoabastecemento e un capital de explotación modesto. Só a mediados do século XX se empezaron a propagar os fertilizantes industriais, a recolección mecanizada e as enerxías fósiles, o que esixiu certo crecemento do capital de explotación.

O contexto agroecolóxico e as tecnoloxías dispoñibles tamén favoreceron a preferencia da gran propiedade galega pola parcería. Ata ben entrado o século XX a perda de colleitas e as fortes oscilacións nos rendementos foron un fenómeno especialmente intenso. A situación de grande incertidume fixo que a parcería fora percibida como a mellor opción, posto que permitía compartir os riscos dunha actividade produtiva cuxos resultados eran difíciles de prever.

A parcería é unha institución tradicional do dereito agrario galego que figura na *Memoria* que presentou en 1915 J. Pérez Porto³, quen consideraba a parcería como «el arriendo para los colonos pobres» posto que os que dispoñían de medios para labrar ben as herdades e para satisfacer no seu día a renda fixa estipulada non se sometían, segundo o citado autor, ao aviso previo cando chega a hora de recolección, nin á repartición de froitos, de xeito que «sobre los faltos de recursos, sobre los humildes, sobre los más desheredados de la forma, es sobre quienes ha de recaer en nuestras provincias el exceso de gastos y de formalidades que se ven libres los arrendatarios de posición relativamente desahogada».

Sobre esta, a *Exposición de Motivos* da compilación de 1963 xustificaba a necesidade da súa regulación dado que «es una de las instituciones jurídicas que miran con más simpatía las legislaciones agrarias modernas», aducindo que gozaba dun gran predicamento en Galicia, precisamente polas vantaxes que supón para gran número de familias de campesiños carentes de fincas propias dado que poden desenvolver a súa capacidade labradora «en las fincas ajenas que sus dueños les ceden para que las exploten con la condición de repartirse, en la forma convenida, los frutos que se obtengan»⁴.

³ Cfr. *El derecho foral de Galicia. Memoria*, A Coruña, 1915, páxina 118 e seguintes, correspondendo a cita que se efectúa no texto á páxina 120.

⁴ A continuación, na citada *Exposición de Motivos* da compilación de 1963 destacábase que coa parcería «las familias no propietarias disfrutaban de las fincas como si a ellas pertenecieran, habitan la casa y dependencias ajenas, cultivan las tierras de labor y aprovechan los productos accesorios de los montes, sin estar sujetas al pago rígido de la merced, como sucede en los arrendamientos, aun ante la pérdida de las cosechas por esterilidades de la tierra arrendada o por casos fortuitos ordinarios».

Agora ben, é igualmente certo que, á marxe das súas indubidables virtudes, a parcería «inspirada esencialmente en la confianza», como su-bliña a *Exposición de Motivos* da compilación, en Galicia, en gran parte, «se presenta al cultivador como una fiscalización y expropiación intolerables del producto de su esfuerzo personal, y al propietario como un delito continuado de apropiación indebida», dado que non se conseguíu levar ao ánimo dos interesados que a súa posición debe ser de colaboración e non de antagonismo, segundo atinadamente concluía E. Menéndez Valdés-Golpe⁵.

4.2. Marco legal

O proceso de autonomización do dereito civil galego iniciouse no ano 1987, coa Lei sobre a compilación do dereito civil en Galicia. Con algunhas modificacións, a Lei 7/1987, do 10 de novembro, atraía para o dereito autonómico unha norma de carácter estatal que, para outros efectos, seguía subsistente fóra do territorio galego. Inspirada nos modelos de Cataluña e de Aragón, o lexislador galego acababa así cunha curiosa fórmula mixta do sistema de fontes do dereito autonómico galego.

As disposicións xerais deste contrato encóntranse nos artigos 57 a 67 da compilación. Establecendo o artigo 57 que «la cesión por un contratante a otro del disfrute de ciertos bienes, conveniendo en repartirse en partes alícuotas los frutos o rendimientos, se regirá por el título constitutivo y, en lo no previsto por el mismo, por los usos y costumbres locales y, en su defecto, por las normas de este capítulo» (Capítulo II).

4.3. Formas especiais

Polo que atinxe ás formas especiais de parcería, a lei galega mantén a regulación das tradicionais agrícola, de lugar acasurado, pecuaria e forestal.

⁵ Cfr. *Las particularidades del derecho patrimonial en el noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código civil (comentarios al texto foral)*, Becerreá (Talleres Tipográficos de Faro de Vigo), 1964, páxinas 115 e 116, onde, despois de poñer de relevo que a parcería é un contrato que desperta grandes entusiasmos posto que se aduce que é beneficioso para o cultivador porque non lle impón o abao de pagar periodicamente unha renda, inalterable aínda que a colleita sexa exigua e que, igualmente, é proveitoso para o propietario por canto lle atribúe unha participación no maior rendimento das fincas e porque, ademais, é unha relación contractual baseada en principios de equidades e de xustiza, conclúe que «todo esto es muy cierto mientras no salgamos del gabinete de estudio y entremos en contacto con el aire libre del ambiente rural» posto que «de hecho, gran parte de las aparcerías gallegas constituyen un lamentable espectáculo» por non se ter creado o clima de cooperación e confianza necesario ao que aludimos no texto, de xeito que «el cultivador oculta la cosecha cuanto le sea posible para escapar al exigente rigor del propietario, que siempre se figura que 'le están engañando' y éste justifica -o al menos disculpa- la actitud de aquél partiendo de la base de que el 'paisano' es falso y tramposo...».

a) **Parcería agrícola:** regulada nos artigos 68 a 70, sinalando o artigo 68 que «pueden ser objeto de aparcería agrícolas las fincas rústicas de cualquier clase, sin que se pierda tal carácter por el hecho de comprender la casa de labor y sus dependencias».

A novidade máis significativa contense no artigo 69, onde se sinala que non se altera a natureza do contrato se varios titulares de fincas rústicas concertan entre si ou con terceiros o uso e gozo daquelas convindo repartirse os produtos por partes alícuotas.

Tras esa disposición, no artigo 70 efectúase a oportuna remisión ao artigo 49 para recoñecerlle ao parceiro, nas mesmas condicións que o arrendatario, os dereitos de tanteo e retracto en caso de transmisión a título oneroso da finca.

b) **Parcería de lugar acasurado:** regúlase con minuciosidade nos artigos 71 a 78, dispoñendo, á súa vez, o artigo 71 o seguinte: «1. El objeto de la aparcería del lugar acasurado es el conjunto de elementos que constituyen una unidad orgánica de explotación, según lo establecido en el artículo 50 de la presente ley. 2. Respecto a su integridad se aplicará lo dispuesto en el artículo 52 de la presente ley».

O que me interesa destacar neste punto é o que se entende por *lugar acasurado* ou *casa*; non se nos debe olvidar a concepción de casa que se entende en Navarra ou Aragón que é moi similar ao noso. No dereito galego aparece regulado en varios preceptos da Lei, do 24 de maio de 1995, de dereito civil de Galicia (se ben a súa definición encóntrase no artigo 50 en relación co arrendamento rústico) e na Lei 10/1985, do 14 de agosto, modificada pola Lei 12/2001, do 10 de setembro, de concentración parcelaria.

Paz Ares define a casa galega como entidade familiar e patrimonial integrada pola familia labradora asentada nun lugar acasurado e por este. O lugar acasurado serve, entón, de base á institución da casa e tamén á explotación agraria propiamente dita. Esta será por definición, unha explotación familiar. Polo tanto, a casa ofrece unha dobre vertente ao ser unha unidade familiar e unha unidade patrimonial de clara vertente vocacional agraria nas súas orixes.

c) **Parcería pecuaria:** igualmente regulada de maneira extensa nos artigos 79 a 88, referida a «los animales susceptibles de aprovechamiento en la agricultura, industria y comercio».

Segundo J. C. Paz Ares, dunha institución «afortunadamente en trance de liquidación en la región gallega, ya que la misma era el exponente de la penuria económica de dicho agro en tiempos pasados y de las escasas posibilidades del cultivador de las tierras, que carecía de medios propios para adquirir la ganadería que existe en cada explotación agrícola», polo cal opinaba que «hubiera sido preferible que la institución de la aparce-

ría pecuaria gallega no fuese incorporada a la Compilación, ya que al ser consagrada por la misma adquiere una cierta vitalidad, nada deseable».

Agora ben, a realidade é que estas consideracións non parecen ter sido en conta e o lexislador galego dedica dez preceptos á regulación deste instituto, mantendo, no substancial, o mesmo criterio que os sete artigos da derogada normativa compilada, aínda que con algunhas correccións que perfeccionan o seu texto.

Así, de modo distinto á consideración unitaria no artigo 72 desta compilación da forma e os pactos prohibidos, agora en cambio, o aspecto formal régulase de modo separado, no número 2 do artigo 79 da Lei 4/1995, das prohibicións impostas a cargo do mantedor ou parceiro, que figuran no artigo 80 deste último corpo legal.

Igualmente, fronte á diferenza existente no texto compilado entre a valoración do gando, ao comezar a parcería, á que se refería o vello artigo 73, e a efectuada á extinción do contrato, á cal aludía o xa derogado artigo 78, polo contrario, na nova Lei de dereito civil de Galicia lévase a cabo a súa regulación unitaria, cos mesmos criterios, tanto ao comezar a parcería coma ao extinguirse o contrato, no vixente artigo 81.

Nesta mesma liña superadora das deficiencias apreciadas na normativa compilada, facúltase, no artigo 86, ao parceiro para proceder por si mesmo, ante a incomparecencia do cedente debidamente avisado, á realización da rapa ou extracción do mel, suprimíndose xa, en tal hipótese, a obrigada presenza de dúas testemuñas e do alcalde de barrio, que esixía o número 2 do artigo 77 da compilación, ao igual que, segundo adiantamos, se disciplina no artigo 61.

Así mesmo, permíteselle ao parceiro, no artigo 87, para proceder á alleación dos animais da parcería e á das súas crías, coa única obriga de dar conta ao cedente das condicións da venda e, polo tanto, sen a necesidade, esixida no número 31 do artigo 77 da compilación, de contar coa autorización previa do propietario, o que tiña sido obxecto de oportunas críticas.

d) Parcería forestal: regulada nos artigos 89 a 94.

«En la aparcería forestal –di o artigo 89– el dueño de ciertas fincas de vocación forestal, sin ceder su directa posesión y su aprovechamiento, concierta el cuidado y vigilancia de ellas con una o varias personas para que éstas atienden y vigilen las plantaciones arbóreas existentes o que puedan crearse, otorgando a cambio al aparcerero los aprovechamientos secundarios que se determinen y la parte alícuota que se especifique cuando se proceda a la venta de los árboles que haya cuidado o que haya ayudado a plantar».

En canto á parcería de novas plantacións, indica o artigo 90 que esta «tiene por objeto la creación, el mantenimiento y la posterior participación en plantaciones de arbolado...».

Mantense a regulación no seu sentido tradicional, a pesar de ser unha institución de dubidosa vixencia e de que, ademais, é altamente cuestionable a situación como tal parcería da que, co cualificativo de forestal, se define no artigo 89, no cal, de modo similar ao artigo 79 da compilación, non se lle outorga ao pretendido parceiro ningunha participación alícuota nos produtos senón, tan só, o aproveitamento secundario a cambio do coidado e vixilancia das fincas, cuxa directa posesión segue detentando o dono.

Agora ben, xunto con este tipo de denominada parcería, regúlase tamén outra modalidade, chamada «de novas plantacións», que, de acordo co artigo 90, ten por obxecto a creación, o mantemento e, sobre todo, o que xustifica a súa consideración como tal parcería, a posterior participación en plantacións de arboredo, tendo a duración, se non sinalan as partes outro prazo, de vinte anos.

Polo que se refire á extinción desta parcería forestal e conseguinte liquidación do que lle poida corresponder ao parceiro pola súa participación no arboredo ou, de ser o caso, ao cumprirse o prazo dos vinte anos, se nesta última hipótese, non lle convén ao cedente acceder á venda das árbores, dispónse no artigo 94 que será determinado o valor do arboredo ou ben de mutuo acordo ou, no seu defecto, de maneira contraditoria.

4.4. Crítica

O intento do lexislador galego de ofrecer un modelo de contratación agraria adaptado ás necesidades do sector agrario empeza ben co recoñecemento dun tipo contractual moi aberto: cesión do gozo de bens a cambio dunha participación nos froitos, pero pérdese ese arranque inicial ao caer nunha casuística moitas veces desfasada no tratamento de figuras concretas como a parcería de lugar acasado, a pecuaria, a forestal ou a agrícola.

Sinceramente, cremos que a parcería non necesita unha regulación tan extensa e detallada, principalmente se o que se consegue é a descrición dun tipo contractual vencellado a formas anquilosadas de explotación agrícola.

En suma, parécenos conveniente e necesario que se ofrezca un tipo de contrato agrario baseado na idea de entrega de bens (terra, gando, lugar acasado, recursos forestais) a cambio de froitos, pero a casuística dos modelos ofrecidos obrigarán, no caso da súa inaplicación, a revisar co tempo o seu valor e eficacia.

4.5. Conclusión

A arraigada visión historiográfica que considera ao atraso do sistema agrario español e galego como consecuencia da persistencia das parcerías é difícil de soste, aínda que os avances sexan menores aos conseguidos

por outras agriculturas. Isto lévanos á conclusión de que é necesario revisar a mesma noción de atraso, posto que implica aceptar a existencia dunha única vía de crecemento agrario. A noción esquece que as condicións ambientais e tecnoloxías dispoñibles xunto co marco económico puideron significar barreiras difíciles de superar. A parcería, a pesar das súas limitacións, conseguiu acadar certos niveis de eficiencia, comparables –no contexto galego– a outros réximes de posesión.

O concepto de eficiencia, frecuentemente, emprégase de forma xenérica, ahistórica e sen ter en conta os efectos distributivos. Moitas formulacións neoclásicas e neoinstitucionalistas só analizan a parcería como forma de coordinación económica e miden a súa funcionalidade polo rendemento dos factores produtivos. Non obstante, non se debe esquecer que a parcería tamén é un mecanismo de explotación do traballo. A distinción entre eficiencia económica e eficiencia de clase pon ao descuberto esta multidimensionalidade da parcería e sitúa en primeiro plano os aspectos distributivos. A opción dos terratenentes galegos por manter a parcería ata mediados do século XX tamén respondía a criterios de eficiencia de clase. Mentres a actividade agraria continuou sendo intensiva en traballo, a parcería foi eficiente como procedemento de extracción de traballo. Aínda que os seus custos de supervisión e control puideran ser algo superiores ao arrendamento monetario, a súa integración na rede de relacións sociais era máis fluída e permitía reforzar a posición dos grandes propietarios, incentivando relacións de tipo paternalista que constitúen un ingrediente básico para a reprodución do seu poder.

Desde o ángulo do parceiro, a avaliación en termos de eficiencia de clase bota resultados diversos; globalmente foi un mecanismo de reprodución da desigualdade social, aínda que nalgunhas ocasións tamén actuou como vía de ascenso social. Non obstante, durante o primeiro terzo do século XX, a percepción dos colonos sobre a inxustiza dos tratos acentuouse. Nun contexto de reestruturación do sector, renovación tecnolóxica e evolución desfavorable dos prezos relativos, as tensións entre propietarios e cultivadores activáronse ata estourar de forma violenta nos anos trinta. Aínda que onde dominaba a parcería houbo menor propensión á mobilización sindical, tamén alí xurdiron conflitos: pola distribución da colleita, polo repartimento dos custos dunhas innovacións que os mercados esixían, pola prolongación dos contratos, polo pagamento das melloras... ata rematar cuestionando a propiedade e, con iso, o poder dos terratenentes. O retraemento dos propietarios puido contribuir a iso: ao cederlles o protagonismo do cambio técnico e da dirección das explotacións aos parceiros e arrendatarios, a renda percibida polo propietario podía asimilarse máis facilmente a unha carga que disminuía a súa eficiencia produtiva e as súas posibilidades de reprodución económica. Tras uns anos de violentos conflitos en que a confianza entre propietarios e

parceiros, un dos compoñentes fundamentais para o funcionamento da institución, foi cada vez máis precaria, a vitoria do levantamento militar do xeneral Franco repuxo a situación anterior e durante a posguerra a parceria incluso se expandiu, espoleada polas posibilidades de especulación no mercado negro.

A partir dos anos cincuenta, porén, a parceria iniciou un rápido declive ata converterse en algo marxinal. O factor determinante foi a incorporación dun novo modelo tecnolóxico que integraba os avances na química agraria, a motorización e a mecanización coas innovacións da xenética, dando lugar a espectaculares incrementos nos rendementos, que xeraban poderosos impulsos para unha rápida adaptación. Este novo paradigma permitía aforrar traballo pero esixía unha importante inmovilización de capital. Dificilmente a parceria podía ser a institución axeitada para a súa difusión posto que uns –os parceiros– non estaban dispostos a invertir sen garantías de estabilidade e sen alterar as regras de distribución, e outros –os propietarios– tampouco aceptaban investir sen modificar ao seu favor as pautas de distribución. Ademais, co novo paradigma, o control do traballo era máis fácil e menos custoso. Moitos propietarios optaron ben por vender a terra, ben polo cultivo directo, máis factible grazas á estruturación do mercado de crédito e de seguros. A mellora destes mercados tamén facilitou que antigos parceiros se converteran en arrendatarios ou incluso en propietarios.

En resumo, o exemplo galego mostra como a parceria coexistiu durante unha longa etapa co desenvolvemento dunha agricultura capitalista, mentres a produción agraria continuou sendo moi intensiva en traballo. Neste sentido, foi algo máis que unha simple vía de transición. Mantívose sen graves desaxustes ata a aparición, a mediados do século XX, de ofertas tecnolóxicas máis potentes que non puideron ser canalizadas por ela. A súa desaparición, con todo, non conduciu á grande explotación con traballo asalariado, senón á explotación familiar. Unha vez máis, o proceso de concentración propio da industria capitalista mostrouse pouco operativo nas economías agrarias. Neste sentido, a evolución da parceria galega non se distinguiu da rexistrada noutras rexións europeas, onde tamén constituíu unha forma específica de desenvolvemento do capitalismo que, como en Galicia, se mantivo ata a II Guerra Mundial.

5. Consideracións conclusivas

A característica máis sobresaínte da nova lexislación sobre arrendamentos rústicos é que a normativa se fai agora máis flexible e adaptada ás peculiaridades de Galicia e á estrutura minifundista das terras, xa que se parte do máis pleno respecto ao principio de autonomía da vontade das

partes en canto á renda, sen previsións correctoras e tamén respecto da duración, en que non se contempla a posibilidade da existencia de prórrogas legais, coa única excepción do arrendamento de lugar acasado, no que se establece unha duración mínima de cinco anos, por razóns de carácter unicamente económico.

Con tal respecto á vontade negocial preténdese satisfacer, como se advertía na *Exposición de Motivos* da Proposta de compilación presentada ao Parlamento galego o 22 de marzo de 1991, unha tradicional aspiración do noso medio agrario, que é a liberalización do mercado de terras e a finalización do continuo descenso deste modo de explotación da terra.

En todo caso, a mentada primacía da autonomía da vontade resulta un principio básico no ámbito actual dos arrendamentos rústicos ante o difícil reto da integración na Unión Europea e, así, nesta mesma liña, está a Lei estatal 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias, o que, en último termo, lle quita boa parte da singularidade que supoñía a normativa galega.

Polo que atinxe á regulación da parcería, nos momentos actuais, é certo que se trata dunha institución bastante superada polas novas realidades agrarias de explotación da terra, polo que, simplemente poñerei de relevo unha vez máis, que resultan excesivos os trinta e oito artigos que a unha institución de carácter residual como a parcería lle dedica a Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia, co cal dou por concluída esta breve aproximación á regulación dos arrendamentos rústicos e parcerías nesta lei. 

A CONSERVACIÓN DO PATRIMONIO URBANÍSTICO-ARQUITECTÓNICO

Almudena Fernández Carballal

Profesora titular de dereito administrativo
na Universidade da Coruña

1. Presentación

A elección dun tema, sexa cal sexa o momento en que deba ser defendido, é sempre unha tarefa de gran responsabilidade que esixe, ademais dunha actividade reflexiva, unha boa dose de intuición. O elixido, neste caso, é unha demostración de tanta utilidade pode render a vella sabedoría e os seus consolidados principios nun tema tan actual e de incompleta e equívoca regulación como é o urbanismo e a edificación. Nel mestúranse cuestións técnicas e xurídicas sensibilizadas cun mesmo problema, en cuxa solución coparticipan o dereito e a arquitectura. En concreto, o presente estudo ten por obxecto expoñer, tras unha completa análise exclusivamente xurisprudencial, as liñas fundamentais dunha institución xurídico-administrativa –tal e como foi cualificada polo TS– cuxa configuración no ordenamento xurídico español se esgota desde distintas normas de diverso rango e carácter.

Refírome á **conservación do patrimonio urbanístico-arquitectónico** ou, dito noutros termos, do patrimonio ordinario das nosas cidades, deixado da man de Deus a prol do patrimonio monumental, completamente tratado pola doutrina científica.

Consiste en proxectar os principios vitrubianos da boa edificación no dereito urbanístico e no dereito da edificación, a través da sólida doutrina

xurisprudencial ata a data existente, co obxecto de valorar a súa nota de influencia e de aplicación na conservación do patrimonio urbanístico-arquitectónico.

Non é aquí o lugar axeitado para analizar o texto de Vitrubio coa ortodoxia que esixe a súa consideración como o único tratado de arquitectura conservado da Antigüidade e o punto de partida necesario para a formulación dun pensamento arquitectónico. Unicamente, seguindo o espírito académico que desde a Real Academia de San Fernando (1757) ata hoxe caracterizou o fenómeno vitrubiano, lembrar a armazón teórica e as funcións básicas das prescricións vitrubianas na boa edificación¹.

A solidez, a comodidade e a fermosura das edificacións enraizáronse como sabios principios teóricos. En canto ás normas vitrubianas e da Antigüidade, estas permitían distinguir o bo do malo, incluso o bo gusto –o belo–, e xulgar con acerto a bondade, a perfección ou a imperfección dos edificios en todas as súas partes.

2. A súa configuración xurídica como deber social

Hoxe fálase de seguridade pública, salubridade pública e de ornato público como requisitos básicos da edificación, pero, tamén, como unhas condicións normais de mantemento das edificacións –ademais dos terreos, urbanizacións e carteis– que constitúen un límite do dereito da propiedade urbanística, cuxo cumprimento ou incumplimento pode xulgarse desde o ordenamento xurídico que o regula.

Co seu desenvolvemento regulamentario nos artigos 24 e 25 do Regulamento de disciplina urbanística de Galicia, aprobado por Decreto 28/1999, do 21 de xaneiro, os arts. 8, 9 e 199 a 203 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, constitúen, esencialmente, un sistema normativo completo a prol da conservación urbanística coa interpretación sistemática que a súa aplicación esixe de acordo co disposto na lexislación xeral do Estado nesta materia –arts. 19 LRSV, 245.1 TRLS de 1992 e 3 e ss. da LOE– así como as normas sectoriais que, en cada caso, resulten afectadas.

Co termo máis prosaico de ornato público recibiu o noso dereito a fermosura concibida por Vitrubio, co seu principal fundamento nas proporcións e outros ornatos, os comúns a toda clase de edificios –pintura e cores– e os propios, na súa época, das ordes dórica, xónica e corintia, e a comodidade, entendéndoa como utilidade, porque expresa mellor o con-

¹ Vid. CASTANEDA, J.: *Compendio de los diez libros de Arquitectura de Vitrubio*. Escrito en francés por Claudio Perrault (tradución), Imprenta de D. Gabriel Ramírez, ano MDCCLXI.

cepto e se corresponde co orixinal latín *utilitas*, incluíndo a salubridade e a habitabilidade que, respectivamente, prevé a vixente lexislación urbanística e a súa complementaria da edificación, segundo a propia aclaración do seu preámbulo.

Segundo Vitrubio, todo edificio debe constar de tres cousas: solidez, comodidade e beleza; circunstancias que lle dá a arquitectura por medio da ordenación e disposición das partes que o compoñen, as que regula con aquela xusta proporción que piden o decoro e a economía. Do que resulta que a arquitectura consta de oito partes, que son a solidez, comodidade, beleza, ordenación, disposición, proporción, decoro e economía, atribuíndolle a calidade á disposición ou á oportuna colocación de todas as partes do edificio, e a súa oposta cantidade á ordenación ou capacidade conveniente de cada unha delas en relación, ambas as dúas, co conxunto da obra. Unha peculiar correspondencia fai Vitrubio co decoro, no sentido de «propiedade» configurada polo Estado, o costume e a natureza das paraxes.

Son esas tres partes esenciais, do latín *firmitas*, *utilitas* e *venustas*, as que recolleu o noso ordenamento xurídico para determinar o contido e alcance do deber xeral e social de conservación, que se lle impón á propiedade en relación con toda clase de terreos, urbanizacións de iniciativa particular e construcións. Un deber que, respecto ao obxecto protexido da edificación, se regula na LOE como a última fase do proceso da súa ordenación co seu respectivo axente, ben o propietario ben o usuario.

Xa desde o dereito privado, no art. 389.2 do Código civil e no art. 107 da LAU, se lle esixe á propiedade o deber de manter as edificacións no debido estado de conservación e seguridade, cuxo fin, a lexislación do solo, pon en mans da Administración a potestade suficiente para que poida intervir con ese obxectivo, sen que iso cree unha franquía para poder operar libremente sen atrancos e sen a menor garantía para o administrado.

Pero con independencia do que deriva do Código civil e da LAU, a preocupación do noso constituínte por destacar a función social da propiedade atopa unha das súas manifestacións máis importantes neste deber de conservación urbanística en canto risco que forma parte da propia fisonomía do dereito da propiedade do solo.

Así, o deber xurídico de manter os terreos e as construcións en perfecto estado de uso e de imaxe urbanística álzase como un límite que configura o contido normal do dereito de propiedade, outorgando a este un carácter social. O que determina que o incumprimento ou o cumprimento defectuoso do deber municipal de vixilancia e prevención que se lle atribúe aos concellos non exonera aos propietarios do seu deber de conservación e das consecuencias derivadas do seu incumprimento. O contrario suporía lexitimar a omisión dunha obriga pola simple escusa de non ter compelido a cumprila.

E así é, como se verá, como o deber de conservación se converte en obriga á raíz do seu incumprimento, habilitando á Administración para ordenar a realización das obras necesarias e, polo tanto, para, se é o caso, proceder á execución forzosa do acto administrativo que as impón.

Desde unha perspectiva legal, son múltiples as normas que, na lexislación urbanística das comunidades autónomas e de acordo co marco básico estatal, regulan este límite do dereito de propiedade urbana, aínda que non sempre coa mesma sensibilidade que require repensar esta institución.

De feito, coñecida a especial configuración da propiedade urbanística a través dos plans, consecuencia da remisión que a lei lle fai a estes, no suposto de que o deber xeral analizado non estea expresamente trasladado á particular normativa urbanística de cada municipio, debe entenderse implicitamente contido nela como «un deber básico de todo o sistema urbanístico».

3. O obxecto protexido: terreos, urbanizacións, construcións e carteis

Mentres que a lexislación urbanística estende o seu **obxecto protexido** a toda clase de terreos, urbanizacións de iniciativa particular, construcións –incluídos os carteis–, a súa complementaria da edificación, en canto que regula o proceso construtivo que deriva neste resultado e só dese resultado –pois non toda construción é na LOE edificación– limita a conservación ao seu ámbito de aplicación, distinguindo dous deberes distintos pero intimamente relacionados entre si. Por un lado, o deber de uso que se lles impón aos usuarios, sexan ou non propietarios, e, por outro lado, o deber de conservación que recae sobre a propiedade coas peculiaridades que se analizarán ao tratar a esta como suxeito pasivo do citado deber.

O ordenamento urbanístico vixente é rotundo ao estender o deber básico de conservación a «toda clase de terrenos» que se atopen nunha «situación urbanísticamente inadecuada», desde o tradicionalmente chamado solo na súa realidade natural –único contido esencial ou mínimo do dereito de propiedade– ata aqueles terreos nos que, por obra do planeamento, se van incorporando outros contidos urbanísticos que, secuencialmente, lle outorgan unha aptitude potencial para ser urbanizados ou lle atribúen a condición de urbano ou, se é o caso, de terreo edificable, xa sexan de carácter público ou privado.

Así, o ordenamento urbanístico vincula xuridicamente aos propietarios dos terreos «imponéndoles el deber de adoptar un concreto comportamiento: mantener en condiciones de seguridad, salubridad y ornato sus

terrenos», sendo competencia dos concellos darlles as ordes de execución necesarias para manter a súa conservación «por razóns urbanísticas».

Agora ben, de acordo coa clasificación do solo e o peculiar réxime xurídico que se deriva das distintas categorías, a modulación do deber de conservación na súa aplicación aos terreos resulta manifesta. E isto, en función das distintas clases, incluso da opción urbanística que adopte cada órgano competente respecto á concepción da residualidade ben do solo urbanizable ou ben, seguindo o criterio tradicional, do non urbanizable no seu modelo de ordenación da cidade.

A necesidade de diferenciar as condicións de conservación dunha masa arbórea de eucaliptos –hipoteticamente solo non urbanizable ou urbanizable diferido ou non delimitado– ou dun terreo edificable «perfectamente normal», en relación coa súa limpeza e/ou valado, xustifica a consideración.

No caso dos terreos edificables, en principio, pechar ou cercar as herdades «empieza por ser uno de los derechos ínsitos en el derecho global de la propiedad» (art. 388 Cc). Uns dereitos que se transmutan en obriga, sobre todo, cando aos propietarios dos terreos edificables, ou dos terreos emprazados no solo urbano, se lles impón cerralos ou cercalos por motivos estéticos e de salubridade. Cando unha parte do terreo edificable permanece aberto aféctalle á seguridade por servir de acubillo a persoas non identificadas, á salubridade, no caso do depósito de lixo, e á estética que existe a súa concreta situación xeográfica.

Un deber de conservación que se transmite a sucesivos propietarios de acordo cos principios de subrogación real e de inalterabilidade do status da propiedade acuñados pola xurisprudencia neste sentido.

E non constitúe unha válida obxección para desatender este deber que os terreos de referencia non sexan susceptibles de edificación, ben pola tardanza municipal na formulación do correspondente plan de desenvolvemento ben porque no PG se prevexa o seu destino como zona verde. Estas circunstancias non deben abrir unha paréntese que contradiga a suxeición a este deber, sen prexuízo das consecuencias indemnizadoras que noutro momento poidan derivarse se a propiedade afectada por esa zona verde sufrira unha restrición no seu aproveitamento que non poida ser obxecto de equidistribución.

Sen necesidade de chegar a este extremo de comparación, atopan cobertura no art. 19 LRSV e concordantes autonómicos: unha orde municipal de cubrición dun tramo dunha canle imposta a unha comunidade de regadores nunha lonxitude determinada, unha orde de realización de obras de poda de ramas de árbores que invaden unha vía pública ou unha orde de execución dun muro de contención de terras nunha parcela por razóns de seguridade para evitar o seu derrubamento sobre a vía pública.

Neste sentido, se ben as rúas, prazas, camiños ou paseos son bens municipais, non así as cercas, valos, tapias, muros, paredes, cerramentos ou fachadas que delimitan as vías públicas coas fincas particulares, que deben considerarse de propiedade privada, agás que se probe o contrario. E de aí que, nestes casos, a imposición dunha orde de execución polo concello non requira ningún deslinde, xa que o deslinde o establece, xustamente, o muro ou valo que separa e limita a rúa pública da finca particular.

En canto ás urbanizacións de iniciativa particular, isto é, os servizos de infraestruturas mínimos necesarios cuxa execución require un terreo para acadar a condición que, en xeral, lexítima a edificación –servizos de acceso rodado, abastecemento e evacuación de augas, subministración de enerxía eléctrica e xardinaría– imponse, así mesmo, a súa conservación en condicións de seguridade, salubridade e ornato públicos a cargo da propiedade ou da entidade que a executa en tanto non se efectúe a súa cesión ao concello.

Superada a doutrina xurisprudencial conforme á cal era necesario un acto formal de aceptación da cesión por parte da Administración, o actual criterio mantido polo TS é o de considerar como «posible, válido e eficaz la recepción y aceptación, deducible de los actos propios de la Administración vinculantes para la misma», como é a imposición de contribucións especiais.

Pode acontecer que un elemento de urbanización, como é o caso dunha praza, sexa de uso público pero de propiedade privada. Son os propietarios os que teñen a obriga de conservar as instalacións e a urbanización en condicións que garantan a seguridade, salubridade e ornato públicos. Se a praza é de uso público, os propietarios aos que se lles impoña unha orde de execución de obras para a súa conservación poderán formular as reclamacións que consideren oportunas e que se deriven dese uso público, sen que, en ningún caso, sirvan de base para unha eventual limitación ou derogación dun deber xurídico social que a lexislación urbanística lle impón á propiedade.

Agora ben, na medida en que esta obriga «tiene poco que ver con la equidistribución de beneficios y cargas» derivada do planeamento urbanístico, «la razonable compensación que el uso público de la propiedad particular ha de comportar en el pago de los gastos de conservación tiene su adecuado tratamiento en las vías negociables y de disposición de derechos».

Por outra parte, a idoneidade, calidade e profesionalidade dun proxecto de urbanización contribuirá, en cada caso, ao cumprimento efectivo do devandito deber na súa proxección sobre a urbanización.

Non se pode esquecer que os proxectos de urbanización son proxectos de obras que deben detallar e programar as obras que comprenderá coa previsión necesaria para que poidan ser executadas por un técnico dis-

tinto do autor do proxecto. Sendo ese mesmo grao de concreción e detalle o punto de partida inicial para o adecuado mantemento dos servizos urbanísticos e instalacións que configuran a urbanización: acceso rodado (viais, rúas, beirarrúas, cos seus respectivos labores de asfaltado, pavimentación e encintado), redes de sumidoiros, telefonía, alumado público, abastecemento de auga, coas súas canalizacións, xardinaría, etc.

Efectivamente, a lexislación urbanística permite a realización da urbanización previa ou simultaneamente á edificación baixo determinadas condicións. Pero, calquera que sexa a opción elixida polo promotor, a obra urbanizadora haberá de realizarse na súa totalidade coas calidades normalmente esixidas no tocante á extensión e calidade plasmadas no proxecto. De aí que, de acordo co principio de subrogación real, o promotor dunha urbanización non poida desligarse dos deberes contraídos pola venda dos edificios, incluída a reparación da urbanización cando sexa necesaria.

En canto ás **construcións**, a modificación terminolóxica adoptada pola LRSV en relación cos seus precedentes legislativos –substituíndo o termo edificación por construción–, sen dúbida, supón un paso adiante na regulación do deber de conservación, en plena harmonía coa súa complementaria, aínda que posterior, Lei de ordenación da edificación.

Falar de edificacións para a imposición do seu mantemento supón excluír do seu ámbito de obriga a determinadas obras e construcións que, así mesmo, requiren a súa conservación nas condicións mínimas que prevé esta lei, é o caso das obras menores ou construcións agrarias sinxelas que non precisan dun proxecto técnico ou das ordinariamente denominadas provisionais.

Considérase edificación na LOE calquera que sexa o uso ao que se destine e calquera que sexa a clase de solo no que se vaia emprazar, para os efectos da súa conservación: a) as obras de edificación de nova construción; b) as obras de ampliación, modificación, reforma ou rehabilitación que alteren a configuración arquitectónica dos edificios; e c) as obras que teñan o carácter de intervención total ou parcial en edificacións catalogadas ou que dispoñan dalgún tipo de protección de carácter ambiental ou histórico-artístico.

A referencia urbanística á tradicional clasificación tripartita do solo, urbano, urbanizable e non urbanizable, coas equivalencias autonómicas correspondentes, impón a equiparación con vistas á conservación dunha edificación propia do solo urbano ou do urbanizable, incluídas as de carácter provisional, a unha edificación ou construción nun solo non urbanizable autorizada como actuación de interese público ou social, con independencia do uso ao que se destine esta.

E isto, porque todo edificio representa un interese arquitectónico que hai que conservar, con independencia da súa inclusión ou non nun catá-

logo, nun plan especial ou de que constituía un reflexo da cultura indicativa dun determinado período.

Abandónase aquí a enraizada dicotomía entre edificios protexidos dos que, *a priori* e administrativamente, non o son pero que constitúen o patrimonio urbanístico-arquitectónico ordinario das nosas cidades.

Un último obxecto protexido por esta lei a prol da súa conservación son os carteis ou valos publicitarios que, a pesar da súa omisión na lei, han de conservarse en canto construción coa finalidade de garantir a súa seguridade e manter a súa estética, evitando os perigos que o seu inadecuado mantemento lle supón á propiedade e ao interese xeral.

4. O seu contido e finalidade. Factores ordinarios de seguridade, salubridade e funcionalidade, ornato público, estética e oportunidade. As condicións normais ou mínimas de mantemento, a imaxe urbanística e a harmonía paisaxística e o medio urbano

Unha vez exposto o obxecto protexido do deber de conservación, o seu contido concrétese na lei en tres factores ordinarios coa finalidade de manter os terreos e construcións nunhas «condicións mínimas» ou condicións normais de mantemento que contribúan a garantir e salvagardar a «imaxe urbanística», a harmonía paisaxística e o medio urbano, de acordo co principio de desenvolvemento sostible.

Son eses factores os mesmos que Vitrubio consideraba principios básicos de organización da edificación, se ben, aquí, cun alcance obxectivo máis amplo pola esixencia da súa extensión a terreos, urbanizacións e construcións, os que imponen a súa distinción.

Por un lado, a lexislación urbanística fala de seguridade pública, de salubridade pública e de ornato público. E, por outro lado, a LOE regula como requisitos básicos da edificación –nas súas respectivas fases de proxecto, construción, execución e conservación– a seguridade, a habitabilidade e a funcionalidade, cos distintos tipos que se mencionan e coa obrigada remisión a normas de distinto rango e, en especial, ás NBE e NTE que os regulan en tanto non se aprobe o Código técnico de edificación.

Sálvase, así, a conceptualización destes factores como xurídicos indeterminados. A súa concreción no Proxecto técnico permitirá non só a súa adecuada conservación nas mesmas condicións autorizadas, senón a súa imposición pola Administración de acordo cos principios de proporcionalidade e de *favor libertatis* que pautan a intervención administrativa.

Tres cuestións de interese derívanse das análises destes factores de seguridade, salubridade e ornato públicos de referencia.

Precisamente, arredor da concepción da seguridade como condición

normal de mantemento de toda clase de construción, de forma que non impliquen risco para as persoas e as cousas ou bens, a xurisprudencia creou unha sólida doutrina na delimitación competencial dos distintos técnicos profesionais.

A LOE, ademais de distinguir tres tipos de seguridade que hai que garantir (o que Vitrubio definía como firmeza e solidez do edificio) vén clarificar, substancialmente, o panorama e a tradicional dicotomía competencial entre os arquitectos e os arquitectos técnicos en canto á redacción de proxectos edificatorios. Partindo da regulación contida na Lei 12/1986 de atribucións profesionais e dos tres principios xurisprudenciais solidamente consolidados neste sentido –liberdade, especialidade e plenitude de competencias–, delimita o ámbito competencial dos distintos técnicos en función do uso da edificación e do concepto que desta fai na súa configuración tripartita.

Por unha parte, de acordo coa Lei 12/1986, estes profesionais poden elaborar proxectos enmarcados no ámbito da súa especialidade, que é a execución de obras, concretamente, as de arquitectura «concebida como el arte de proyectar y construir edificios en general, en su más variada tipicidad», estendéndose a súa competencia á elaboración de proxectos nos supostos de obras e construcións «que no precisen un proxecto arquitectónico», independentemente dos casos legais e expresamente admitidos de intervencións parciais en edificios construídos que non alteren a súa configuración arquitectónica, así como as de demolición e organización, control, seguridade e economía das obras de edificación e das súas instalacións auxiliares.

O concepto de «proxecto arquitectónico» que menciona a Lei 12/86, certamente, é un concepto xurídico indeterminado que o TS entendeu como «todo proxecto que por su entidad y características exceda de los conocimientos exigibles a los arquitectos técnicos, en virtud de los estudios legalmente determinados para alcanzar su titulación media».

A cuestión, entón, da competencia profesional dos arquitectos técnicos ten que resolverse en función da entidade dos estudos desa carreira, afirmándose a súa facultade de proxectar cando sexan obras e construcións de nova planta que carezan de complexidade técnica construtiva, excluindo, con carácter xeral, as construcións destinadas ao uso público e, á raíz da LOE, as residenciais.

Parece lóxico, polo tanto, que sendo a finalidade dos proxectos construtivos a de «asegurar y garantizar la seguridad de las edificaciones, y en definitiva, de la propia vida humana y seguridad personal», as dúbidas ou vacilacións que se puidesen dar en torno ao concepto xurídico indeterminado de «proxecto arquitectónico» debíanse resolver «en el sentido de la búsqueda de las mayores garantías posibles y, por ende, de la exigencia de la titulación propia de los estudios superiores». Unha valoración que

ha de facerse atendendo aos supostos e circunstancias concorrentes en cada caso específico estudado: natureza, complexidade e destino da obra «en pro de la solución que ofrezca mayor seguridad».

O feito de non ter sido obxecto de definición legal, diferíndose a concreción do concepto de «proxecto arquitectónico» a unha lei aínda non promulgada, no seu labor de integralo e de dotalo de contido, en ningún caso se poderá identificar cun proxecto de arquitecto superior. Por un lado, a existencia doutros técnicos deste grao igualmente capacitados para proxectar obras de arquitectura impídeo, e, polo outro, deberá seguirse o criterio dos estudos realizados e superados ou dos coñecementos adquiridos para xustificar, en cada caso, a «limitación» que o devandito concepto supón para os arquitectos técnicos.

De aí que haxa que distinguir as obras de «contido arquitectónico» das obras que afecten á «estrutura arquitectónica» dos elementos a modificar, en cuxo caso si poderá requirirse un proxecto suscrito por un arquitecto superior.

Acontece que cando unha obra ten, realmente, contido arquitectónico é difícil de determinar. A dicción dos preceptos da Lei de atribucións 12/1986, do 1 de abril, non ofrece un criterio claro, como tampouco o fai a vixente LOE, a cal se refire, indistintamente (art. 10.2), á subscrición do proxecto por arquitectos ou enxeñeiros superiores ou técnicos, de acordo cunha triloxía de usos, que lle permite ao aparelador proxectar un centro comercial ou deportivo como edificación de nova planta.

En realidade, «lo que se presenta como un conflito entre dos profesiones está planteando en el fondo el tema de las garantías de la seguridad en la edificación y, por lo tanto, de la vida humana», unha «garantía de seguridade» pola que ha de velar e tutelar a Administración [art. 21.2, c) RSCL].

A comodidade ou a funcionalidade, a habitabilidade ou a utilidade e a hixiene ou a protección do medio constitúen, así mesmo, unhas condicións básicas a garantir en todo acto de edificación e uso do solo e a prol do seu mantemento, con independencia da clase e destino asignada pola ordenación urbanística.

Segundo xa explicaba Vitrubio, para que un sitio sexa cómodo ten que ser fértil, accesible e san. Unha adecuada disposición das partes dun edificio contribúe a garantir a súa salubridade tanto en relación co ambiente interior coma exterior, como vén sinalando despois de moitos séculos a LOE.

Son múltiples as manifestacións de actividades e instalacións directamente implicadas co ambiente exterior. A concorrencia de títulos competenciais en materia de urbanismo e de actividades clasificadas devén, especialmente sensible, cando lle afecta á perspectiva sanitaria ou ao medio e, en xeneral, á calidade de vida.

De aí que, de acordo co obxecto das licenzas de garantir o uso e gozo das edificacións «en condicións normais», o órgano competente para o seu outorgamento poderá esixir, ao abeiro e coa interpretación da lexislación sectorial aplicable, as medidas correctoras que considere adecuadas para protexer eses valores.

Porque por prescrición do art. 3.1 do Cc, esa interpretación da norma ten que facerse conforme á realidade social do tempo en que ha de ser aplicada, atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e finalidade –a conservación–. O propietario de todo tipo de terreo e construción deberá manter estes en condicións de seguridade e salubridade –de ornato ou estética resulta, neste caso, máis forzado– «según son entendidas comunemente y en un momento histórico determinado».

Así, como exemplo, a seguridade pode esixir a adaptación dunha instalación eléctrica á normativa vixente aínda que non estivera a antiga e a salubridade que se coloquen sanitarios onde non existían ou que se pinte o que só estaba encalado, pero, tamén, a retirada de cascallos, lixo ou restos de aparellos nunha finca, ben sexa por acción do propietario ben por terceiras persoas que coas súas accións utilizan indebidamente a propiedade allea.

Aínda que a LOE distingue, explicitamente, os requisitos básicos relativos á habitabilidade, por un lado, (protección contra o ruído, aforro de enerxía e illamento térmico), e á funcionalidade, por outro (na utilización e na accesibilidade aos servizos), nada impide entender a primeira dentro do concepto máis xeral de funcionalidade ou utilidade que, aínda non sendo contemplado pola lexislación urbanística como tal, resulta perfectamente subsumible como condición de salubridade.

E en terceiro lugar, en canto ao **ornato público, á estética** e, en definitiva, **á arquitectura**, o seu baleiro legal na LOE –aspecto criticado pola doutrina científica– ten que satisfacerse parcialmente por remisión á lexislación urbanística con vistas á súa protección a través das normas de aplicación directa, do planeamento urbanístico, da normativa municipal e das específicas limitacións e condicións impostas pola lexislación autonómica.

Non é o momento para vulgar a amálgama de conceptos e expresións que se funden, desde unha perspectiva xurídico-técnica para determinar as limitacións da estética e do ornato público en toda clase de terreos e construcións. O ordenamento xurídico español recuperou, así, coas limitacións propias dunha época de parcial xustaposición ás nosas cidades –entre frisos e volutas, follas de acanto e estrías biseladas–, a fermosura concibida por Vitrubio, co seu principal fundamento nas proporcións, así como a pintura, as cores e os materiais que se empregaron en relación coa súa boa execución.

Dous tipos de fermosura distinguía xa este autor en relación cos edificios: a positiva, que depende da simetría, da riqueza da materia e da súa

boa execución, e a fermosura arbitraria, que pode ir tinxida de prudencia –uso razoable das fermosuras positivas– ou de regularidade, isto é, de acordo coas leis e o costume, garantindo o ornato público que esixe o noso sistema xurídico urbanístico e da edificación.

Así, a recuperación do que pode considerarse parte da entidade e realidade social dun determinado pobo, como é o galego e o seu medio rural, coa imposición desde a lei dunha tipoloxía edificadora –contraria á máis elemental uniformidade– e dos seus materiais tradicionais (como son a pedra, a tella, a cerámica e o ferro) complementábase cunha permisión excepcional cuxa interpretación restritiva nin exclúe o indianismo como estilo nin a modernidade como corrente dentro da arquitectura, coa xustificación motivada que lle esixe a súa solicitude por remisión ao proxecto que a acompañe.

O mantemento en condicións de ornato sofre a prohibición de calquera tipo de actuación urbanizadora e edificadora sobre terreos ou construcións que prexudique ou deteriore a «apariencia urbana» ou a «ímaxe urbana». É unha obriga mínima de conservación acorde co seu carácter social, como contraposición ao carácter especial co que a lexislación urbanística configura este deber por razóns de interese turístico ou estético, ou respecto de obras necesarias para a conservación de inmobles que se inclúan en catálogos ou en plans especiais.

As ordes de execución de obras están, polo tanto, neste sentido, limitadas pola súa propia finalidade ás obras necesarias para conservar as condicións de ornato, non podendo ir máis alá, en virtude do principio de proporcionalidade sancionado nos arts. 4 e 6 do RSCL, do que estritamente esixa manter o inmovible no seu estado normal de ornato e, por lóxica analoxía contraditoria, non caberá impoñelas no suposto de que a lexislación urbanística supedite a declaración de ruína. Porque as obrigas dos propietarios e a potestade da policía asignada á Administración ceden cando os danos non son reparables por medios normais, cando o custo das reparacións necesarias para a conservación do inmovible, nas mencionadas condicións mínimas, supere o cincuenta por cento do valor do edificio, excluído o do terreo edificable, ou cando concorran circunstancias urbanísticas que aconsellan a demolición.

O procedente nestes casos non é obrigar a reparación, senón declarar o estado de ruína en canto teito máximo de obriga ou límite negativo do deber de conservación.

Abocado un inmovible á desaparición física, resulta contrario aos máis elementais principios económicos obrigarlle ao propietario a realizar as reparacións que se sabe de antemán que van ser inútiles, xa que o seu destino non vai ser outro que o derrubamento. Unicamente se admite a excepción daquelas obras imprescindibles de seguridade ou salubridade necesarias para evitarlle danos a persoas ou cousas, no ben entendido

suposto de que tales reparacións han de ser de recoñecida urxencia e de carácter provisional e excepcional.

En concreto, a esixencia de ornato público «no puede ser entendida como obligación de los propietarios de mantener a su costa el valor histórico o artístico de los edificios (que, en cuanto valores sociales, deben ser a cargo de la sociedad) sino de que se cumplan en las normales condiciones estéticas». Se exceden desa medida, deberá ser o concello que as ordene quen teña que satisfacer o seu custo, «lo cual es lógico pues se imponen más por razones de interés general que por conveniencia del propietario».

O ornato público pode definirse para un sector concreto no que se inclúan determinados edificios (poñamos de exemplo, o centro dunha cidade) plenamente xustificadas polas características do contorno. Unha «integración en la ornamentación urbana» que constitúe un concepto xurídico indeterminado, valorable en función das circunstancias urbanísticas concorrentes en cada caso concreto.

Así, cando un edificio se inclúe nun contorno urbanístico cuxa estética se resinte gravemente con danos na pintura de fachadas, enfuscados, peitorís, molduras, adornos e carpintaría de madeira exterior, deberán considerarse como necesarias e, necesariamente esixibles, as obras dirixidas a conservar en condicións de ornato público un edificio neste concreto sector urbano.

Polo tanto, cales sexan, en cada caso, as condicións de conservación susceptibles de serlle impostas á propiedade sobre os terreos, urbanizacións de iniciativa particular, construcións, carteis e edificacións para evitar «deficiencias urbanísticas» imputables á propiedade non entran dentro das potestades discretionais que o ordenamento xurídico llas atribúa á Administración.

Mentres que para as urbanizacións e construcións –incluídas as edificacións–, estas condicións non son outras que as que, nun momento anterior, foron valoradas polo concello no proxecto de urbanización e no proxecto técnico, respectivamente, no caso dos terreos, a súa seguridade e salubridade haberá de determinarse en función do suposto concreto atendendo ás diversas circunstancias que se prevén desde esta lei.

Ao non ser o mesmo un terreo que ten a condición de terreo edificable ca unha herdade con árbores corpulentas, o deber de conservación ha de ser modulado en canto á súa estrita esixencia, tendo en conta as prescricións que se imponen desde a lexislación urbanística, no Código civil (arts. 390, 391, 591, 1907 e 1008) e nas ordenanzas municipais sobre o uso do solo.

En relación coas edificacións, a lexislación urbanística imponlles aos seus propietarios a obriga de mantelas en condicións de seguridade, salubridade e ornato públicos, que se traduce na realización das obras necesarias para o mantemento destas nas devanditas condicións.

A finalidade destas obras non pode ser outra que a de manter a finca urbana en «condiciones normales de servir de habitabilidad a sus moradores presentes o futuros, reales o potenciales, dentro del tracto normal de la vida de ese edificio, y mientras está en condiciones mínimas de normal supervivencia». Unha finalidade constatada nun momento anterior, xa que o último obxecto das licenzas consiste, precisamente, en garantir o uso e o gozo das edificacións «en condiciones normales».

De aí que, en relación co deber de conservación e no que toca á condición de seguridade, só poidan impoñerse as obras «estritamente necesarias» e «imprescindibles» para evitar a caída da construción ou os perigos a persoas ou bens. A Administración só pode impoñerlle á propiedade a realización das obras mínimas necesarias para manter a seguridade do edificio, «en evitación de desgracias personales o de daños materiales de consideración», debendo catalogarse entre as destinadas a «proveer a la seguridad pública y personal» que prevé o art. 117, b) LBRL.

En canto ás condicións de salubridade, só serán xustificables aqueles gastos incluídos no «concepto de salubridad o habitabilidad socialmente aceptado, que es el predicable de los edificios destinados a habitación en el momento presente».

En concreto, a esixencia de ornato público non pode ser entendida como obriga dos propietarios de manter ás súas costas o valor histórico ou artístico dos edificios (que, en canto valores sociais, deben ser a cargo da sociedade), senón de que se cumpran neles as normais esixencias estéticas.

En definitiva, a seguridade, a salubridade e o ornato públicos constitúen conceptos xurídicos indeterminados nos que hai que darlles preferencia na súa apreciación ás valoracións de quen institucionalmente ten encomendado o coidado dos intereses colectivos, fronte aos criterios, loxicamente, subxectivos dos particulares. O que non significa que na aplicación de tales conceptos xogue a vontade da Administración, pois tal apreciación discrecional ha de consistir nun «juicio de comprensión de unas circunstancias reales», dunha esfera da realidade que, en función das circunstancias concorrentes, non pode ser de ningún xeito restritiva para o dereito de propiedade.

5. Suxeitos intervinientes. Suxeito pasivo: a propiedade.

Suxeito activo: a Administración

Calquera que sexa a configuración dogmática que se lle atribúa ao dereito de propiedade do solo –cuxo contido estatutario parece o único que, conforme ao ordenamento vixente, pode atribuírselle– a Administración carece de potestade para impoñer ordes ou mandatos de execución dirixidos contra o núcleo constitucionalmente garantido do dereito de propiedade urbanística (art. 33.1 CE).

O ordenamento urbanístico, xa a nivel básico no art. 19 LRSV (art. 9 LOUPMRGal) configura o dereito de propiedade como un feixe non só de facultades, senón tamén de deberes, un dos cales é, precisamente, o de manter todo tipo de terreos e construcións nas condicións de seguridade, salubridade e ornato públicos. Aparece, así, o deber de facer reparacións integrando o contido normal do dereito de propiedade, ou noutros termos, dentro dos límites, coa súa respectiva función delimitadora desta forma de dominio, establecidos no estatuto da propiedade para o exercicio das facultades dominicais, de tal maneira que, todo o que exceda nunha orde de execución de obras do mantemento das condicións ordinarias de seguridade, salubridade e ornato públicos, é dicir, do «mantemento normal» destes, do que estritamente esixa volver o inmovible ao estado normal de seguridade, salubridade e ornato públicos de sorte que poida cumprir a súa función, non cabe no deber de conservación á conta do seu dono.

Coa consecuencia de que os gastos correspondentes correrán a cargo dos fondos da Administración que os ordene, respecto de todas as obras que superen este «deber de conservación normal» e persigan a obtención de melloras de interese xeral, en beneficio doutros intereses arquitectónicos, históricos, botánicos, de tipismo etc., da cidade enteira. O suposto de «mejoras de interés general» (art. 246.2 TR/92) érguese, así, como o límite positivo do deber analizado.

O concepto de ornato que utiliza esta lei, xunto coa seguridade e salubridade, é o que habilita á Administración municipal para ditar as «ordes de protección» necesarias para a conservación dos terreos e construcións en tales condicións, **no exercicio da súa función inspectora ou de policía urbanística**, podendo actuar subsidiariamente de acordo co carácter social deste deber.

6. Procedemento: 1. A actividade de instrución: principios informantes e trámite de audiencia; 2. Medidas correctoras e de intervención: a orde de execución, a execución subsidiaria e o expediente sancionador

1. A actividade de instrución: principios informantes e trámite de audiencia

O deber xenérico dos propietarios de manter os terreos, construcións e urbanizacións de iniciativa particular en condicións de seguridade, salubridade e ornato públicos só se transforma en «obligación jurídica estricta» cando a oportuna **orde municipal de execución** comina a tal realización de obra, de modo concreto, específico e detallando as operacións que hai

que realizar de forma que, se tal requirimento non é concreto, este é desconforme a dereito e carente de efectos xurídicos por incorrer en vicio de indefinición sancionado pola lei coa nulidade de pleno dereito.

Esta potestade de disciplina urbanística, manifestada nas ordes de execución de obras, ha de exercerse de acordo co principio de oficialidade procedemental e previa instrución dun expediente tramitado con todas as garantías. Débese comprobar neste a necesidade ou non das obras e a súa realidade tendo en conta os principios de proporcionalidade e de *favor libertatis* e débese requirir formalmente ao interesado para posibilitarlle o planeamento das alegacións oportunas e a interposición dos recursos pertinentes tanto na vía administrativa coma xurisdiccional.

É dicir, en canto impón prestacións a cargo do seu concreto administrado, o proceso constitutivo destas ordes deberá incluír a audiencia deste como elemental requisito derivado dos principios de garantía e seguridade informantes do ordenamento xurídico, coas excepcións que, como garantía doutros principios informantes, han de admitirse.

Fálase, neste sentido, da «relativización de este acto de instrución» –a audiencia–, negándolle ao acto administrativo adoptado sen esta un relevo que non ten case validez.

Non hai dúbida de que o trámite de audiencia constitúe un dos principios cardinais do noso ordenamento xurídico e o principio esencial do procedemento administrativo que se alza como garantía dos administrados para evitar a súa indefensión.

Agora ben, este carácter case sagrado da audiencia non pode desnaturalizar o seu verdadeiro significado cando opera na súa vertente funcional: asegurar a efectividade do principio de contradición en vía administrativa para a máis e mellor segura defensa dos dereitos e intereses dos administrados.

De aí, a necesidade de conxugar esa defensa coa evitación de nulidades e retroaccións de procedemento, perturbadoras na boa marcha da actuación administrativa e, na maioría dos casos, tan prexudiciais para os propios particulares. É necesario sopesar os proles e os contras dunha e outra saída, optando polo principio de economía procesual cando os perigos de indefensión queden reparados coa utilización dos medios que o ordenamento lle puxo á súa disposición.

É o suposto máis típico da interposición de recurso contencioso-administrativo cando a propiedade consinta unhas obras na súa finca. Ou se, nun momento anterior, no recurso previo de reposición, puido probar, alegar e opoñer cando o estimara pertinente a súa defensa. Pero tamén, cando son ordes de execución de obras urxentes de seguridade dada a natureza inminente dos danos que hai que evitar, cando existan distintos copropietarios, sempre que algún deles fora oído, ou, en fin, nos supostos de suspensión dos actos de edificación ou uso do solo como medida

cautelar para evitar a consolidación de edificacións ou o aproveitamento que esixe a súa execución inmediata.

Ata agora falouse da propiedade ou do propietario como suxeito pasivo do deber de conservación, tal e como se dispón nas leis que o regulan. Pero esa audiencia á que antes me referín e esa concreción no requirimento á que logo me referirei pode facerse a quen teña «aparencia» de titular dominical dos obxectos incluídos no ámbito material do deber de conservación.

Está claro que a actuación administrativa neste campo se entende sen prexuízo das cuestións de titularidade, pero tamén resulta claro que, para o exercicio das súas atribucións en materia urbanística, debe partir de «las situaciones de hecho y de las apariencias de titularidad existentes a fin de residenciar en personas determinadas los requerimientos que procedan en orden al buen estado de conservación de los terrenos y construcciones».

Deste xeito, a actuación da Administración debe considerar con arranxo ás leis sempre que este requirimento apareza dirixido contra a persoa ou entidade que reúna aquela aparencia. É o caso dun titular da licenza –sobre todo, no ámbito das actividades clasificadas.

E tampouco se pode excluír a posibilidade das ordes dirixidas ao propietario dun terreo ou edificio limítrofe «siempre que se demuestre que, por su inestabilidad, deterioro o insuficiencia causa daño o riesgo a la seguridad, salubridad u ornato públicos de un tercero que se trata de proteger mediante el ejercicio de estas potestades municipales de policía y protección».

Noutro caso, o concello tería que rozar ante uns problemas de propiedade para o que carece de competencia ou habería que esperar á súa resolución polos xuíces ou tribunais en detrimento da inmediata seguridade das persoas e cousas. Sen prexuízo, naturalmente, de que se a orde foi dirixida a quen non é o auténtico propietario poida, o que atendera a orde, sancionar de repetición contra aquel en cuxo beneficio se fixo.

Se a propiedade se cualifica como dubidosa ou está por determinar, unha alegación neste sentido non desvirtúa os efectos dunha orde de execución de obras. Se así fose, calquera propietario podería eludir indefinidamente as súas obrigas con só repetir a mesma alegación a cada requirimento administrativo.

Un lugar importante neste procedemento ocúpalo os informes municipais, verificados tras a preceptiva inspección ocular, en canto actos de instrución adecuados para a comprobación dos datos e antecedentes básicos para o pronunciamento da decisión. Neles, deberán concretarse as obras de reparación que se teñen que realizar, as súas características, natureza, contía e procedencia e a realidade das deficiencias, prevalecendo, consecuencia do seu valor apodíctico, sobre a proba pericial que, no seu momento, se efectúe.

2. Medidas correctoras e de intervención: a orde de execución, o réxime de execución subsidiaria e o expediente sancionador

Sobre a base do informe deberá impoñerse a correspondente orde de execución que garante as condicións normais de conservación de seguridade, salubridade e ornato por razóns urbanísticas. En canto medida ou orde de intervención na actividade dos particulares, participa de tres trazos fundamentais:

- a) En primeiro lugar, son ordes individuais constitutivas de mandato para a execución dun acto ou a prohibición deste.
- b) En segundo lugar, polo seu carácter de intervención, ha de ser congruente cos fins aos que se dirixe, dado que a congruencia e a proporcionalidade constitúen o fundamento básico que determina a licitude da intervención administrativa.

É dicir, o obxectivo que a Administración trata de conseguir co contido dunha orde ha de ser subsumible na finalidade acuñada polo ordenamento xurídico ao atribuírlle a potestade de cuxa actuación se trata. Finalidade que non é outra que o mantemento dos terreos, urbanizacións e construcións en condicións normais de seguridade, salubridade e ornato.

Toda orde de execución que se considere excesiva suporá unha infracción do principio de proporcionalidade, un abuso de dereito e incluso de poder, excedendo, manifestamente, os límites normais do seu exercicio.

- c) E en terceiro lugar, a orde de execución é un *facere*, unha orde de facer, á que se lle require para poder ser cumprida, para o efecto de que de non o ser se lexitime a execución subsidiaria, xustificación, concreción, valoración, presuposto, incluso unha metodoloxía que se debe seguir e uns prazos, considerando o estado ou o destino da finca no momento presente, pero tamén o que se estima racionalmente posible e previsible en relación co futuro ata o total remate das obras, de modo que o obrigado teña tempo e oportunidade para efectualas.

Nunca se lle pode esixir aos administrados un *facere* cuxo contido material non se coñeza tanto neste primeiro acordo que converte o deber de conservación en obriga coa resolución que lexitima a execución das obras por substitución.

Noutros termos, a definición do contido da orde eríxese en requisito formal indispensable para que poida acadar o seu fin, do contrario, estaríamos ante un suposto de imposibilidade determinante da nulidade de pleno dereito ex. art. 62, c) LRXPAC.

É o caso, tan frecuente na práctica, de declaracións xenéricas (afirmar o mal estado da fachada, tellado, cornixa...), de fórmulas abertas nas que o concello só esixe un resultado, de declaracións abstractas sobre a oportuna revisión do estado do inmovible á mera repetición do teor literal, que

lexítima a súa imposición ou a utilización do potestativo para determinar as causas das deficiencias denunciadas ou observadas.

Pois ben, así caracterizadas as ordes de execución de obras de reparación ou conservación, resta por sinalar a súa natureza para negar definitivamente calquera indicio de discrecionalidade na súa determinación.

As ordes de execución non son senón unha consecuencia da licenza ou autorización no seu día concedida, esixindo que o terreo, urbanización ou edificación se manteña en condicións iguais ou similares ás comprendidas na licenza, cuxo contido se integra por remisión ao proxecto que acompaña a súa solicitude.

O proxecto técnico ou completo e o control preventivo de legalidade que leva a cabo o concello a través das licenzas esíxelles ao técnico e á Administración, respectivamente, xustificar motivadamente que a obra ou actividade proxectada reúne dous tipos de condicións técnicas, urbanísticas (cumprimento da lei e do planeamento aplicable) e da edificación (observancia das NBE e outras regulamentacións técnicas sobre seguridade, habitabilidade e funcionalidade). Unhas condicións que deberán conservarse ao longo de toda a vida do edificio ou en tanto se realice unha determinada actividade, para cuxa garantía e efectividade a Administración está lexitimada para intervir no dereito de propiedade ditando ordes concretas de obras.

No caso do voluntario incumprimento polo administrado, o concello poderá realizar as obras «en» ou «por» execución substitutoria de acordo co art. 98 LRXPAC e a lexislación urbanística, previo novo requirimento de protección da legalidade urbanística ao interesado nos termos antes sinalados, incluída a sinalización do prazo que resulte do denominado «chequeo previo» realizado polos servizos municipais.

Un apercibimento de subsidiaridade que constitúe, por un lado, unha garantía para o administrado, quen poderá optar entre a realización propia das obras ou a realización administrativa e, por outro, orzamento para a posterior actuación coactiva da Administración, quen ha de actuar con arranxo á lei e ao dereito e nunca actuar *legibus solutus*, como sería o caso ao executar obras distintas ás inicialmente ordenadas, xa sexa en contido como en orzamento, sen previa notificación ao interesado.

Pero esta posibilidade de que se ordene a execución substitutoria condiciónase á previa incoación dun expediente sancionador por infracción urbanística grave derivada do incumprimento do deber básico de conservación.

En principio, é a non realización por parte da propiedade dunha orde de execución validamente emitida, nin sequera a súa iniciación no prazo e condicións establecidas, o que produce e determina a infracción urbanística derivada do incumprimento da obriga legal e específica de facer as correspondentes obras de conservación.

Agora ben, pode suceder que a mera desatención dunha orde estea desconectada dese deber previo, ben por resultar excesiva, desproporcionada, incongruente ou descoñecida, quizais sexa máis conveniente afirmar que o que esta lei castiga é non tanto a pasividade cara a unha orde desencadeante da súa execución subsidiaria, canto o incumprimento do mesmo deber de conservación tipificado como tal infracción pola lexislación urbanística.

Viuse ata agora que a conservación e defensa do conxunto residencial e urbano constitúe un deber social que, á súa vez, lexítima a intervención administrativa por expresa atribución do ordenamento xurídico. Unha protección dos espazos en xeral e das edificacións en particular que non constitúe un fin en si mesma, senón un medio ao servizo da seguridade das persoas, do benestar da sociedade e dunha mellor calidade de vida. Unha protección, en todo caso, que non pretenda unha exclusión do uso dos terreos ou construcións, senón establecer o uso ordenado destes que faga posible o seu gozo e conservación.

7. Tipos de obras de conservación: reparación vs substitución de elementos

No exercicio desta potestade de disciplina, o concello pode impoñer distintos tipos de obras, debendo distinguir as que encontran cobertura na «reparación conservatoria» que, en canto deber da propiedade, ha de correr ao seu cargo; e aquelas obras que, por exceder da normal conservación, non se lle poden imputar á propiedade, senón ao mesmo órgano que as ordena.

Ademais da tradicional dicotomía entre a reparación de elementos nun edificio e a substitución ou reconstrución dalgúns dos seus elementos estruturais esenciais (fachada, cuberta, azotea, etc.) que esgotados por distintas causas requirirían unha «real rehabilitación o reedificación de la finca incompatible con el deber de conservación dando paso a la declaración de ruína», existen outros conceptos de obras. Tales conceptos, aínda sen literalmente parecelo, moitas veces resultan antagónicos e, agás o suposto de obras urxentes de seguridade e de obras de interese xeral, non se encontran positivizados no noso ordenamento xurídico.

Cando proceda a demolición certa e coñecida das edificacións substitúese o deber de reparar polo de demoler. Non obstante, a declaración de ruína non é incompatible coa imposición de obras de carácter excepcional e de estricta seguridade, imprescindibles e insospeitadamente precisas para evitar o derrubamento dalgún elemento esencial da edificación. Nestes casos, o interese público en evitar danos superiores a persoas e cousas posúe autonomía e preeminencia sobre o propio expediente de ruína.

De forma similar, prohibíbense as obras de restauración, consolidación ou prolongación, non só nos edificios en situación de fóra de ordenación, senón cando presuposta unha situación de perigo manifesto que determine a urxencia na execución de determinadas obras e se proxecte unha situación de ruína. Mentres, e no caso de terreos que requiran unha actuación inmediata, as obras han de limitarse á contención ou consolidación, deixando para un momento posterior o tratamento estético, que poderá ser obxecto de concurso e de estudo sen a présa que impón o perigo.

Tampouco se consideran obras para a normal conservación as de arrombamento, embelecemento ou modernización que persigan mellorar a configuración estética do edificio por razóns de interese público ou turísticas. Unha reordenación urbanística do edificio neste sentido suporía a privación definitiva ou temporal do uso deste e, polo tanto, unha limitación singular no aproveitamento susceptible de indemnización.

Polo contrario, son subsumibles no deber de mantemento nas condicións mínimas analizadas as denominadas obras correctoras ou de saneamento que se ordenen á propiedade por motivos de seguridade, salubridade ou ornato sobre determinados elementos do edificio para a súa adecuación á normativa vixente ou para a súa renovación.

E por último, cando sexan edificacións ou urbanizacións sen rematar nos que sexa necesario realizar obras que garanten esa seguridade, salubridade e ornato, procederá non unha orde de conservación ou reparación senón de finalización conforme á licenza concedida e sen prexuízo das modificacións pertinentes debidamente xustificadas, acreditadas e verificadas polo director da obra.

8. As garantías xurídico-técnicas da conservación

Xa para finalizar, como en toda institución xurídico-administrativa, o deber analizado aparece rodeado dun conxunto de garantías xurídicas e técnicas coa finalidade de garantir a protección e o normal mantemento dos bens que integran o patrimonio urbanístico e arquitectónico das nosas cidades: a) De carácter normativo, as ordenanzas de conservación edificadora do planeamento xeral, os plans especiais, o Código técnico da edificación ou as ordenanzas e bandos municipais; b) De carácter executivo, as entidades de conservación, o proxecto xeral completo, as certificacións técnicas, o libro do edificio ou; c) De carácter dinámico, a actividade administrativa de inspección ou de policía urbana á que se fixo referencia.

9. Reflexión final

A polémica urbanística e edificadora que intentei mostrar con tinturas apaixonadas é tan antiga, ao menos, como a preocupación romana pola boa edificación. Pretendeuse retomar a preocupación do dereito romano pola necesaria protección iuspublicista do edificio e da urbe no seu conxunto, baixo a batuta dos tres grandes principios de organización urbanística da cidade legados polo arquitecto oficial dos tempos augustos.

O lexislador español decidiuse a favor dunha liña específica de «conservación» e «mantemento», asumindo uns criterios determinados (que non indeterminados) para a conservación do patrimonio urbanístico e arquitectónico das nosas cidades, sobre o que os xuristas e técnicos non teñen nada que dicir pero moito que facer.

Por que empeñarse en reconducir a protección e conservación ao patrimonio histórico artístico ou monumental e non estendela ao noso patrimonio común. Existe un deber social e constitucional do administrado e da Administración, respectivamente, cuxo eficaz exercicio contribuirá á súa conservación nunhas condicións normais ou mínimas de mantemento.

Cando a restauración e rehabilitación do Teatro Romano de Sagunto estaba en fase de proxecto, o técnico director da obra considerou como unha das súas claves acometer o comprometido problema do muro posterior do *postcaenium* a partir da hipótese de romper a caixa máxica do teatro, deixándolle entrever á cidade o espectáculo interior do teatro e a este, a vida da cidade, incorporándoa como parte da escena fixa.

En relación co patrimonio común, non existe o debate académico entre unha dualidade de posturas como acontece co patrimonio histórico-artístico a prol da súa protección, por un lado, están os partidarios dunha restauración estilística que trata de conseguir a unidade de estilo do momento volvendo á súa orixe «auténtica», tal como foi –ou debeu ser ou puido ter sido– ideada polos seus artífices orixinarios e, por outro lado, os partidarios da non intervención ou intervención mínima critican a mistificación que suporían as operacións reconstructivas e propugnan o respecto do estado no momento en que se atopa, isto é, o respecto do seu «valor documental» en canto expresión do curso da historia.

No noso caso, para que o conxunto dunha cidade poida participar deste ambicioso proxecto e converterse nunha escena, só é necesario que, tanto os seus actores coma os seus espectadores, tomen conciencia do progresivo deterioro técnico-urbanístico que sofren os terreos, as urbanizacións e as construcións de toda clase, e utilicen os medios e as técnicas que habilita o ordenamento xurídico para buscar a dignificación da imaxe urbana. Como dicía o máis sabio arquitecto dos antigos, «todos y no sólo los Arquitectos deben juzgar las Obras», non deben «ignorar las Leyes y las costumbres de los Lugares para la construcción». 

10. Anexo jurisprudencial

Xurisprudencia citada

- STS 10.XI.1987 (Ar. 581), sala 5ª, pres. J.V. Fuentes Lojo.
- STS 10.XII.1987 (Ar. 9468), sala 4ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 5.I.1988 (Ar. 184), sala c-a, sec. 6ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 27.I.1988 (Ar. 487), sala 4ª, pres. M. Gordillo García.
- STS 30.III.1988 (Ar. 2494), sala 4ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 22.IV.1988 (Ar. 3187), sala c-a, sec. 4ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 2.VII.1988 (Ar. 5853), sala 4ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 27.VII.1988 (Ar. 6335), sala c-a, pres. F. González Navarro.
- STS 27.XII.1988 (Ar. 10246), sala c-a, sec. 4ª, pres. M. Gordillo López.
- STS 28.VI.1989 (Ar. 4918), sala c-a, sec. 1ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 31.VII.1989 (Ar. 6187), sala c-a, sec. 1ª, pres. J.M. Reyes Monterreal.
- STS 20.XII.1988 (Ar. 10047), sala 3ª, sec. 4ª, pres. J. García Estartús.
- STS 20.I.1989 (Ar. 398), sala 4ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 14.IV.1989 (Ar. 3109), sala c-a, sec. 1ª, pres. P. Martín Martín.
- STS 26.IV.1989 (Ar. 3456), sala c-a, sec. 1ª, pres. M. Gordillo García.
- STS 28.VI.1989 (Ar. 4918), sala 1ª, pres. J.M. Reyes Monterreal.
- STS 18.IX.1989 (Ar. 6584), sala 3ª, sec. 1ª, pres. J. García Estartús.
- STS 27.IX.1989 (Ar. 10448), sala 3ª, sec. 1ª, pres. F. González Navarro.
- STS 6.X.1989 (Ar. 7229), sala c-a, sec. 1ª, pres. J.I. Giménez Hernández.
- STS 20.X.1989 (Ar. 7417), sala c-a, sec. 1ª, pres. J. Delgado Barrio.
- STS 31.X.1989 (Ar. 7601), sala 3ª, sec. 1ª, pres. A. Bruguera Manté.
- STS 6.XI.1989 (Ar. 8170), sala c-a, sec. 6ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 22.XI.1989 (Ar. 8355), sala c-a, sec. 6ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 20.XII.1989 (Ar. 9236), sala c-a, sec. 6ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 30.XII.1989 (Ar. 9236), sala c-a, sec. 6ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 5.I.1990 (Ar. 329), sala 3ª, sec. 6ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 21.II.1990 (Ar. 1335), sala c-a, sec. 6ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 27.II.1990 (Ar. 1514), sala c-a, sec. 6ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 28.II.1990 (Ar. 1531), sala c-a, sec. 6ª, pres. P. Esteban Álamo.
- STS 20.III.1990 (Ar. 2243), sala c-a, sec. 6ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 21.III.1990 (Ar. 2251), sala c-a, sec. 6ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 3.IV.1990 (Ar. 3577), sala 3ª, sec. 6ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 27.VI.1990 (Ar. 5577), sala c-a, sec. 6ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 9.X.1990 (Ar. 7845), sala c-a, sec. 6ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 23.X.1990 (Ar. 8258), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.I. Jiménez Hernández.
- STS 31.X.1990 (Ar. 8434), sala c-a, sec. 6ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 7.XI.1990 (Ar. 8806), sala c-a, sec. 6ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 14.XII.1990 (Ar. 9976), sala c-a, sec. 6ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 19.I.1991 (Ar. 544), sala 3ª, sec. 5ª, pres. F. González Navarro.
- STS 16.IV.1991 (Ar. 3300), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. García-Ramos Iturralde.
- STS 18.IV.1991 (Ar. 3509), sala c-a, sec. 4ª, pres. M. Baena de Álcazar.

- STS 30.IV.1991 (Ar. 3436), sala c-a, sec. 5ª, pres. P. Esteban Álamo.
- STS 9.VI.1991 (Ar. 6816), sala 3ª, sec. 5ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 18.VI.1991 (Ar. 5189), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro Pulido y López.
- STS 12.VII.1991 (Ar. 6165), sala 3ª, sec. 4ª, pres. E Escuso Barra.
- STS 31.VII.1991 (Ar. 6716), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 14.X.1991 (Ar. 7649), sala c-a, sec. 4ª, pres. J. García Estartús.
- STS 9.XI.1991 (Ar. 6816), sala 3ª, sec. 3ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 2.I.1992 (Ar. 695), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 3.I.1992 (Ar. 707), sala c-a, sec. 5ª, pres. P. Esteban Álamo.
- STS 22.I.1992 (Ar. 764), sala c-a, sec. 5ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 2.II.1992 (Ar. 2128), sala 3ª, sec. 5ª, pres. J. García Estartús.
- STS 5.II.1992 (Ar. 2297), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. García-Ramos Iturralde.
- STS 2.III.1992 (Ar. 2128), sala c-a, sec. 4ª, pres. J. García Estartús.
- STS 17.III.1992 (Ar. 2092), sala 3ª, sec. 1ª, pres. J. García Estartús.
- STS 15.IV.1992 (Ar. 4044), sala 3ª, sec. 5ª, pres. P. Esteban Alamo.
- STS 7.IV.1992 (Ar. 3400), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Ramos.
- STS 16.VI.1992 (Ar. 5082), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 24.VI.1992 (Ar. 5313), sala c-a, sec. 5ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 23.VI.1992 (Ar. 5307), sala c-a, sec. 5ª, pres. A. Martín del Burgo y Marchán.
- STS 14.VII.1992 (Ar. 6160), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 15.X.1992 (Ar. 8031), sala c-a, sec.3ª, pres. F.J. Delgado Barrio.
- STS 20.X.1992 (Ar. 8035), sala ca-, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 18.V.1993 (Ar. 3528), sala c-a, sec. 5ª, pres. A. Bruguera Manté.
- STS 16.XI.1993 (Ar. 8509), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. Pastor López.
- STS 27.XII.1994 (Ar. 10396), sala c-a, sec. 5ª, pres. P. Esteban Álamo.
- STS 17.IV.1996 (Ar. 6120), sala c.a, sec. 5ª. pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 14.V.1994 (Ar. 4190), sala c-a, sec. 6ª, pres. J.E. Peces Mora.
- STS 7.II.1995 (Ar. 1058), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 11.V.1995 (Ar. 3797), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 10.VII.1996 (Ar. 6139), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 29.X.1996 (Ar. 9514), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 6.XI.1996 (Ar. 8004), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Barrio Iglesias.
- STS 21.XI.1996 (Ar. 8226), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 3.II.1997 (Ar. 798), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 3.III.1997 (Ar. 1656), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero
- STS 11.IV.1997 (Ar. 2654), sala 3ª sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 18.IV.1997 (Ar. 2783), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 6.VI.1997 (Ar. 5022), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 16.VI.1997 (Ar. 5044), sala 3ª, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 21.VI. 1997 (Ar.5368), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 12.VII.1997 (Ar. 9465), sala c.-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 21.VII.1997 (Ar. 6046), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 22.VII.1997 (Ar. 6054), sala 3ª, sec. 5ª, pres. J. M. Sanz Bayón.
- STS 21.IX.1997 (Ar. 6791), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.

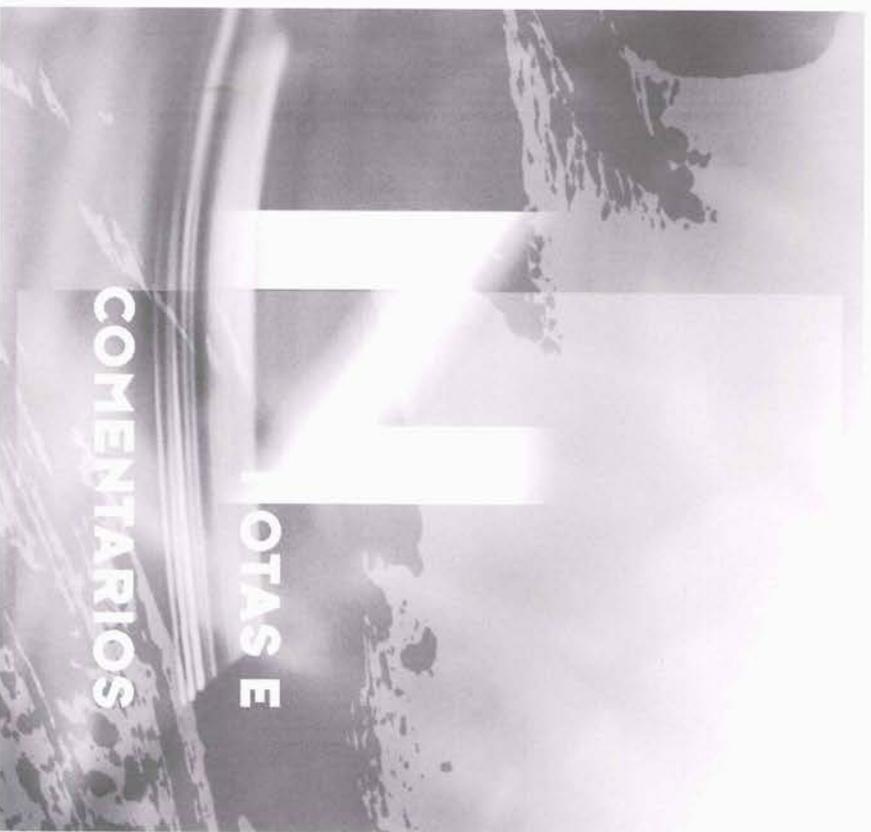
- STS 22.IX.1997 (Ar. 6600), sala 4ª; sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 4.X.1997 (Ar. 7236), sala c-a, sec. 4ª, pres. R. Fernández Montalvo.
- STS 24.X.1997 (Ar. 7236), sala c-a, sec. 4ª, pres. R. Fernández Montalvo.
- STS 25.XI.1997 (Ar. 81769), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 11.XII.1997 (Ar. 9462), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 12.XII.1997 (Ar. 9465), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 8.II.1998 (Ar. 792), sala c-a, sec. 4ª, pres. P. Martín Martín.
- STS 9.II.1998 (Ar. 1531), sala c-a; sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 26.II.1998 (Ar. 1537), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 2.III.1998 (Ar. 1882), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 3.III.1998 (Ar. 1883), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 16.III.1998 (Ar. 2233), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Rodríguez Sancho.
- STS 2.IV.1998 (Ar. 2792), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 6.V.1998 (Ar. 3614), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 7.V.1998 (Ar. 3620), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 25.V.1998 (Ar. 3865), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 6.VI.1998 (Ar. 4386), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 23.VI.1998 (Ar. 4559), sala 3ª, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 7.VII.1998 (Ar. 5745), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 10.XI.1998 (Ar. 9330), sala c-a, pres. M. V. Garzón Herrero.
- STS 3.XII.1998 (Ar. 9711), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 10.XII.1998 (Ar. 9720), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 23.XII.1998 (Ar. 9731), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 27.I.1999 (Ar. 348), sala c-a, sec. 4ª, pres. R. Soto Vázquez.
- STS 1.II.1999 (Ar. 921), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 16.II.1999, (Ar. 681), sala 3ª, sec. 6ª, pres. J.A Xiol Ríos.
- STS 23.II.1999 (Ar. 1484), sala c-a, sec. 3ª, pres. F. Ledesma Bartret.
- STS 8.III.1999 (Ar. 2166), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 25.II.1999 (Ar. 1492), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 10.III.1999 (Ar. 2171), sala c-a, sec.5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 18.III.1999 (Ar. 2348), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 23.IV.1999 (Ar. 3088), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 3.VI.1999 (Ar. 3653), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 28.VI.1999 (Ar. 5292), sala c.a, sec.5ª , pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 23.XI.1999 (Ar. 9524), sala 3ª, sec. 4ª, pres. A. Martí García.
- STS 18.II.2000 (Ar. 1953), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 3.III.2000 (Ar. 2457), sala c-a, sec. 6ª, Pe. J.E. Peces Morate.
- STS 6.III.2000 (Ar. 3668), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 31.III.2000 (Ar. 6135), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 4.V.2000 (Ar. 4083), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 30.V.2000 (Ar. 4115), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 20.VI.2000 (Ar. 6382), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 17.VII.2000 (Ar. 7014), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 21.IX.2000 (Ar. 7321), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.

- STS 6.X.2000 (Ar. 7801), sala c-a, sec. 6ª, pres. F. González Navarro.
- STS 16.X.2000 (Ar. 7777), sala c-a, sec. 3ª, pres. M. Campos Sánchez-Cardona.
- STS 26.X.2000 (Ar. 8374), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 2.XI.2000 (Ar. 8383), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 6.XI.2000 (Ar. 1995), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 7.XI.2000 (Ar. 9050), sala c-a, sec. 5ª, pres. M. de Oro-Pulido y López.
- STS 4.XII.2000 (Ar. 10514), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 13.XII.2000 (Ar. 10556), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 18.XII.2000 (Ar. 10567), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 16.I.2001 (Ar. 611), sala c-a, sec. 3ª, pres. F. Ladesma Bartrat.
- STS 21.I.2001 (Ar. 1199), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 31.I.2001 (Ar. 1199), sala c-a, sec. 4ª, pres. R. Soto Vázquez.
- STS 26.II.2001 (Ar. 2802), sala c-a sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 21.III.2001 (Ar. 2751), sala c-a, sec. 5ª, pres. P. J. Yagüe Gil.
- STS 26.III.2001 (Ar. 2772), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 11. IV. 2001 (Ar. 3674), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil
- STS 21.V.2001 (Ar. 1996), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 6.VI.2001 (Ar. 5780), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 21.VI.2001 (Ar. 5800), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 27.VI.2001 (Ar. 5741), sala c-a, sec. 4ª, pres. M. Baena de Álcazar.
- STS 1.VII.2001 (Ar. 5947), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 21.IX.2000 (Ar.7321), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 26.X.2000 (Ar. 8374), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 6.XI.2000 (Ar. 1995), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 21.XII.2000 (Ar. 10486), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 25.IX.2001 (Ar. 7597), sala c-a, sec. 5ª, pres. M.V. Garzón Herrero.
- STS 26.IX.2001 (Ar. 7607), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 11.X.2001 (Ar. 7965), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 23.X.2001 (Ar. 8302), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 3.XI.2001 (Ar. 8595), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 6.XI.2001 (Ar. 5780), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 13.XI.2001 (Ar. 8832), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 12.XII.2001(Ar. 522), sala c-a, sec. 7ª, pres. N. Maurandi Guillén.
- STS 13.XII.2001 (Ar. 10554), sala c-a, sec. 5ª, pres. J.M. Sanz Bayón.
- STS 9.V.2002 (Ar. 8740), sala c-a, sec. 5ª, pres. P.J. Yagüe Gil.
- STS 1.VII.2002 (Ar. 5974), sala c-a, sec. 5ª, pres. J. Rodríguez-Zapata Pérez.
- STS 13.III.2003 (Ar. 324), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 11.XII.2003 (Ar. 9372), sala c-a, sec. 5ª, pres. S. Menéndez Pérez.
- STS 11.XII.2003 (Ar. 510), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 30.I.2004 (Ar. 693), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 3.II.2004 (Ar. 1045), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 24.II.2004 (Ar. 1113), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.
- STS 1.IV.2004 (Ar. 2329), sala c-a, sec. 5ª, pres. R. Enríquez Sancho.

Bibliografía consultada

- AMENÓS ÁLAMO, J.: *La inspección urbanística. Concepto y régimen jurídico*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.
- ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1995.
- ALONSO GARCÍA, C.: «La contaminación acústica», *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- «La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo», *RAP*, n° 127, 1992.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.R.: *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- BELADIEZ ROJO, M.: *Régimen especial de protección de los inmuebles del patrimonio histórico español*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- BASSOLS COMA, M.: «El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico», *RAP*, n° 114, 1987.
- CANO MATA, A.: «Ruina y demolición de los edificios declarados monumentos histórico-artísticos», *RAP*, n° 87, 1978.
- CARRETERO PÉREZ, A.: «Actos administrativos de intervención urbanística sobre la propiedad», *RDU*, n° 27, 1972.
- CASTAÑEDA, J.: *Compendio de los diez libros de Arquitectura de Vitrubio*, escrito en francés por Claudio Perrault (traducción), Imprenta de don Gabriel Ramírez, año de MDCCLXI.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *El régimen jurídico del urbanismo en España. Una perspectiva competencial*, Ed. INAP, Madrid, 2000.
- *El urbanismo finalista. A propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso», *RUE*, n° 1, 2000.
- GARCÍA-BELLIDO Y GARCÍA DE DIEGO, J.: «Nuevos enfoques sobre el deber de conservación y la ruina urbanística», *RDU*, n° 89, 1984.
- «Conservación y fuera de ordenación: hacia una más graduada coexistencia de ambos criterios en las intervenciones en el suelo urbano», *RDU*, n° 105, 1987.
- «Hacia una renovación de la racionalidad urbanística», *CyTET*, n° 81-82, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Perspectivas jurídicas de la renovación urbana», *REDA*, n° 43, 1984.
- MEILÁN GIL, J.L.: «Análisis jurídico del Plan General de Ordenación Urbana de La Coruña», *Revista jurídica de Galicia*, A Coruña, 1987.
- «La dimensión temporal de la ordenación urbanística», *RDU*, n° 145, 1995.
- MEILÁN GIL, J.L. e FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: «La Ley del Suelo de Galicia y la legislación urbanística del Estado», *RDU*, n° 171, 1999.

- MIER VÉLEZ, J.L. DE: *Juntas de Compensación, Asociaciones Administrativas de Cooperación y Entidades de Conservación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.
- MONTORO CHINER, M.J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.
- *Privado y público en el Renacer del Gran Teatro del Liceo*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1977.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La resurrección de las ruinas*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- ORTEGA GARCÍA, A.: *Inclusión de fincas en el Registro de Solares: sus causas*, Montecorvo, Madrid, 1974.
- MURGA GENER, J.L.: *Protección de la estética en la legislación del Alto Imperio*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, n° 28, 1976.
- OLIVÁN DE CACHO, J.: «El urbanismo de conservación en Cataluña», *Estudios sobre el marco jurídico del urbanismo en Cataluña*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*, Ed. Ciudad Argentina, Madrid, 1986.
- PÉREZ MORENO, A.: «El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico-artístico», *RDU*, n° 119, 1990.
- PORTO REY, E.: «Aspectos técnicos de la Ley 38/99, de Ordenación de la Edificación», *Cuadernos de Urbanismo*, n° 1, Montecorvo, Madrid, 2000.
- «De la conservación individualizada del patrimonio inmobiliario a su rehabilitación integrada en el planeamiento urbano», *RDU*, n° 109, 1988.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: *La conservación de las ciudades en el moderno urbanismo*, IVAP, Oñate, 1989.
- SÁNCHEZ GOYANES, E.: «Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal)llamadas (pero entendidas) Normas de Aplicación Directa. Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Liencres», *RDU*, 173, 1999.
- SIBINA TOMÁS, O.: *La conservación de las fachadas en condiciones de seguridad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.



NOTAS E

COMENTARIOS

EL CONTRATO DE ALIMENTOS

Luis Felipe Ragel Sánchez

Catedrático de Derecho civil

Dentro de las reformas introducidas en nuestro Ordenamiento para proteger a los discapacitados, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha incluido en el Código civil el contrato de alimentos, dotando de contenido a los artículos 1791 a 1797, que habían sido derogados por la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980.

1. Concepto del contrato de alimentos

Define el artículo 1791 el nuevo contrato típico del siguiente modo: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

No cabe duda de que se ha aprovechado la ocasión para tipificar el llamado contrato de vitalicio, vigente en Galicia desde 1995, que había surgido en la práctica para superar los estrechos límites del contrato de renta vitalicia.

El legislador ha preferido regular una modalidad concreta de alimentos convencionales, aunque la más utilizada en la práctica, en lugar de regular las diversas modalidades de alimentos convencionales (como hace

el Fuero Nuevo navarro en su ley 520 con la llamada *estipulación de renta*), que pueden dividirse en gratuitos y onerosos, vitalicios y de duración determinada, pagaderos en dinero o en especie, con obligación de transmitir bienes y derechos o únicamente bienes, etc.

Como sigue estando vigente el artículo 153 del Código civil, que reputa aplicables las disposiciones que preceden a los casos en que por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo que dicho pacto excluya esa aplicación, creemos que la regulación de los alimentos legales seguirá aplicándose supletoriamente a los alimentos convencionales gratuitos y a los de duración determinada.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho gallego¹, el nuevo contrato de alimentos no es formal. Podrá pactarse de forma verbal o escrita y, en este último caso, otorgarse en documento privado o en documento público.

2. Caracteres del contrato de alimentos

Nos referiremos a continuación a los caracteres de este contrato de alimentos.

2.1. Alimentos en especie

El alimentante debe proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al alimentista. En esta modalidad de pago de alimentos en especie se diferencia inicialmente del contrato de renta vitalicia, en el que el deudor se obliga «a pagar una pensión o rédito anual» (art. 1802 del Cc.).

No exige expresamente el Código civil que el alimentante tenga que cumplir su obligación recibiendo en su casa al alimentista y conviviendo con él, como prevé una de las dos posibilidades brindadas por el artículo 149.I en los alimentos legales. No obstante, el artículo 1792 lo da por supuesto, al contemplar los casos de muerte del alimentante o la concurrencia de «cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia», que facultan a cualquiera de las partes contractuales (los herederos del alimentante en caso de muerte de éste) para salir de esa situación de convivencia y «pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente».

En suma, podemos considerar que la prestación de alimentos será inicialmente en especie y reforzada por la convivencia entre las partes, si bien

¹ El artículo 96.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia establece que «este contrato se formalizará en documento público».

es posible que, cuando acontezca uno de los dos supuestos mencionados en el artículo 1792 y lo solicite una de las partes, pueda alterarse la obligación, pasando a ser una deuda pecuniaria de alimentos.

También será posible pactar desde el primer momento el pago de una renta, lo que significaría que las partes estarían dando por probada anticipadamente la dificultad de una pacífica convivencia entre ellas. Dentro de los pactos lícitos, también cabrá que el alimentante se comprometa a sufragar todos los gastos de vivienda, manutención y asistencia de todo tipo del alimentista que viva en un domicilio diferente al del alimentante.

Todos estos pactos están permitidos, dada la amplitud de los términos en los que se expresa la primera parte del artículo 1793: «La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato».

Del mismo modo, también será lícito que los alimentantes o los alimentistas sean dos o más personas y que la duración del contrato se prolongue hasta la muerte de la que sobreviva más tiempo.

Igualmente, será posible que el alimentista sea una persona distinta de la que entrega los bienes o cede los derechos, puesto que el artículo 1791 no exige que la transmisión sea efectuada precisamente por el acreedor de los alimentos. Esta precisión es muy importante, porque permite que el progenitor de una persona discapacitada entregue a un tercero un capital para que preste alimentos al discapacitado durante toda la vida de éste. Se trataría de un contrato a favor de tercero.

2.2. Carácter vitalicio

El contrato tiene carácter vitalicio, pues durará toda la vida del alimentista (art. 1794), lo que significa que estamos ante un contrato aleatorio, al igual que sucede con la renta vitalicia. La obligación legal de alimentos entre parientes no tiene carácter contractual ni vitalicio, ya que podrá extinguirse por alguna de las causas mencionadas en los artículos 150 y 152 del Cc. Tampoco son vitalicios los alimentos convencionales pactados por una duración determinada.

La parte final del artículo 1793 se encarga de subrayar la diferencia con los alimentos legales entre parientes al establecer: «a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe».

Como el precepto transcrito es claramente dispositivo, permite que las partes introduzcan expresamente un pacto en este sentido, limitando o condicionando la duración del contrato a las mejoras o disminuciones de las fortunas de los contratantes. En esos casos, la obligación podría disminuir e incluso extinguirse en caso de que sobrevinieran la ruina del obligado o el aumento de fortuna del acreedor; y, del mismo modo, la obligación podría hacerse más gravosa en los casos de incremento de la fortuna del deudor o de empeoramiento de la del acreedor.

2.3. Carácter oneroso

La prestación del alimentista consiste en transmitir al alimentante un capital en bienes o derechos, lo que supone que estamos ante un contrato consensual y oneroso.

Este objeto distingue también el contrato de alimentos de la renta vitalicia, en la que el capital que entrega el rentista consiste en bienes muebles o inmuebles (art. 1802 del Cc.).

De todos modos, esta diferencia no existía para un sector de la doctrina (Albaladejo y Lete del Río), que también consideraba como renta vitalicia al contrato en que se transmitía a la otra parte derechos distintos del de propiedad y sostenía que la pensión no tenía que ser necesariamente en dinero. La sentencia del T.S. de 11 julio 1997 también admitió que el capital fuera un derecho real distinto al de propiedad, e incluso un derecho personal.

Suponemos que ahora que las dos figuras están tipificadas, se reservará para el contrato de alimentos la posibilidad de transmitir bienes y derechos, quedando la renta vitalicia reducida a la entrega de bienes muebles o inmuebles.

También se distingue el contrato de alimentos de la obligación legal de alimentos entre parientes, en la que el alimentista tiene derecho a alimentos sin transmitir bienes o derechos al alimentante.

El carácter oneroso del contrato de alimentos lo convierte en una figura que puede tener una gran incidencia en la sucesión *mortis causa* del alimentista. Sabido es que los legitimarios pueden impugnar aquellos actos *inter vivos* del causante que lesionen su legítima acción que se canaliza normalmente a través de la reducción de las donaciones por inoficiosidad acumulada en la mayoría de los casos a una acción de simulación relativa, puesto que la mayoría de las veces se emplea la fórmula de la compraventa que encubre una verdadera donación.

Por su carácter oneroso, el verdadero contrato de alimentos no puede recibir el mismo trato que la donación y, por lo tanto, no será reducible por inoficiosidad. Y por su carácter aleatorio tampoco podrá tacharse de faltar al equilibrio de las prestaciones.

Sólo en los casos extremos en que se transmita un patrimonio inmenso en contraprestación a los alimentos que se han de recibir podría sospecharse que el contrato oculta, al menos parcialmente, una donación y, en caso de que tal donación lesionase cuantitativamente la legítima, los herederos forzosos podrían reducirla por inoficiosidad.

2.4. Carácter bilateral y recíproco

El contrato es bilateral y contiene obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento puede originar la resolución, a la que dedicaremos el siguiente apartado.

3. Resolución por incumplimiento del alimentante

La posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento es la diferencia más importante respecto de la regulación de la renta vitalicia en el Código civil, en la que el rentista sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación (art. 1805).

El párrafo primero del artículo 1795 se ocupa de regular el incumplimiento del alimentante al establecer que «el incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas»².

Como las prestaciones a cargo del alimentante son de variada índole, es posible que el incumplimiento afecte a obligaciones personales y no materiales. Aunque no se incluya expresamente en el texto, a diferencia de lo que sucede en Derecho gallego³, cabría resolver el contrato en caso de que el alimentante ofendiera gravemente de palabra u obra al alimentista, pues estaría incumpliendo la prestación de atenciones afectivas; ahora bien, si el alimentante únicamente estaba obligado a satisfacer una renta, el alimentista sólo podrá resolver el contrato en caso de maltrato de palabra u obra cuando esa posibilidad se hubiera estipulado en el contrato.

En principio, la resolución del contrato obligará a efectuar las restituciones correspondientes: el alimentante incumplidor deberá devolver la cosa o los derechos adquiridos y el alimentista deberá reintegrar los alimentos recibidos. Ésta es la concepción que se plasma en los nuevos artículos 1795 y 1796, que contemplan la posibilidad de que el alimentista tenga que restituir los alimentos percibidos.

Se desecha la otra solución posible, consistente en negar los efectos retroactivos a la resolución de un contrato cuyo objeto son prestaciones periódicas, lo que en este caso concreto produciría un enriquecimiento injusto del alimentista, pues recuperaría los bienes y habría sido mantenido gratuitamente durante un período temporal que puede haber sido prolongado⁴.

² Se cuestiona GÓMEZ LAPLAZA («Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», *RDP*, 2004, pp. 153 ss.; en concreto, pp. 166 y 167) si estará legitimado para resolver el alimentista cuando estamos ante un contrato a favor de tercero y fue una tercera persona la que contrató y cedió su capital, llegando a la conclusión de que el alimentista está legitimado para resolver aunque no sea parte contratante.

³ El artículo 99.a) de la Ley de Derecho civil de Galicia permite al alimentista «rescindir» el contrato por «conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos».

⁴ Aunque no un enriquecimiento sin causa, ya que la causa de ese enriquecimiento es, justamente, el contrato de alimentos.

Puede darse en caso de que, para poder cumplir la obligación de reintegrar los alimentos percibidos, el antiguo alimentista tuviera que enajenar una parte o el total de los bienes y derechos recibidos en virtud de la resolución del contrato. El artículo 1796 trata de paliar en parte las consecuencias negativas de la resolución para el alimentista porque optó por extinguir la relación contractual: «De las consecuencias de la resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un *supérvit* suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida».

El precepto, que al parecer está inspirado en la jurisprudencia francesa⁵, contiene un mandato muy difícil de concretar en la práctica, porque mira al futuro incierto.

En primer lugar, deberán valorarse todas las prestaciones en especie percibidas por el alimentista para averiguar lo que tendría que reintegrar en principio, pero también deberá evaluarse las prestaciones que necesitará en el tiempo que le quede de vida, que son las que podría retener. Si bien no resultará demasiado complicado evaluar las atenciones materiales pretéritas de vivienda y manutención, no puede decirse lo mismo de las atenciones personales⁶: los cuidados sanitarios, el apoyo moral, la compañía, el calor humano, la paciencia, etc. Tampoco podrá averiguarse con un mínimo rigor la cuantía de las atenciones futuras materiales y personales, porque dependen de unos datos inciertos: la duración de la vida del alimentista y las posibles enfermedades que le puedan aquejar en sus últimos años.

Por otra parte, nada asegura que ese futuro contrato de alimentos se llegue a celebrar. Es posible que las condiciones del contrato resuelto sean tan onerosas para el alimentante que no exista ninguna otra persona dispuesta a asumirlas y el contrato no llegue a celebrarse.

Aunque la ley no lo exige expresamente, el contrato de alimentos supondrá, normalmente⁷, la existencia de unas relaciones de confianza entre las partes que no se encuentran con facilidad en el mercado⁸. No es tan sencillo hallar otra persona que esté dispuesta a convivir con el ali-

⁵ GÓMEZ LAPLAZA, *ob. cit.*, p. 173.

⁶ El Derecho gallego incluye expresamente «las ayudas y cuidados, incluso los afectivos» (art. 95.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia).

⁷ Decimos «normalmente», porque cabe la excepción, que se produce cuando se pacta el pago de una renta pecuniaria, situación que también se producirá cuando se ponen en juego las facultades concedidas por el artículo 1792.

⁸ Estima GÓMEZ LAPLAZA (*ob. cit.* p. 161) que, «desde el punto de vista del alimentista, más que de *intuitu personae*, habrá de hablarse del carácter personalísimo de su derecho de crédito. En teoría general esto se materializaría en lo que se refiere a la transmisión (arts. 1112 y 1257), y en que su fallecimiento sería causa de extinción del contrato (arts. 1595, 1732 y 1742 del Código civil)».

mentista o a pagar una pensión elevada con el riesgo de no poder recuperar todo lo invertido en caso de que se resolviera este contrato.

La sentencia del TS de 18 de enero de 1996 consideró que el contrato de renta vitalicia se caracteriza por el predominio de las condiciones personales del deudor de la renta. Si esto es así respecto de un contrato en que el deudor sólo tiene que satisfacer una deuda pecuniaria, con más razón podrá predicarse esa característica respecto del contrato de alimentos, en el que la prestación consistirá normalmente en satisfacer alimentos en especie, entre los que se incluyen las atenciones personales.

Creemos, por lo tanto, que la exigencia de garantizar al antiguo alimentista un mínimo de bienes restituibles es muy difícil de concretar en la práctica y, además, hace que el contrato sea excesivamente gravoso para el alimentante.

En su afán de proteger al alimentista, el artículo 1796 va demasiado lejos y resulta perturbador, por lo que vaticinamos que, a la postre, supondrá un importante obstáculo a la hora de celebrar estos contratos que la ley quiere fomentar.

De lege ferenda, postulamos que las consecuencias de la resolución sean únicamente las previstas en el artículo 1124 y, en caso de que al alimentista no le convinieran desde el punto de vista patrimonial, siempre le quedaría la posibilidad de elegir la otra posibilidad, solicitar el cumplimiento del contrato.

También trata la ley de modo distinto a una y otra parte a la hora de fijar los plazos de la restitución, al establecer el párrafo segundo del artículo 1795: «En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto a lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen».

En otras palabras, mientras que el alimentante tiene que restituir los bienes de manera inmediata, lo que no siempre será posible, el alimentista podrá conseguir un aplazamiento de su obligación de restituir total o parcialmente los alimentos percibidos.

Como garantía de la hipotética obligación de reintegro de bienes registrables, establece el artículo 1797: «Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria».

4. Resolución por incumplimiento del alimentista

Las ventajas que la ley establece para el alimentista no se aplicarán cuando el contrato se resuelva por causa que le sea imputable, como sucede, por ejemplo, cuando no hace entrega de los bienes que debía transmitir, no realiza los actos necesarios para ceder los derechos o incumple las obligaciones relevantes pactadas en el contrato de alimentos⁹.

En todos estos supuestos, a falta de una norma expresa que los regule¹⁰, se aplicará lo establecido en el artículo 1124 del Cc. y el alimentante podrá optar entre exigir el cumplimiento o la resolución, acumulando en uno y otro caso la reclamación de los daños y perjuicios que se hubieran irrogado.

5. Extinción del contrato de alimentos

La muerte del alimentista supone la extinción del contrato (art. 1794), pero no así la muerte del alimentante, que sólo permitirá que sus herederos o el legatario que tuviera la carga de realizar la prestación alimenticia así como el alimentista ejerciten la facultad de alterar la obligación y convertirla en una deuda pecuniaria (art. 1792).

En caso de que la deuda alimenticia fuera pecuniaria y no se hubiera previsto si procedería la devolución de la parte proporcional en caso de muerte del alimentista, creemos que se podrá aplicar por analogía la solución del artículo 1806 del Cc., en cuyo caso la renta pagada por anticipado no tendría que ser devuelta al alimentante.

6. Reflexión final

La tipificación a nivel de legislación estatal del contrato de alimentos nos parece positiva, puesto que la figura ya estaba reconocida por la jurisprudencia y se planteaban algunas cuestiones conflictivas que resulta conveniente resolver y regular por ley.

⁹ Estima GÓMEZ LAPLAZA (*ob. cit.*, p. 171) que cuando el alimentista observa una conducta obstativa al cumplimiento por parte del deudor, no le quedará a éste, en base a la ley, la posibilidad de pedir la resolución sino únicamente acudir al artículo 1792 y ver modificada la prestación. A nosotros nos parece que si tal comportamiento estaba contemplado en el contrato como causa resolutoria, cabrá resolver.

¹⁰ El artículo 98 de la Ley de Derecho civil de Galicia regula la resolución del contrato a instancia del cesionario, previa notificación con seis meses de antelación, teniendo el cesionario derecho a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo. A nuestro juicio, se trata de una denuncia unilateral sin necesidad de alegar justa causa, que puede frustrar la finalidad perseguida por el otro contratante y desvirtuar esta figura jurídica.

Existen dos sectores en los que este contrato encontrará su ámbito natural de desenvolvimiento. El primero es la posibilidad de que se adopte la fórmula del contrato a favor de tercero para beneficiar con la percepción de alimentos a una persona discapacitada que es familiar cercano del contratante que entrega los bienes o los derechos. El segundo es la canalización de este contrato como fórmula idónea que puede utilizar una persona para garantizar que otra persona le atienda debidamente durante sus últimos años de vida, sin que el desplazamiento patrimonial que se produzca lesione la futura legítima de los parientes próximos del transmitente, al menos en los supuestos más normales.

Pero la regulación del nuevo contrato tiene el importante defecto de incluir dos preceptos, los artículos 1795 y 1796, tremendamente perjudiciales para el alimentante, además de ser el segundo de ellos de muy difícil aplicación en la práctica. 

DE LA PROFESIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LAS CESANTÍAS Y DE LA LIBRE DESIGNACIÓN AL CESE EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA

Juan B. Lorenzo de Membiela

Doctor en Derecho

Sinopsis

Los numerosos ceses producidos en las últimas fechas producen no sólo un deterioro de quienes luchan por profesionalizar la Administración Pública sino también una conmoción para quienes se encuentran afectados por tal medida. La regulación jurídica aplicable a los funcionarios cesados es incompleta y, en alguna medida, confusa.

Este estudio intenta aclarar si dicha profesionalización es factible bajo el actual esquema político-administrativo, analizando posteriormente los inconvenientes que el cese ocasiona a los funcionarios afectados.

1. Introducción: de la profesionalización administrativa a las cesantías

No abundan los estudios administrativos sobre la situación que se crea tras el cese en un puesto provisto mediante libre designación. Ello puede que responda a que es una parcela del Derecho de funcionarios¹ muy con-

¹ Como acuñaba Royo-Villanova, en «El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho Español», *Revista de Administración Pública*, 1964, 44, pp. 9 y ss.

creta; tal vez a la falta de interés general o, quizás, a motivos más profundos, pues también la circunstancia del cese puede generar una afección anímica que hunde, a quien la padece, en una gran frustración si quiera sea temporalmente².

Estamos acotando el problema a la Administración periférica en donde la provisión de cargos se centraría en un nivel difícilmente calificable de político, a decir de muchos autores, entre ellos Jiménez Asensio³. Concretamente puestos tales como Director Provincial, Delegado Provincial o Jefe Provincial, que poseen un carácter subordinado respecto a los altos cargos directivos de la Administración General de marcado énfasis político; cargos, en suma, puestos de naturaleza burocrática-directiva cuyos miembros pertenecen a la función pública profesional, a grupos «A» concretamente. Sin embargo, a pesar que la gestión a realizar se limita, en muchas ocasiones, a obedecer las órdenes de sus superiores y que su independencia gestora es exigua por no decir inexistente, suelen sufrir igualmente el azote electoral.

De este modo, esta última trinchera directiva que, hoy por hoy, tenemos esbozada en los textos de función pública de la Administración General del Estado, se aparta bruscamente de la tan esperada profesionalización convirtiéndose, en la más de las veces, en tributo político del partido ganador o de la autoridad gubernativa provincial de turno o del responsable político provincial.

En las jornadas de trabajo sobre función pública organizadas por FETAP-Unión General de Trabajadores en 1981⁴, se apuntaba –y con total actualidad puede reproducirse hoy en día–:

«La libre designación, que parecía configurarse como un sistema excepcional de provisión de vacantes ha cobrado en la práctica una importancia excepcional, ya que a los numerosos puestos de carácter administrativo reservados para nombramientos políticos han venido a sumarse la casi totalidad de los que suponían una pequeña parcela de poder administrativo, si bien se hace preciso reconocer que las más de las veces no han sido

² Ello estaría justificado por el grado de presión psicológica que la gestión produce, hecho éste desconocido por muchos funcionarios pues únicamente es perceptible por quien lo sufre y su equipo directivo más inmediato.

³ JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos*, 2ª Edic., Instituto Vasco de Administración Pública, Vizcaya, 1998, p. 209 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La Ley de Medidas de la Función Pública: su incidencia en la estructuración del personal de las Comunidades Autónomas», en *Jornadas de Estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autónimo*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1986, p. 37.

Igualmente en las jornadas organizadas por FETAP-UGT celebradas en Madrid, marzo-abril de 1981, tituladas *Tres días en torno a la reforma de la Función Pública*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pp. 145 y ss.

⁴ FETAP- UGT, *Tres días en torno a la reforma de la Función Pública*, cit., pp. 145 y ss.

criterios políticos los que han predominado, sino más bien relaciones personales u otros mil factores aleatorios ya que no ha existido ningún baremo objetivo sobre el que las designaciones se realizaran.»

En algunos estudios he defendido la libre designación como sistema de provisión idóneo para optimizar la gestión pública⁵. Dirigir una organización sin poder contar con un equipo de tu confianza es algo que difícilmente puede entenderse, pero esa utilización se enmarcaría dentro de un propósito gestor en la consecución del principio de eficiencia y eficacia del art. 103.1º de la CE. Esto es diferente al cambio directivo por razones *infrajurídicas* aunque, en este último caso, también se podría justificar únicamente dependiendo de lo que por eficacia entienda el comisario político. No seamos ingenuos: pensamos que el poder de los altos directivos se asienta sobre entes políticos territorialmente más reducidos: las provincias, que son las que constituyen la base primaria del alto poder político, concretamente los alcaldes y presidentes o secretarios políticos provinciales. Esa estructura piramidal es inversamente proporcional a la dependencia que los cargos más altos poseen respecto a sus bases políticas. Como vemos, todo es una cuestión de matices y perspectivas.

Jiménez Asensio, atribuyó a ese último escalón directivo la responsabilidad del correcto funcionamiento de la Administración Pública⁶, constituyéndose, como defiende Arenilla Sáez⁷, «en el núcleo de lo que sean los directivos en la Administración del Estado»; «de la memoria histórica» de la unidad administrativa, como apunta Jiménez Asensio y a decir de Max Weber «del saber especializado que garantiza la burocracia profesional»⁸.

⁵ Vid. «La libre designación como medio de optimizar la eficiencia y eficacia de los servicios públicos», *Actualidad Administrativa*, 2004, 5, señalando:

«Reconocer al directivo esa libertad está justificada por tres razonamientos: primero, la implantación de la excelencia en las Administraciones Públicas demanda esta libertad organizativa, no ya sólo respecto a los titulares del órgano directivo sino también del equipo inmediato –y por qué no, del mediato a los cuales se les asignan las competencias gestoras– con la finalidad de coordinar adecuadamente la dirección: dinamicidad y compromiso que el concurso *sensu stricto* no otorga. Segundo, la libre designación como medio técnico de provisión no dista tanto de otros en los cuales la discrecionalidad administrativa es, en muchas ocasiones, más sutil, *v. gr.*: el concurso específico, que goza, además, de las garantías de la inamovilidad de todo puesto provisto mediante concurso. Y tercero, el interés de la sociedad en contar con un servicio público eficaz debe primar frente a cualquier consideración personal que impida una eficiente organización».

⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos*, cit., p. 210.

⁷ ARENILLA SÁEZ, M., «La estructura de la Administración pública. Análisis, evaluación y propuestas», en *Los recursos humanos en las Administraciones Públicas*, dir. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A., Madrid, 1995.

⁸ WEBER, *Economía y Sociedad*, México, 1979.

No corresponde hablar aquí de la independencia y objetividad de la burocracia –en la acepción empleada por Fernández-Carnicero González⁹: organización dirigida a un aprovechamiento racional de los recursos sociales mediante una funcionalización del ejercicio del poder–. Tampoco de la incidencia del *management público* en el aparato burócrata¹⁰; pero, indudablemente, todo viene correlacionado: no se puede pretender modernizar la Administración Pública si el uso y abuso del cese político discrecional prescinde de directivos que, con objetividad, cumplan la eficacia y eficiencia intrínsecas a todo servicio público. Tampoco se puede defender la existencia de una Administración Pública profesional cuando el partido político busca denodadamente candidatos afines a sus intereses, no a sus ideas (ya que incurriría en una evidente paradoja que sería contraria al Estado democrático del art. 1.1º de la CE), generando desconfianza y recelo.

Sin embargo, todo esto se está produciendo y si con ello el Parlamento, que es la única institución que puede fiscalizar la eficacia de la Administración Pública, no se pronuncia, habrá que convenir que la realidad supera los ansiados postulados de la Ciencia de la Administración de construir una Administración Pública neutral, imparcial y profesionalizada, volviendo, de facto, al régimen de cesantías suprimidas por la Ley de Presupuestos de 3 de mayo de 1845¹¹.

Ocurre, y ha ocurrido, que frente a buenos gestores, otros de nuevo cuño en la Administración del Estado o en sus Organismos Autónomos, particularmente, se esfuerzan no en potenciar la mejora del servicio público, sino en arrancar placas de inauguración de sus antecesores, registrar despachos, inventariar bienes corrientes no inventariables, denunciar a compañeros cesados a la Inspección de servicios por la gestión realizada, aún los óptimos resultados, empíricamente demostrables. Y en suma, generar un clima de crispación organizacional, en donde los límites se traspasan sin ningún pudor, y en donde todo está permitido siempre que sirva como tributo político al Subdelegado respectivo para demostrar *pro-*

⁹ FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, «La burocracia como tradición», en *Revista de Administración Pública*, 1983, 100-102, pp. 1645 y ss.

¹⁰ ALEJANDRO NIETO, *Estudios de Derecho y ciencia de la Administración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 173 y ss.

¹¹ *Vid.* GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 9ª Edic., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 327.

Curiosa resulta, al menos, las últimas declaraciones del MAP de crear una carrera de directivos ajenos a los cambios políticos, la pregunta es la de siempre ¿qué directivos?: ¿los de antes, ya cesados, o los nombrados en estas fechas?, *vid.* Cemical, reproduciendo lo publicado en el diario económico «Expansión» el 9 de junio de 2004, http://www.diba.es/cemical/a-fixters/conductaEE09_06_04.pdf

fesionalidad. La objetividad tan deseada quiebra, la medida y equilibrio desaparecen y la Administración entra en una progresiva descomposición: retornan a las viejas usanzas del miedo y la amenaza frente a la motivación y consenso en la gestión. Algo, desde luego, ha cambiado. Y si estos gestores se mantienen en el cargo habrá que convenir que hay complicidades que son inaceptables en un Estado de Derecho.

2. Cese y desviación de poder

La función directiva en la Administración Pública está sujeta a distintos y distantes condicionantes. El primer gran problema es la limitación de su mandato, sometido a término resolutorio, *dies certus an et incertus quando*, pues la duración en el cargo se encuentra estrechamente unida, en el mayor número de ocasiones, a la permanencia de la autoridad que confirió el nombramiento. De un modo *pragmático* el Tribunal Supremo entra a analizar este problema haciendo pivotar la desviación de poder postulada en que se demuestre el carácter político del cese, cosa que puede resultar difícil cuando el cesado carezca de afiliación política pero quizás pueda ser más evidente cuando el nombrado sea afiliado o simpatizante del poderdante administrativo. El FD cuarto de la Sentencia de 29 de mayo de 1995¹² –con cita de otras del mismo Tribunal– explica:

«Hay que subrayar que estos señores fueron nombrados para estos puestos por un Gobierno que ya no está y, en consecuencia, es absolutamente lógico que el nuevo equipo designe a otras personas para desempeñar su política. Pero, según hemos dicho en las citadas Sentencias de 6 febrero y 18 mayo del corriente año, de estas declaraciones no es posible deducir, como hace el apelante, que el cese obedeciera a "razones políticas", en el sentido partidario de la expresión, sino, por el contrario, que la facultad de acordar el relevo en puestos de libre designación, que forma parte de la potestad organizativa de la Administración, se ejerció con la finalidad de llevar a buen puerto una línea política de gestión marcada por el nuevo Gobierno autonómico, objetivo que se presume vocacionado a la satisfacción de los intereses públicos[...].»

Como acto jurídico, el cese es un acto discrecional que no supone que se encuentre fuera de los imperativos del Derecho Administrativo en general y de la función pública en particular¹³. Ello significa que los requisitos formales o procedimentales cobren especial relieve para evitar ser calificado como acto arbitrario. El carácter restrictivo de derechos del cese otorga una nueva dimensión jurídica al mismo lo que obliga a la autori-

¹² (RJ 1995, 4399).

¹³ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, J.L., *Gobierno y Administración en la Constitución*, v. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 981.

dad competente a ser escrupulosa con su dictado y manifestación evitando la arbitrariedad y la desviación de poder.

Preceptos constitucionales tales como el art. 105.c) que exige la audiencia al interesado en todos los procedimientos administrativos que le afecten que, curiosamente, no ha tenido una traducción normativa en el regulación del cese en la LMRFP de 1984 o en el RGI de 1995, pero que quizás deba ser exigido por la incidencia de la Ley 30/1992; o, sobre todo, el art. 9.3º de la CE, cuando garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, este último artículo, incluido en el Título Preliminar de la Constitución, lo que fortalece su ineludible observancia.

Esa última observación viene a colación de ceses que se están produciendo en la actualidad, muchos de ellos publicados en el BOE, que declaran la retroactividad del mismo a fechas anteriores a su publicación oficial¹⁴. No creo que estas formas pertenezcan a una Administración moderna que ha invertido mucho para alcanzar la *excelencia gestora* como medio de modernización. Esa falta de consideración, además, viene jalónada con otras *consecuencias colaterales* que bien podrían calificarse como «enseñamiento administrativo», consecuencia subsiguiente al cese, y que no pueden tener otro resultado que la desmotivación laboral. No hay que olvidar que la Administración es, sobre todo, producto de una continua evolución, sujeta inexorablemente a los modos gestores que sucesivamente han plasmado sus directivos. Y de entre todos esos modos, el creativo, es para mí el más provechoso para la organización y el ciudadano. Mucho más eficaz y elegante que el revanchista.

El cese en los cargos de libre designación adolece de imperfecciones graves. A salvo la consideración que las normas reguladoras del cese y adscripción provisional de puesto de trabajo prevén para los cuerpos especiales, para los funcionarios directivos de cuerpos generales cesados en libre designación la vuelta al anterior puesto es prácticamente imposible. So pena de permitir alguna triquiñuela legal como proveer la plaza vacante por otro funcionario en comisión de servicios y, posteriormente, cuando cese el directivo revocar la comisión concedida ubicando al cesado en lugar del comisionado. A salvo, siempre, las acciones judiciales contra el acuerdo revocatorio por desviación de poder, ya que el directivo no podría volver a su plaza como titular de la misma sino en adscripción provisional, no definitiva, lo que invalidaría la extinción de la

¹⁴ A título de ejemplo, la del Ministerio de Medio Ambiente, Orden 2 de junio de 2004, que publicada en el BOE en 11 de junio de 2004, retrotrae los efectos del cese a 3 de junio de 2004. O la Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 1 de junio de 2004, que publicada en el BOE en fecha 11 de junio de 2004, retrotrae los efectos del cese a fecha 1 de junio de 2004.

comisión de servicios que exige que se provea de modo definitivo. La adscripción provisional, como sabemos, es una situación transitoria. La ilicitud de la resolución administrativa acordando tal modo atípico de provisión se obtendría mediante la aplicación analógica del art. 64.3º del RGI de 1995 que impide la prórroga de la comisión de servicios cuando el puesto sea provisto de forma definitiva, constante la urgente e inaplazable necesidad de su ocupación por necesidades del servicio –que a la postre motivó su otorgamiento– en relación con el art. 6.4º del CC que regula el fraude de ley.

De todos modos, la doctrina de los tribunales, sanciona la ilegalidad de revocar una comisión de servicios por otra causa diferente a la provisión definitiva de la plaza. La STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 1999¹⁵, FD tercero, expone:

«El artículo 64 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (RCL 1995\ 1133), por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, dispone, en su apartado 1, que “cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo”, añadiendo, en su apartado 3, que “las citadas comisiones de servicios tendrán una duración máxima de un año prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo...”.

La dición del precepto transcrito es lo suficientemente clara como para concluir que el recurrente podía ser cesado discrecionalmente en la comisión de servicio, antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión.

En contra de lo que se sostiene en el escrito de contestación al de demanda, conviene advertir que la discrecionalidad no puede significar arbitrariedad, y es lo cierto que, en el caso enjuiciado, no sólo no se ha acreditado la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el citado artículo 64, sino que ni tan siquiera se ha motivado la causa del cese, sin que, por otra parte, el recurrente haya tenido noticia o información alguna de dicho cese hasta el momento en que le fue notificada la lacónica resolución ahora recurrida [...]».

Lejos de pensar estratagemas legales que puedan construirse y, muchas, dependiendo siempre de la voluntad favorable del órgano competente a tal fin, no olvidemos que para los directivos, en general, ser cesado supone

¹⁵ (RJCA 1999, 2752).

una «caída en vacío»¹⁶ en su carrera profesional por los perjuicios que conlleva. Entre otros: no regresar a su plaza de origen y perder, por ello, una retribución dineraria de cierta envergadura. Estos impedimentos condicionan, de forma inequívoca, la promoción profesional de los funcionarios y, con ello, su carrera administrativa. La solución no puede ser otra que el legislador modifique la regulación actual dictando otra más ajustada a lo que se pretende: la existencia de una verdadera carrera directiva con todas las garantías posibles, con una regulación más seria y profunda del cese.

Ello compensaría, en parte, los grandes sacrificios que un directivo periférico debe soportar, sometido, implacablemente, a variadas presiones de todo tipo y siempre bajo el recelo del cese por la sutil confianza política. No olvidemos que esa primera línea de mando debe enfrentarse no únicamente con las presiones políticas de la provincia, sino, también, con la gestión de personal de la organización, cuestión peliaguda si no se trata con filosofía gestora y templanza humana. Conjugando no sólo poderes o facultades sino también diferentes sensibilidades, imprescindibles, para mantener motivado al personal.

3. Regulación normativa del cese: la laguna jurídica del momento inmediato posterior al cese y antes de la adscripción provisional del funcionario público

El art. 58 del RGI de 1995 regula el cese de forma curiosa. Llamativo es que el apartado 1º del artículo –en relación con el art. 20.1º.e) de la LMRFP de 1984– lo primero que quiere expresar es su carácter facultativo o arbitrario: «los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional». No define lo que es el cese, no da un concepto del mismo, sino que se limita a una de sus características administrativas como acto que es. No cabe duda que el legislador ha querido ir directamente a lo sustancial del cese obviando aspectos menos «relevantes» que puedan frenar su urgencia. Tampoco ha querido revestir el cese de mayores garantías, prescinde de una motivación, característica de todos los actos administrativos y máxime en materia de personal que afecta a derechos esenciales de los funcionarios. En suma, se quiere imprimir cese y rapidez de resolución y sumariedad a cualquier precio.

Esa inmediatez, como es lógico, tendrá algunos beneficios, si se realiza conforme a Derecho, siguiendo el procedimiento adecuado, pero lo que sí posee son defectos importantes en su regulación: la Resolución de

¹⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, *Altos cargos y directivos públicos*, cit., p. 216.

15 de febrero de 1996 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y la Secretaría de Estado de Hacienda, que dicta reglas aplicables a determinados procedimientos en materia de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo, es prueba de la deficiente regulación de esta institución no ya en la LMRFP de 1984, sino también en el RGI de 1995. Además que sólo regula pormenorizadamente la adscripción provisional en puesto de trabajo de funcionarios cesados, en lo que a este estudio importa, pero obvia, una regulación jurídica de la situación producida inmediatamente posterior al cese y anterior a la adscripción provisional más profunda y detallada.

Efectivamente, antes de la adscripción provisional el funcionario queda en una situación atípica, indefinida. No es expectativa de destino¹⁷. Por no ser, no tiene ni nombre. ¿Alguna prueba más de la dejadez del legislador en la regulación del cese? Las únicas previsiones son las contempladas en la RSE de 1996, apartado III.1º.b) y III.1º.d) y el art. 21.2º.b) de la LMRFP de 1984. La primera de contenido económico, determinado la retribución a percibir hasta que sea adscrito provisionalmente:

«Siempre que no exista puesto idóneo disponible, el Ministerio en el que haya tenido lugar el cese o la remoción continuará acreditando en nómina, hasta tanto se asigne puesto de trabajo al funcionario, las retribuciones básicas, el complemento de destino de su grado personal y las dos terceras partes del complemento específico que corresponda a un puesto de nivel de complemento de destino inferior en dos niveles al de su grado personal, complemento específico que se determinará según lo acordado por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en su Resolución de 29 de noviembre de 1995, apartado tercero.

Las retribuciones acreditadas hasta el momento de la asignación del puesto de trabajo lo serán con el carácter de «a cuenta» de las que finalmente correspondan al funcionario. El Ministerio u organismo al que el funcionario sea destinado procederá a regularizar la situación retributiva del funcionario».

Ese complemento específico que refiere este apartado viene contemplado en la Resolución de 29 de noviembre de 1995 de la Interministerial de Retribuciones, debiendo ser, al menos, uno de los comprendidos entre los normalizados más frecuentes del nivel y área correspondiente al nuevo puesto de trabajo.

La segunda regla fija las funciones a realizar durante ese período, señalando que «durante el período que transcurra hasta la asignación de puesto de trabajo podrá encomendarse al funcionario tareas adecuadas al cuerpo o escala al que pertenezca».

¹⁷ El concepto de esa figura puede verse en mi obra *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 259 y ss.

El art. 21.2º.b) de la LMRFP de 1984 dispone la autoridad de la cual depende el funcionario público cesado antes de ser adscrito a su plaza correspondiente, previendo que quedarán a disposición del Subsecretario, Director del Organismo, Delegado del Gobierno o Gobernador civil u órganos análogos de las demás Administraciones, que les atribuirán el desempeño provisional de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala.

Si se trata de cuerpos especiales, será el órgano superior, por ejemplo, la Subdirección General del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social en el caso de Letrados de la Administración de la Seguridad Social o la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, si Abogados del Estado.

Esa situación indefinida es considerada por el art. 3.h) del RGI de 1995 y art. 3.h) del RSAFC de 1995 como servicio activo a todos los efectos.

La resolución administrativa acordando el cese será remitida al Registro Central de Personal dentro de los tres días hábiles siguientes a su formalización, art. 37 del RGI de 1995.

Al amparo del art. 34 de la Ley 33/1987, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 en relación con el apartado 2.2º.3 de la Resolución de 2 de enero de 2004 que dicta instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2-8-1984 y actualiza para el año 2004 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio, las retribuciones que deberá recibir el funcionario cesado serán las correspondientes al mes del cese, tanto las básicas como las complementarias. Ambos artículos señalan que: «Las retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios del Estado que se devenguen con carácter fijo y periodicidad mensual se harán efectivas por mensualidades completas y de acuerdo con la situación y derechos del funcionario referidos al primer día hábil del mes a que corresponden [...]».

4. Retribución del funcionario transcurrido el mes del cese hasta la adscripción provisional en puesto de trabajo

Transcurrido ese mes y si no queda adscrito el funcionario a vacante idónea pasará a percibir las retribuciones que la RSE de 1996 prevé en el apartado III.1º.b) que dice «Siempre que no exista puesto idóneo disponible, el Ministerio en el que haya tenido lugar el cese o la remoción continuará acreditando en nómina, hasta tanto se asigne puesto de trabajo al funcionario, las retribuciones básicas, el complemento de destino de su grado personal y las dos terceras partes del complemento específico que

corresponda a un puesto de nivel de complemento de destino inferior en dos niveles al de su grado personal, complemento específico que se determinará según lo acordado por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en su Resolución de 29 de noviembre de 1995, apartado tercero».

5. Creación del puesto a proveer mediante adscripción y retribuciones a percibir

Una de las consecuencias del cese es que se convierte en modo de provisión de puestos de trabajo a través de la adscripción provisional, provisión contenida en el art. 63.a) del RGI de 1995. De este modo, el art. 58.2º del RGI de 1995 explicita que: «Los funcionarios cesados en un puesto de libre designación serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal en el mismo municipio, en tanto no obtengan otro con carácter definitivo, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese y de acuerdo con el procedimiento que fije el Ministerio para las Administraciones Públicas».

Ese procedimiento es recogido en la RSE de 1996. Concretándonos en la Administración periférica el apartado III.2º.2. de aquella distingue varios supuestos:

a) Existencia de vacante idónea, apartado III.2º.2.a)

La asignación a la plaza se producirá en el plazo máximo de 15 días por el Delegado o el Subdelegado del Gobierno oído el Ministerio.

b) Inexistencia de vacante idónea en el lugar del cese, apartado III.2º.2.b)

El Delegado del Gobierno o el Subdelegado en el ámbito de sus respectivas competencias y a propuesta de los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada departamento, atribuirá en el plazo máximo de 15 días el desempeño provisional de un puesto de trabajo vacante idóneo, a la vista de las necesidades de los servicios.

c) Inexistencia de vacante en la Administración periférica, apartado III.2º.2.c)

El Delegado del Gobierno o el Subdelegado en el ámbito de sus competencias, oídos los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada departamento, determinará en el plazo máximo de 7 días, a la vista de las necesidades de los servicios, el centro o la unidad en que

deberá crearse el puesto, e instará al Ministerio u organismo afectado a que eleve la propuesta a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en plazo máximo de otros 7 días. Dicha propuesta será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión.

d) Funcionario perteneciente a cuerpo o escala que tenga atribuido puestos en exclusiva, apartado III.2°.2.d)

Si el funcionario pertenece a un cuerpo o escala que tenga atribuido puestos en exclusiva o a un cuerpo o escala al que corresponda desempeñar puestos no incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, la asignación del puesto y, en su caso, la creación de puesto por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, se efectuará a propuesta del Ministerio de adscripción. Tanto la asignación como la propuesta se efectuarán en el plazo máximo de quince días.

e) Retribución a percibir por el funcionario público adscrito provisionalmente

El apartado III.1°.f) de la RSE de 1996 establece que los puestos asignados con carácter provisional han de tener un complemento específico que deberá ser, al menos, uno de los comprendidos entre los normalizados más frecuentes del nivel y área correspondiente al nuevo puesto de trabajo, según lo acordado por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en su Resolución de 29 de noviembre de 1995, sobre asignación de puestos de trabajo.

Ese apartado 3°.1 de la Resolución de 1995 concreta como complemento específico uno de los comprendidos entre los normalizados más frecuentes del nivel y área correspondiente al nuevo puesto de trabajo. No obstante queda por analizar qué entiende la CECIR como *nivel de complemento normalizado* más frecuente. Sin perjuicio de criticar que las Resoluciones de febrero de 1996 y noviembre de 1995 no expliciten la fórmula para concretar cuantitativamente ese concepto, esa omisión sólo acarrea un perjuicio económico temporal –pero perjuicio al fin y al cabo– toda vez que las retribuciones acreditadas hasta el momento de la asignación del puesto de trabajo lo serán con el carácter de «a cuenta» de las que finalmente correspondan al funcionario. El Ministerio u organismo al que el funcionario sea destinado procederá a regularizar la situación retributiva del mismo, apartado III.1°.b) *in fine* de la RSE de 1996.

Al amparo de la RSE de 1995, apartado III.3°.2. *in fine*, la plaza creada en adscripción provisional para los cesados en libre designación figurarán en la RPT con el acrónimo APP (Asignación provisional de puestos).

6. Diferencia entre las retribuciones a recibir por el funcionario después del primer mes del cese y las determinadas por la CECIR en la creación de la plaza en adscripción provisional

En cuanto a las retribuciones a percibir en tanto haya agotado el mes que le corresponde percibir íntegra la retribución y antes de ser adscrito provisionalmente al puesto vacante o creado, el apartado III.1º.b) de la RSE de 1996, concreta los siguientes conceptos: a) las retribuciones básicas, b) el complemento de destino de su grado personal y c) las dos terceras partes del complemento específico que corresponda a un puesto de nivel de complemento de destino inferior en dos niveles al de su grado personal.

Una vez creada la plaza por la CECIR para ser proveída mediante adscripción provisional las retribuciones serán las contenidas en el apartado III. 1º. f) de la RSE de 1996: tendrán un complemento específico que deberá ser, al menos, uno de los comprendidos entre los normalizados más frecuentes del nivel y área correspondiente al nuevo puesto de trabajo, según lo acordado por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en su Resolución de 29 de noviembre de 1995, sobre asignación de puestos de trabajo.

Es evidente que la primera situación es más gravosa en tanto el funcionario únicamente percibirá las dos terceras partes del complemento específico. Ese perjuicio queda compensado una vez adscrito provisionalmente a su puesto de trabajo, en cuyo momento se regularizará económicamente por el Ministerio receptor.

Se obvian, por ser debidas, las retribuciones básicas: sueldo, trienios y pagas extraordinarias, art. 23.1º de la LMRFP de 1984, en tanto no sufren ninguna modificación tras el cese. Tampoco el complemento de destino consolidado al grado del funcionario cesado que será el mismo, art. 23.3º.a). El perjuicio más patente quedaría en la determinación del complemento específico. 

Abreviaturas

RGI de 1995: Real Decreto 364/1995, de 10 marzo 1995. Aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

LMRFP de 1984: Ley 30/1984, de 2 agosto 1984, de Reforma de la Función Pública.

RSE de 1996: Resolución de 15 de febrero de 1996, Dicta reglas aplicables a determinados procedimientos en materia de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo para los de la Administración del Estado.

RSE de 1995: Resolución de 29 de noviembre de 1995, Criterios aplicables en determinados supuestos de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo.

CECIR: Comisión Ejecutiva de la Interministerial de Retribuciones.

RSAFC de 1995: Real Decreto 365/1995, de 10 marzo 1995. Aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN COMO TÉCNICA DE MODULACIÓN COMPETENCIAL INTERORGÁNICA. RÉGIMEN JURÍDICO Y APLICACIÓN PRÁCTICA: VIRTUDES Y DEFECTOS¹

Joaquín Meseguer Yebra

Asesor del Consejo Consultivo de Castilla y León

1. Concepto, naturaleza y finalidad

1.1. La irrenunciabilidad de la competencia

Los principios de legalidad, seguridad jurídica y jerarquía normativa estrechamente conectados con la operación de distribución competencial, constituyen la base legal para proclamar la irrenunciabilidad o indisponibilidad de la competencia administrativa. Así lo revela el art. 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJPAC, al disponer que las competencias se ejercerán precisamente

¹ El presente trabajo consiste en la elaboración de una guía de corrección que contiene pautas y directrices prácticas para un uso más adecuado de esta técnica. Para la elaboración de este artículo, en concreto, se han analizado acuerdos y convenios de encomienda de gestión procedentes de las administraciones estatal y autonómicas, todas ellas de fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que garantiza una actualidad absoluta de los datos aportados y defectos detectados. La cita incluye la referencia del boletín o diario oficial en que se encuentran publicadas, tanto el número como fecha, para facilitar su localización por parte del lector.

por los órganos administrativos que las tengan atribuidas como propias². Esto significa que el órgano al que se atribuye la competencia debe ejercitarla inexcusablemente sin que pueda renunciar a su ejercicio³, lo que en palabras del Tribunal Supremo significa que «todos los órganos de la Administración deben ejercitar su competencia a fin de perseguir el interés público para cuya satisfacción se otorgó la específica esfera de poder en que toda competencia se traduce» (sentencia de 9 de noviembre de 1990). Por otro lado, los órganos no pueden ejercitar las competencias atribuidas por la norma a otro distinto, cuestión ésta para la que se articula por la LRJPAC todo un sistema un resolución de conflictos de atribuciones⁴.

La nota de la irrenunciabilidad es una traslación al campo administrativo por vía de competencia, de la idea de «juez natural» que la Constitución consagra para la vía jurisdiccional (STS de 9 de octubre de 1990). Si no fuera así, la seguridad jurídica resultaría claramente menoscabada, salvo que se arbitrasen mecanismos que aseguraran la debida tutela de los intereses particulares que, en una palabra, es lo que intentan hacer todos los ordenamientos actuales.

La competencia además es, por principio, indisponible, innegociable e inalienable. Así lo manifiesta la STS de 5 de febrero de 1990 cuando afirma que ni siquiera aunque la Administración aceptase una competencia y un procedimiento indebidos resultaría válida esa «disposición» bilateral de ciertos aspectos del acto administrativo considerados esenciales, cuya inobservancia derivaría en la sanción excepcional de la nulidad de pleno derecho⁵.

² Numerosas sentencias siguen el mismo tenor: SSTS de 3 de febrero de 1997, 11 de mayo de 1992, 20 de febrero de 1990, etc.

³ Una manifestación la encontramos en el art. 89.4 LRJPAC, donde se dice que en ningún caso puede la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso.

⁴ Artículo 20. Decisiones sobre competencia:

1. El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública.

2. Los interesados que sean parte en el procedimiento podrán dirigirse al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente. Asimismo, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto.

3. Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo.

⁵ Una de las causas que provoca este vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos es la incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio [art. 62.1 b) LRJPAC].

1.2. Las excepciones a la indisponibilidad

De acuerdo con lo exigido en el art. 12.1 LRJPAC, el ordenamiento jurídico ha de designar el órgano competente para cada caso, «...de donde se infiere que ningún órgano administrativo, salvo autorización expresa por la Ley, puede compartir sus privativas competencias con otros sujetos, ni tan siquiera con otros órganos de la misma Administración Pública...»⁶.

Sin embargo, desde siempre se ha venido admitiendo con cierta facilidad la posibilidad de modular o excepcionar en supuestos muy concretos y tasados este carácter irrenunciable de la competencia, donde no sólo cabría hablar de las excepciones expresadas en el propio precepto donde aquél se proclama –art. 12.1 LRJPAC–, sino también de «...los cada vez mayores casos de exceptuación del mismo, mediante las modernas fórmulas de participación y colaboración en las actividades administrativas, no sólo por parte de otras Administraciones, sino incluso de los particulares...»⁷.

Es decir, irrenunciabilidad sí, pero con una cierta flexibilidad o posibilidad de realizar reajustes competenciales. El art. 12.1 ya citado, tras proclamar la irrenunciabilidad, la exceptúa para los casos de desconcentración, delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en la Ley. Añade, además, que la encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevean.

En principio la competencia es siempre efecto de una declaración normativa, supone siempre un texto jurídico, no se determina por sí misma, por lo que ningún órgano administrativo puede realizar un acto válido en virtud de poderes que él mismo se haya dado. Si no existe una norma que respalde una determinada actividad administrativa, su ejercicio es ilegítimo (STS de 26 de enero de 1981). A esta filosofía se ajusta, en principio, la desconcentración, siempre por norma, pero no, por ejemplo, la avocación. En cualquier caso, una y otra figura son excepciones al principio de la irrenunciabilidad de competencias.

El fundamento de estas excepciones puede hallarse en la necesidad de encontrar un punto de equilibrio en la tensión existente entre los principios de irrenunciabilidad y el principio constitucional de eficacia proclamado en el art. 103.1 CE, que exige el normal y permanente ejercicio de las funciones de la Administración Pública. Renunciar a la excepción supondría dejar en el aire las potestades administrativas (y su ejercicio en tiempo y forma) en aquellos supuestos en los que el órgano competente

⁶ Véase la STS de 21 de junio de 1983.

⁷ Véase la STS de 14 de julio de 1981.

originariamente, por circunstancias y eventualidades, no pudiera actuar sus facultades⁸.

La trascendencia de las figuras mencionadas, que permiten adaptar la atribución o distribución normativa de competencias, es de diverso calado. No todas acarrear, por ejemplo, una alteración en la titularidad de la competencia. Por ese motivo, se hace preciso distinguir y deslindar dos planos dentro del concepto «competencia»: la titularidad y el ejercicio de la misma.

No tiene igual alcance, por poner un caso, que uno de los órganos administrativos retenga la titularidad de su competencia permitiendo a otro ejercerla, que la transferencia tanto de la titularidad como del ejercicio de la competencia en un todo, modificando la distribución normativa de competencias que existía en un inicio. Incluso, en ocasiones, puede darse únicamente la alteración de alguno de los elementos del ejercicio, determinante o no, pero no de los restantes, que seguirían residenciados en el titular de la competencia.

Esto es lo que distingue la desconcentración del resto de las «modulaciones competenciales». No es lo mismo enfrentarse a un acto dictado en virtud de una competencia desconcentrada que aquél que lo es en el ejercicio de una previa delegación o avocación. El régimen de recursos administrativos, la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de un hipotético recurso contencioso-administrativo, en una palabra, la imputación e impugnación de los actos de la Administración están en íntima conexión con la distribución de competencias.

1.3. Concepto de encomienda de gestión y distinción de figuras afines

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño (art. 15. 1 LRJPAC). La formulación de esta técnica de cooperación administrativa, que no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, constituye un ejemplo de relación jurídico-pública de carácter bilateral que, en opinión de González Pérez y González Navarro, por su carácter económico es, además, contractual⁹.

⁸ Cfr. VALLINA VELARDE, Juan Luis de la, «La delegación de competencia», en *Documentación Administrativa*, núm. 24 (diciembre de 1959), p.18.

⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 744.

Fernández Farreres la define como un mecanismo que permite compatibilizar la irrenunciabilidad de las competencias con la carencia de los medios materiales para su desempeño o con el logro de la mayor eficacia en la gestión, una forma de ejercer las propias competencias sin necesidad de transferir ni la titularidad ni el ejercicio de las mismas¹⁰.

Por su descripción y contenido esta figura se asemeja a los exhortos, como forma de materialización de la cooperación judicial (Vázquez Iruzubieta), una especie de concesión de servicios entre personas jurídico-públicas (Hernando Orejana¹¹, Garrido Falla y Fernández Pastrana¹², Mauri i Majós¹³), una respuesta al deber de auxilio en aplicación de lo dispuesto en el art. 4 d) LRJPAC¹⁴ o un arrendamiento de obra o servicios (González Pérez y González Navarro¹⁵). Sin embargo, todas estas categorías presentan algún aspecto que, en mayor o menor escala, las aleja del propio estatuto jurídico de la encomienda, a saber, la no intervención de sujetos privados, la gestión directa del servicio que entraña la encomienda, la inexistencia de licitación pública, etc.

La inclusión de esta técnica en la LRJPAC no estuvo exenta de polémica durante los debates parlamentarios, en especial, por las dudas de constitucionalidad derivadas de su difícil encaje en lo preceptuado por el art. 150.2 CE. El Grupo Popular la tachó de puerta falsa para una pretendida mayor eficacia o disposición de medios técnicos de unas comunidades sobre otras, sin necesidad de pactos autonómicos globales ni reforma de Estatutos de Autonomía¹⁶.

¹⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, capítulo dentro de la obra *Informe sobre Comunidades Autónomas 1995. Volumen I*, dirigida por Eliseo AJA. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1996.

¹¹ HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, «Encomienda de gestión», *Actualidad Administrativa*, núm. 2 (12 al 18 de enero de 1998).

¹² GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M^a, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999)*. Editorial Civitas, Madrid, 3^a edición, p. 97.

¹³ MAURI I MAJÓS, Joan, capítulo dentro de la obra *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Editorial BOSCH, 1994, pp. 101 y ss.

¹⁴ Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., p. 746.

¹⁶ Hernando Orejana, Luis Carlos, *La encomienda de gestión*, Edita Colegio Universitario de Segovia, 1998, pp. 125-126.

1.4. Fundamento

Lo característico de la encomienda es su trascendencia *ad intra* y la carencia de efecto alguno más allá del ámbito propio de la Administración. Es una figura de intendencia, destinada a la satisfacción y cobertura de las necesidades perentorias que demandan un funcionamiento celero, racional y eficaz de la organización.

Las razones que deben conducir al empleo de esta técnica, pues, serán de eficacia o cuando se dé la circunstancia de que el órgano administrativo o entidad de derecho público competente no posea los medios técnicos idóneos para el desempeño de sus competencias, razones ambas que será difícil discernir una de la otra en la práctica. La máxima cercanía al ciudadano, la racionalidad gerencial, la reducción de costes y la optimización de los recursos públicos, sobre todo, teniendo en cuenta el gasto que en la actualidad comporta la implantación de la tecnología informática y de las telecomunicaciones, son otras de las argumentaciones que subyacen en el empleo de esta técnica¹⁷.

Cuando uno se detiene en el análisis de las innumerables encomiendas formalizadas en el ámbito interno de cada Administración se pregunta por qué no el empleo de la delegación, cuando ambas técnicas siguen la misma regla de imputación. Sí es cierto y no puede ocultarse la distinta intensidad de ambas figuras. Ninguna de las dos supone alteración de la titularidad de la competencia, pero la encomienda, además, tampoco afecta a los elementos *sustantivos* de su ejercicio (art. 15.2), y ello a pesar de que en el art. 12.1 párrafo segundo se dice que la encomienda alcanzará a ciertos elementos *determinantes* del ejercicio de la competencia. La redacción de ambos preceptos parece contradictoria, por no alcanzar a distinguir los elementos determinantes de los sustantivos, o cuáles son unos y otros.

¹⁷ SÁNCHEZ SÁEZ sostiene, en nuestra opinión exageradamente, que la ausencia de motivación ocasionaría la nulidad de la encomienda, por exigirlo así el art. 54 LRJPAC. Si bien este precepto exige la motivación de los actos dictados en el ejercicio de las potestades discrecionales creemos desorbitado anudar tal sanción a la infracción de este deber. Es difícilmente pensable que esta omisión pueda producir indefensión a los eventuales interesados, por lo que la calificación idónea no debería exceder de la anulabilidad del art. 63 de la Ley. Cfr. «La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 53 (enero-marzo 2004), *op. cit.*, pág. 252.

2. Sujetos intervinientes

Los sujetos intervinientes en la encomienda son órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma o diferente Administración Pública, aspecto que distingue esta figura de las restantes que cita el art. 12 LRJPAC cuyo ámbito es intraadministrativo. En ambos casos se tratará siempre de sujetos públicos. El régimen jurídico de la encomienda de gestión no será de aplicación, por lo tanto, cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero del art. 15 haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos de las Administraciones públicas, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo (art. 15. 5 LRJPAC).

Garrido Falla y Fernández Pastrana¹⁸ consideran, a la luz del análisis de experiencias prácticas, que la Ley no ha podido querer excluir con esta previsión la encomienda para la realización de actividades de carácter material y técnico a favor de sociedades mercantiles de capital público sometidas al Derecho privado en su funcionamiento, sujetos cuya naturaleza es claramente instrumental. Estos autores citan *ad exemplum* el encargo que efectúa el Instituto de la Vivienda de Madrid a la entidad mercantil «Viviendas Sociales de Madrid, S.A.» para el desarrollo de la política pública en materia de viviendas sociales.

Este no es un caso único ya que la práctica más reciente recoge múltiples casos de este tipo de encomiendas a favor de entidades o sociedades públicas sometidas al régimen jurídico privado, tanto en el Estado como en los ámbitos autonómico y local, sin que se haya cuestionado sobremanera su pertinencia. Entre ellos se hallan las encomiendas estatales en favor del ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias «GIF» o la sociedad pública empresarial «Red.es»; en el ámbito autonómico hallamos las efectuadas para la sociedad pública «Euskadiko Kirol Portua, S.A.» que se encarga de gestionar el servicio público de explotación de dársenas deportivas en el País Vasco (*BOPV* núm. 34, de 19 de febrero de 2004), la «Empresa de Residuos de Cantabria, S.A.» (*BOC* núm. 225, de 21 de noviembre de 2003), el Instituto Tecnológico Agrario y el Ente Público Regional de la Energía, ambos de Castilla y León (*BOCyL* núm. 126, de 2 de julio de 2004 y núm. 112, de 14 de junio de 1999, respectivamente), las empresas públicas «Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias,

¹⁸ GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M^a, *Régimen Jurídico y Procedimiento...*, op. cit., p. 98 y ss.

S.A.», «Gestión recaudatoria de Canarias, S.A.» y «Sociedad canaria para el Fomento Económico, S.A.» (BOCan núm. 6, de 12 de enero de 2004, núm. 108, de 7 de junio de 2004 y núm. 164, de 25 de agosto de 2003), la «Sociedad Regional de Turismo, S.A.» del Principado de Asturias (BOPA núm. 74, de 29 de marzo de 2004), etc.; y en la esfera municipal destacamos las realizadas a favor de la empresa municipal del Ayuntamiento de Santander «Santurban, S.A.» (BOC núm. 218, de 12 de noviembre de 2002), la empresa mixta «Ecociudad Valdespartera Zaragoza, S.A.» (BOA núm. 43, de 11 de abril de 2003), etc.

La STSJ de Castilla-La Mancha, de 30 de octubre de 2000, sin embargo, niega en un supuesto similar que nos hallemos ante una encomienda de gestión. La Sala considera que no es óbice a dicha conclusión el que la citada sociedad haya sido constituida con capital municipal del Ayuntamiento y dependa del mismo a todos los efectos, porque si esas notas tienen validez para el ejercicio de sus competencias en ese municipio, en cambio dejan de tener sentido si lo que pretende es ejercer en el ámbito de otro distinto, pues entonces prima su sometimiento al régimen jurídico de derecho privado, que en todo caso se da por su forma de sociedad mercantil anónima con el que ha sido constituida. En tal supuesto, dice el Tribunal, habría de acudirse a la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

Este dilema se traslada en algunas ocasiones al texto de las propias encomiendas de gestión. El Convenio de colaboración de 23 de diciembre de 2002 entre la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y la Entidad Pública Empresarial «Red.es» para la encomienda de gestión a esta última de diversas actuaciones para el fomento de la sociedad de la información (BOE núm. 310, de 27 de diciembre), que invoca expresamente para su celebración el art. 15 LRJPAC, ostenta, según se dice textualmente, la naturaleza de los previstos en el art. 3.1 d) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio. Este precepto excluye de la aplicación de la normativa de contratos a los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

Apenas un año más tarde, el 29 de octubre de 2003, el Convenio de colaboración celebrado entre la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y la misma Entidad Pública Empresarial (BOE núm. 271, de 12 de noviembre), celebrado con el mismo objeto que el anterior, sustituye la letra d) del precepto citado de la legislación de contratos por la c). Esta letra, en cambio, excluye de la normativa contractual a los convenios de colaboración que celebre la

Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí.

La postura de Sánchez Sáez parece bastante sólida y coherente al considerar que las encomiendas de gestión a favor de sociedades públicas deberán someterse a la normativa de contratos administrativos cuando su objeto sea alguno de los regulados en el RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo que aquéllas tuvieran capital exclusivamente público. De esta forma se evita el fraude de ley que se seguiría de la inaplicación de los principios de publicidad y concurrencia, por ejemplo, si se celebrara una encomienda de gestión «a dedo» con una empresa privada sólo con la intención de ocultar un auténtico contrato administrativo (se trataría de una huida del Derecho Administrativo)¹⁹.

Cualquiera que sea la solución que se dé, en ocasiones se observa en algunas encomiendas la remisión supletoria a la normativa sobre contratación administrativa a fin de resolver dudas e integrar las lagunas que puedan surgir²⁰.

Mauri i Majós y Martínez-Alonso Camps opinan que la encomienda puede actuarse a iniciativa de la futura entidad u órgano «encomendado», mediante la correspondiente oferta de colaboración técnica, que se traduce en una propuesta de puesta a disposición de medios de actividad, datos o informaciones. El último de los autores ofrece un buen ejemplo con la gestión efectuada por la Diputación de Barcelona con algunos ayuntamientos de esa provincia para la asunción de la gestión informatizada de sus padrones de habitantes²¹.

Será, asimismo, responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda

¹⁹ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José, *La encomienda de gestión...*, pp. 255 y ss.

²⁰ Así lo hacen el Convenio de Colaboración por el que se formaliza la encomienda de gestión del Servicio Canario de Empleo en el Ayuntamiento de Buenavista del Norte para la realización de determinadas actuaciones materiales competencia del Organismo (*BOCan* núm. 136, de 16 de julio) y el Convenio de Colaboración del Instituto de la Juventud y el Consorcio «Red Española de Albergues Juveniles», de 22 de diciembre de 2003, para la encomienda de gestión de los carnés de la Confederación Internacional de Estudiantes (*BOE* núm. 63, de 13 de marzo de 2004).

²¹ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, JOSÉ LUIS, «La encomienda de la gestión informatizada de los padrones municipales de habitantes: un ejemplo de colaboración entre Administraciones Públicas», *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, núm. 276 (enero-abril 1998).

MAURI I MAJÓS, JOAN, capítulo dentro de la obra *Administración Pública...*, op. cit., p. 102.

(art. 15.2 y 3 LRJPAC)²². Esto no impide que el órgano «encomendado» pueda resolver cuantas cuestiones se planteen durante la gestión, lo que en cierta manera y ocasiones trasciende la mera actividad material²³.

3. Objeto

El objeto de esta técnica, tal como ha quedado enunciado, es la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de la Administración y no el ejercicio de potestades públicas. La encomienda de gestión, cuyo empleo desmedido constituye un fenómeno totalmente insólito, resulta particularmente útil para la gestión de actividades con un contenido altamente técnico como inspecciones medioambientales o de protección de los consumidores²⁴, recogida de datos, estudios estadísticos, desarrollo de procesos selectivos, recaudación de tributos y actividades instrumentales preparatorias del procedimiento administrativo donde lo que prima es la idoneidad técnico-cultural de los órganos y personas físicas que los integran y que pueden concurrir a la realización de las mismas²⁵ y, en general, actuaciones burocráticas de mero trámite o propuesta sin eficacia jurídica *ad extra*²⁶, lo que responde al carácter irrenunciable de la competencia (art. 12.1 LRJPAC). Esto último encaja a la perfección con lo dispuesto en el art. 30.5 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares cuando manifiesta que «la encomienda de gestión no podrá implicar facultades de resolución sobre las materias que hayan sido encomendadas»²⁷. No obstante, continúa, «se podrán dictar

²² Puede darse el caso de que la misma encomienda de gestión prevea la delegación de la facultad de formular estas instrucciones: Resolución de 12 de mayo de 1997, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece la encomienda de gestión a la que se hace referencia en el Real Decreto 341/1997, de 7 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1.885/1996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio del Interior (BOE núm. 132, de 3 de junio).

²³ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, capítulo dentro de la obra *Informe sobre Comunidades...*, op. cit., p. 671.

²⁴ HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, «La encomienda de gestión», op. cit., p. 33.

²⁵ MAURI I MAJÓS, Joan, capítulo dentro de la obra *Administración Pública...*, op. cit., p. 102.

²⁶ MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas, capítulo dentro de la obra *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Coordinada por Benigno Pendás García, Editorial Praxism, Barcelona, 1993, p. 243 y ss. Cfr. Hernando Orejana, Luis Carlos, «La encomienda de gestión», op. cit., p. 131. Fernández Farreres, Germán, *Informe sobre Comunidades...*, op. cit., p. 670.

²⁷ En este sentido es bien expresivo el Acuerdo de encomienda de gestión, de 27 de diciembre de 2000, entre el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Car-

los actos de instrucción que sean necesarios para ejecutar las resoluciones derivadas de la encomienda, siempre que no se trate de actos de trámite susceptibles de recurso».

4. Aspectos formales

El art. 15 no hace referencia alguna a la necesidad de que los convenios de encomienda se publiquen, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración. Es más, la STSJ de Navarra núm. 532/2003, de 20 de mayo de 2003, considera que a la luz de la LRJPAC el requisito de la publicación sólo es preceptivo con respecto a los acuerdos entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración, por lo que su omisión para el supuesto de los convenios del art. 15.4 no sería un motivo de nulidad, sino un mero requisito para la eficacia.

En nuestra opinión, también debe procederse a la publicación de los convenios de encomienda en los Diarios oficiales de cada una de las administraciones intervinientes por cuanto vincula a ambas. Las Comunidades Autónomas que en su normativa regulan la figura de los Convenios de encomienda de gestión entre diferentes administraciones así lo prevén, supeditando sus efectos a la publicación (Aragón, Asturias, Extremadura y La Rioja). Esta última Comunidad condiciona la eficacia, además, a la última publicación que resulte obligatoria.

La publicación, por pura lógica, ha de contener el texto íntegro del convenio por lo que resulta singular la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja de 22 de junio de 1999,

bón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras y la Subsecretaría de Economía (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2001). Su contenido dispone, entre otras cuestiones, lo siguiente:

«El Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, encomienda a la Subsecretaría de Economía, que actuará a través de la Subdirección General de Recursos y Reclamaciones, las siguientes actuaciones materiales:

Tramitación y propuesta de resolución de los recursos de alzada, reposición y revisión que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los órganos de dirección del organismo autónomo.

Tramitación y propuesta de resolución de las reclamaciones de daños y perjuicios, reclamaciones previas a la vía judicial civil y revisiones de actos administrativos...

...la Subdirección General de Recursos y Reclamaciones del Ministerio de Economía, tan pronto cumplimente el procedimiento y realice la propuesta de resolución, la remitirá al órgano competente para que dicte el acto administrativo de terminación, en los términos que estime pertinentes...».

por la que se dispone la publicación del *resumen* del Convenio por el que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación encomienda a la Comunidad Autónoma de La Rioja la gestión de actuaciones de intervención y regulación de mercados (*BOLR* núm. 80, de 1 de julio). A la vista de esta extravagancia no sobran referencias como la contenida en el art. 30.3 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que condiciona los efectos de la encomienda de gestión a la publicación *íntegra* en el *BOCAIB*.

Del examen de los acuerdos y convenios analizados es práctica común que su publicación aparezca precedida de una resolución acordando la misma e, incluso, la previsión de su inscripción en el Registro de Convenios que exista creado en cada una de las Administraciones intervinientes²⁸. En el caso de Aragón esta «resolución» será el Decreto o la Orden mediante los que se autorice la encomienda de gestión o el convenio en el que ésta se formalice²⁹.

5. Encomiendas entre órganos o entidades pertenecientes a la misma Administración

La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades encomienda de gestión (art. 15.3). En ocasiones se aprecia en este tipo de encomiendas la utilización incorrecta de la denominación «convenio», cuando según lo dispuesto por la LRJPAC debería hablarse de «acuerdo», aspecto éste que carece de mayor trascendencia por cuanto el contenido y requisitos de eficacia para unos y otros son similares³⁰.

²⁸ El art. 38 del DLeg. 1/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón ordena que los convenios sean remitidos al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, en el plazo de diez días, para su incorporación al Registro de Convenios.

²⁹ Decreto 248/2002, de 11 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la encomienda de gestión de la Comarca del Alto Gállego a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Inspección Turística (*BOA* núm. 89, de 29 de julio), Orden de 31 de octubre de 2002 del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, por la que se encomienda al Instituto Aragonés de Fomento la gestión de servicios para la celebración de la exposición «Territorium: el largo camino hacia las comarcas de Aragón» (*BOA* núm. 143, de 4 de diciembre), etc.

³⁰ Convenio de colaboración de 29 de octubre de 2003 entre la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y la Entidad Pública Empresarial «Red.es» para la encomienda de gestión a esta última de actuaciones para el fomento de la sociedad de la información (*BOE* núm. 271, de 12 de noviembre) y

5.1. ¿Jerarquía o técnica negocial?

Existe un sector doctrinal minoritario que defiende el empleo de la encomienda únicamente en el ámbito de las relaciones interadministrativas, ya que consideran que entre órganos pertenecientes a la misma Administración el principio esencial que debe regir sus relaciones es el de jerarquía. Esta postura parte de postulados clásicos y, en cierta forma, superados hasta el punto que la delegación interorgánica, que ha venido siendo tradicionalmente una de las manifestaciones más evidentes de este principio, ha rebasado el condicionamiento secular de la subordinación jerárquica. Aplicar la encomienda en el ámbito de las relaciones entre órganos de la misma Administración, como opina Hernando Orejana³¹, supone admitir que el órgano superior negocie con el inferior la realización de determinadas actividades. La hipotética declaración de voluntad del órgano inferior contraria a la asunción de tales actividades colocaría al órgano superior en el brete de ejercer su superior jerarquía con el máximo rigor y disciplina.

Para Fernández Farreres la técnica negocial sólo resulta razonable cuando la encomienda se articula entre órganos o entes no subordinados entre sí, del mismo nivel, dado que, en otro caso, la orden del superior es título suficiente para imponer las consecuencias que conlleva la encomienda de gestión³².

Aunque no compartimos en toda su integridad el espíritu de este discurso, no podemos negarle cierta razón. Esta filosofía nos permite explicar en parte, por ejemplo, los no poco raros ejemplos de encomiendas de gestión acordadas unilateralmente sin el consentimiento, al menos explícito, del órgano que recibe la encomienda, una práctica que no encuentra mucha justificación a la vista del régimen establecido en la LRJPAC, dado el carácter voluntario y convencional de esta técnica. Ofrecemos tres ejemplos para ilustrar este fenómeno: la Orden de 20 de diciembre de 1993, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón, por la que se encomienda al Director General de la Función Pública, la gestión de los procesos selectivos para ingreso en la Ad-

Convenio de Encomienda de Gestión de 29 de mayo de 2003, celebrado entre las Consejerías de Economía, Hacienda y Comercio y de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias a la «Sociedad Canaria para el Fomento Económico, S.A.», para la selección, evaluación y seguimiento de los Proyectos de creación de nuevas empresas y los presentados al amparo del Plan de Consolidación y Competitividad de la Pequeña y Mediana Empresa (BOCan núm. 164, de 25 de agosto).

³¹ HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, «La encomienda de gestión», *op. cit.*, pp. 136-137.

³² FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, capítulo dentro de la obra *Informe sobre Comunicaciones...*, *op. cit.*, p. 672.

ministración de la Comunidad Autónoma de Aragón, derivados de la Oferta de Empleo Público de 1993 (BOA núm. 149, de 29 de diciembre), la Orden AYG/1035/2004, de 18 de junio, de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León por la que se encomienda la Instituto Tecnológico Agrario de dicha Comunidad la gestión de determinadas actuaciones (BOCyL núm. 126, de 2 de julio) y la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Cantabria de 28 de octubre de 2003, por la que se establece la encomienda a la «Empresa de Residuos de Cantabria, S. A.» para la gestión y explotación de las estaciones depuradoras de aguas industriales de Santoña y Laredo (BOC núm. 225, de 21 de noviembre).

Un caso peculiar sería el de aquellas encomiendas que siguen un curso progresivo de perfeccionamiento, culminando el proceso con la aceptación expresa de la encomienda por parte del órgano que la recibe. Esta modalidad, de legalidad ciertamente dudosa, se viene utilizando repetidamente por la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento para las encomiendas a favor del Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias «GIF». El empleo de esta fórmula responde, no obstante, a la exigencia de bilateralidad que demanda la LRJPAC, ya que comienza con la decisión unilateral del encomendante (o encomendero) y finaliza con una aceptación por parte del «encomendado»³³.

³³ Resolución de 12 de febrero de 2003, de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, por la que se procede a dar publicidad a la encomienda de gestión de la Secretaría de Estado de Infraestructuras a favor de la entidad pública empresarial Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) para la realización de las actividades de carácter material, técnico y de servicios que sean precisas para la redacción de los estudios informativos del Proyecto del Corredor de Alta Velocidad del Cantábrico (Ferrol-Asturias-Cantabria-Bilbao), publicado en el BOE núm. 43, de 18 de febrero.

El texto «dispositivo» de la encomienda es el siguiente:

«Encomendar a la entidad pública empresarial Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) la realización de cuantas actividades de carácter material, técnico jurídico y de servicios que, correspondientes a las competencias propias del Ministerio de Fomento, sean precisas para la redacción de los estudios informativos del Proyecto del Corredor de Alta Velocidad del Cantábrico (Ferrol-Asturias-Cantabria-Bilbao), sin que ello suponga cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

Notifíquese la presente Resolución al ilustrísimo señor Presidente de GIF, a fin de recabar el acuerdo expreso de dicha entidad, con arreglo a sus Estatutos, como requisito previo a la perfección de la encomienda y a su publicación, en su caso, en el “Boletín Oficial del Estado”.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), mediante Resolución de su Presidente de 12 de febrero de 2003, prestó de forma expresa su conformidad a la citada encomienda de gestión.

Habiéndose perfeccionado, pues la encomienda de gestión, dispongo su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, de conformidad con lo previsto en el punto 3

5.2. Contenido y requisitos adicionales

La Ley efectúa una deslegalización cuando deja en manos de cada Administración la regulación de los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. En cualquier caso, el acuerdo expreso de los órganos que intervengan en la encomienda deberá ser publicado para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.

En la normativa autonómica existen requisitos adicionales para la aprobación de este tipo de encomiendas. Cuando se efectúa en favor de órganos pertenecientes a la misma Consejería o a entes públicos dependientes de ella, se suele requerir la autorización del titular de la Consejería competente, y para la encomienda a órganos o a entes públicos pertenecientes o dependientes de diferente Consejería, llega a ser precisa la autorización del Consejo de Gobierno (art. 75 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, art. 63 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja y art. 38 del DLeg. 1/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón).

6. Convenios de encomienda entre distintas Administraciones

Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y entidades de distintas administraciones se formalizará mediante la firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso cabildos o consejos insulares, que se registrará por la legislación de régimen local (art.15.4 LRJPAC), en cuyo estudio rehusamos entrar por poseer un régimen singular. En este último caso habrá que acudir a los arts. 5, 6 y 8 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y arts. 37 LBRL.

La vía convencional incardina esta técnica, también considerada negocio jurídico bilateral de carácter organizativo, en el ámbito de la colaboración y cooperación entre los entes públicos territoriales y da garantías de respeto a los respectivos ámbitos competenciales³⁴.

del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

³⁴ HERNANDO OREJANA, Luis Carlos, «La encomienda de gestión», *op. cit.*, p. 137.

En aplicación de esta previsión el art. 6 LRJPAC establece que la Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. Por su parte, la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las Leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban (art. 57 LBRL).

6.1. Contenido

Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando así proceda³⁵:

■ Los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes, ya sea por venir así atribuida por la norma o por autorización expresa del órgano que así se prevea.

■ La competencia que ejerce cada Administración.

■ La financiación. No hay una regla uniforme a la hora de decidir quién ha de sufragar los gastos que comporte la realización de las actividades materiales objeto de la encomienda. Un criterio de mínimo sentido común lleva a defender que la entidad encomendante sea la que soporte el esfuerzo económico de la encomienda, puesto que la actividad encomendada cae dentro de las competencias cuya titularidad ostenta. Sin embargo, este es uno de los aspectos que debe dejarse al esfuerzo negocial de las partes.

Lo que sí es cierto es que resulta extravagante justificar que cualquier órgano pueda despreocuparse de las actividades materiales necesarias para el ejercicio de las competencias de titularidad suya aprovechándose de la encomienda de su gestión a otros órganos, con la consiguiente menor carga de preocupación y responsabilidad, y que, además, éstos tengan que correr con su financiación. Por esta razón parece mucho más lógico que el coste corra a cargo de las partidas presupuestarias del órgano encomendante³⁶ o, a lo sumo, sea compar-

³⁵ Este contenido viene recogido en el art. 6.2 LRJPAC conforme a lo que ya disponía el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990, sobre convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.

³⁶ Convenio de colaboración de 8 de noviembre de 2001, celebrado entre la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias y el Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote para la gestión del Centro de Día de Mayores de Arrecife de Lanzarote (*BOCan* núm. 5, de 11 de enero de 2002).

tida. No obstante encontramos casos de todo lo contrario, mucho más frecuentes cuando se trata de acuerdos entre órganos de la misma Administración que en convenios interadministrativos³⁷.

También es habitual la inclusión en este apartado de ciertas prescripciones sobre la forma de pago y abono de cantidades, justificación, certificaciones, emisión de facturas, etc.

■ Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento. Aquí se deberá concretar con el mayor grado de detalle posible la actividad material, técnica o de servicios que se encomienda, así como los deberes de información, comunicación, elaboración de memorias, estadísticas, etc., que deba suministrar el órgano «encomendado» al encomendante.

■ La necesidad o no de establecer una organización para la gestión de la encomienda. También podrá preverse una Comisión mixta o paritaria de seguimiento, coordinación, vigilancia y/o control para resolver las dudas que surjan en cuanto a la interpretación y cumplimiento de los convenios.

■ El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio. Fernández Farreres considera normal que se pacte la duración indefinida, lo que desde nuestro punto de vista constituye una grave incongruencia dado el carácter eminentemente temporal o interino de esta figura, esto es, mientras persista la carencia de medios técnicos idóneos para el desempeño de la actividad encomendada.

■ La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior (mutuo acuerdo, imposibilidad sobrevenida de cumplir los fines previstos en la encomienda, inexistencia de consignación presupuestaria adecuada y suficiente, incumplimiento de obligaciones por cualquiera de las partes, acuerdo motivado de una de ellas comunicado con determinado plazo de antelación, etc.), así como la forma de terminación de las actuaciones en curso y la liquidación.

En el supuesto de terminación sobrevenida o anticipada, puede pactarse incluso la restitución de la parte de crédito transferido correspondiente

³⁷ Acuerdo de encomienda de gestión de 17 de julio de 2002, suscrito por la Secretaría de Estado para la Administración Pública y la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo para la gestión material de las pruebas selectivas para el ingreso en las Escalas Administrativa y Auxiliar de Organismos Autónomos (BOE núm. 232, de 27 de septiembre). Acuerdo de encomienda de gestión de 18 de julio de 2002 suscrito por el Secretario del Estado para la Administración Pública y el Subsecretario del Ministerio de Hacienda para la gestión material de las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Gestión de Sistemas e Informática de la Administración del Estado por el turno de funcionarización (BOE núm. 213, de 5 de septiembre).

al periodo comprendido desde que se declare el incumplimiento hasta la fecha de finalización del plazo de vigencia inicialmente marcado.

Aunque no parece lo más conveniente, cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. No parece muy ponderada, creemos, la creación de toda una organización consorcial dotada de personalidad jurídica, medios materiales y personales propios para la mera gestión material de un proceso limitado en el tiempo, con carácter instrumental y sin mayor trascendencia jurídica. Si así se crea, los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero. Los órganos de decisión del consorcio que se cree en su caso estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos.

Asimismo, en algunas normativas autonómicas se exige que este tipo de Convenios cuenten con la previa y preceptiva autorización del órgano de gobierno de la Comunidad (art. 75 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, art. 18 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias, art. 63 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja y art. 38 del DLeg. 1/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón)³⁸.

6.2. Los convenios de encomienda en la legislación estatal

La normativa sectorial recoge un número importante de posibilidades de encomienda de gestión de ciertas actividades. Así, la tramitación del otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico y la tutela de éste en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma podrán ser encomendadas a las Comunidades Autónomas. La gestión y recaudación en las cuencas de las exacciones previstas en la Ley de Aguas podrá también serlo a favor de la Administración Tributaria del Estado (arts. 17 d) y art. 27 b) del RDLeg. 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas).

³⁸ Convenio regulador de la encomienda de gestión por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja al Ayuntamiento de Logroño para la tramitación del expediente de expropiación forzosa en el término municipal de Lardero (La Rioja) para la ejecución de la obra «Nueva Conducción de agua potable a la ciudad de Logroño» (BOLR núm. 98, de 13 de agosto de 2002).

El Director del Instituto Cervantes podrá acordar la encomienda de gestión de actividades de carácter material, técnico o de servicios propios del Instituto a otros entes y órganos de las Administraciones públicas, mediante convenio (art. 17.2 del RD 1.526/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Cervantes) y, también, el Consejo de Seguridad Nuclear podrá encomendar a las Comunidades Autónomas el ejercicio de funciones que le estén atribuidas, con arreglo a los criterios generales que para su ejercicio el propio Consejo acuerde (DAd tercera de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear).

7. Impugnación de la encomienda

En la LRJPAC no se dice nada sobre la procedencia de recurso administrativo contra este tipo de acuerdos o convenios. Al no existir una alteración de la titularidad de la competencia, ni siquiera de sus elementos sustantivos, dada la naturaleza convencional de las encomiendas y la previsible falta de efectos *ad extra*, al menos gravosos, parece que tampoco será éste un asunto de gran relevancia. Sólo en algunas ocasiones aparece pié de recurso en las publicaciones de los acuerdos y convenios³⁹, referido más a la resolución que acuerda la publicación de la encomienda que, propiamente, a su contenido.

Cuestión distinta es el recurso contra las actuaciones realizadas en el desarrollo y cumplimiento de la encomienda, aspecto que debe tener una respuesta acorde con la intensidad de la alteración competencial que con la encomienda se produce. Puesto que la titularidad y los elementos determinantes de la competencia siguen residiendo en el órgano encomendante (o encomendero) parece coherente que el recurso se dirija contra éste, tanto más en la medida que, como ya vimos, le corresponde dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda (art. 15.2 LRJPAC). Como opina acertadamente Fernández Farreres lo que se produce con la encomienda de gestión es una sustitución de los agentes o del

³⁹ Resolución de 23 de marzo de 2004, de la Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo del Principado de Asturias, por la que se encomienda la gestión del Museo del Jurásico de Asturias a la Sociedad Regional de Turismo, S.A. (BOPA núm. 74, de 29 de marzo), Orden de 16 de diciembre de 2003, del Consejero de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Gobierno de Canarias, por la que se le encomienda a la empresa pública Viviendas Sociales e Infraestructuras de Canarias, S.A. (Vicosan, S.A.) la prestación del servicio denominado «Información sobre actuaciones contempladas en el Plan de Vivienda» (BOCan núm. 6, de 12 de enero de 2004), etc.

titular del órgano, pero no se modifica ni se altera el órgano que ejerce la competencia, de manera que no se traslada la imputación de la actividad al órgano que recibe la encomienda, sino que la misma se considera actividad del órgano encomendante⁴⁰.

Salvando las distancias, como ya vimos al inicio de este trabajo, entre la encomienda de gestión y la concesión administrativa, en esta última figura contractual el concesionario debe indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración (art. 161.1 c) del RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En virtud de este inciso cabría cuestionarse la pertinencia de una acción o recurso dirigido contra el «encomendado» por aquellas actuaciones realizadas al amparo de la gestión encargada que no derivaran directamente de lo pactado en el acuerdo o convenio, pero realizadas en todo caso para su desenvolvimiento.

Dada la naturaleza administrativa de los acuerdos y convenios de encomienda de gestión las cuestiones litigiosas en el ámbito judicial corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa. El art. 10.1 g) LJCA reserva para las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los convenios entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma. Respecto de los restantes convenios cuya competencia no corresponda a esta instancia, corresponderá en única instancia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11. 1 c) de la misma Ley). 

⁴⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, capítulo dentro de la obra *Informe sobre Comunidades...*, op. cit., p. 671.

Abreviaturas

Art:	artículo
Arts:	artículos
BOA:	Boletín Oficial de Aragón
BOC:	Boletín Oficial de Cantabria
BOCyL:	Boletín Oficial de Castilla y León
BOCAIB:	Boletín Oficial de las Islas Baleares
BOCan:	Boletín Oficial de Canarias
BOCM:	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE:	Boletín Oficial del Estado
BOJA:	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOLR:	Boletín Oficial de La Rioja
BOME:	Boletín Oficial de Melilla
BON:	Boletín Oficial de Navarra
BOPA:	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV:	Boletín Oficial del País Vasco
CE:	Constitución española
Dad:	Disposición adicional
DLeg:	Decreto Legislativo
DOCM:	Diario Oficial de Castilla-La Mancha
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOGV:	Diario Oficial de la Generalidad Valenciana
LBRL:	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LJCA:	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOFAGE:	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPA:	Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958
LRJAE:	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957
LRJPAC:	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
RD:	Real Decreto
RDLeg.:	Real Decreto Legislativo
SAN:	sentencia de la Audiencia Nacional
ss:	siguientes
SSTSJ:	sentencias del Tribunal Superior de Justicia
SSTS:	sentencias del Tribunal Supremo
STS:	sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO VITIVINÍCOLA ESPAÑOL: ALGUNOS ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DE LA LEY 24/2003, DE 10 DE JULIO, DE LA VIÑA Y DEL VINO

Ángel Sánchez Hernández
Profesor Universidad de La Rioja

1. Introducción

El día 12 de julio de 2003 entró en vigor en España la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino. Varios son los aspectos que ponen de manifiesto la oportunidad y necesidad de esta Ley. En primer lugar, aludo a los aspectos económicos. El Reino de España es el viñedo más grande del mundo, quedando por detrás en extensión Italia, Francia y Portugal. A pesar de ello, los bajos rendimientos por hectárea¹ hacen de España el tercer productor de vino del mundo², después de Francia e Italia.

En segundo lugar, y no por ello de menor importancia, están los aspectos jurídicos. La Ley 25/1970, de 2 de diciembre, conocida como «Estatuto de la viña, del vino y de los alcoholes», se había quedado desbordada

¹ La viña ocupa grandes extensiones de tierra, muchas veces árida y con escasez de agua. Hay países donde se riega la vid, llegando a triplicar la producción por hectárea.

² Actualmente la producción media española es aproximadamente de 30 millones de hectolitros, que representan en torno al 4,5% del total de la producción final agraria. Un tercio de esa producción son vinos de calidad, exportándose aproximadamente 10,5 millones de hectolitros, existiendo aún así grandes excedentes que se convierten en alcohol.

por las previsiones insuficientes e inadecuadas, fundamentalmente debido a dos acontecimientos jurídicos importantes:

Primero.- La Constitución española de 1978 configuró el Estado de las Autonomías determinando una nueva distribución territorial del poder. En base al artículo 148.1.70, todas las comunidades autónomas han asumido, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, las competencias en materia relativa al cultivo de la vid y a sus productos -el vino-. Sin embargo, ello no significa que dicha competencia sea exclusiva de las Comunidades Autónomas, y por ende, excluyente de toda intervención del poder central del Estado. Al contrario, el artículo 149.1.130 de la Constitución le atribuye a éste competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Siendo la actividad agraria una actividad económica del sector primario, el poder central del Estado, está así facultado para dictar, no sólo las normas que fijen las líneas directrices, sino también los criterios globales de ordenación de este sector económico, eso sí, sin que con ello se vacíe el contenido de las competencias en materia agraria de las Comunidades Autónomas.

Como determinación de lo básico el nuevo texto legal de la Viña y del Vino, Ley 24/2003, en su disposición final segunda, determina las partes de la misma que constituyen legislación básica, cuyo desarrollo y ejecución corresponderá a las Comunidades Autónomas. El resto del texto legal que no tenga carácter básico, será, en su caso, supletorio de la correspondiente legislación autonómica -artículo 149.3 de la Constitución-.

Segundo.- El ingreso de España en las entonces Comunidades Europeas, ha venido a sumar a la hoy Unión Europea, junto al poder central del Estado y a las Comunidades Autónomas, como fuentes de producción normativa vitícola y vitivinícola. Forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, concretamente la normativa europea de la OCM del vino que surge en Europa en 1970, se reorganiza en 1987 -Reglamento CEE n.º. 822/87- y regulada, actualmente, en el vigente Reglamento CE³ n.º. 1493/1999, de 17 de mayo de 1999.

³ Entre sus objetivos destacan: mantener el equilibrio entre oferta y demanda, eliminar el recurso a la intervención como salida artificial de la producción excedentaria, apoyar el mercado vitivinícola favoreciendo la continuidad de los abastecimientos en productos de destilación del vino y dar carácter oficial a las agrupaciones de productores y organizaciones sectoriales.

Para lograr estos objetivos se mantiene la prohibición de plantar viñas hasta el 31 de julio de 2010, salvo excepciones a favor de los vinos de calidad, concentración parcelaria, expropiación,...; se dispone que la autorización de nuevas plantaciones se utilicen dentro de un plazo razonable, o en su defecto, asignarse a un sistema de reservas nacional-regional; se fomentará el abandono definitivo de la viña en zonas cuya producción se ajusta a la demanda, o en su caso, la reestructuración y reconversión de los

Por tanto, la normativa sobre el vino y la vid procede de distintas fuentes: la Unión Europea, el poder central del Estado y de las Comunidades Autónomas. La normativa de la Unión Europea –es minuciosa en esta materia vitivinícola y deja poco margen de maniobra para los Estados– cuenta con aplicación directa y tiene supremacía sobre la normativa interna de los Estados miembros. En España, las normas del Estado –poder central– tienen unas veces carácter básico y otras su aplicación será supletoria en defecto de las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas. Así, aún cuando no sea mucha la amplitud para ejercer la potestad normativa, actualmente, contamos en España con la siguiente legislación interna vitivinícola: Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino; la Ley 15/2002, de 27 de junio, de Ordenación Vitivinícola de Cataluña; la Ley 8/2002, de 18 de octubre, de Vitivinicultura de La Rioja; la Ley 8/2003, de 20 de marzo de 2003, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha⁴ y, por último, la Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola del País Vasco.

2. Objeto de la ley

En su primer apartado, el artículo primero de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino señala su objeto: «es la ordenación básica, en el marco de la Unión Europea, de la viña y del vino, así como su designación, presentación, promoción y publicidad». Por ende, es objetivo principal de esta Ley proporcionar seguridad jurídica en el sector vitivinícola que cuenta con gran relevancia no sólo económica, sino también cultural.

La Ley de la Viña y del Vino regula las materias que, aún siendo ya, en sus líneas generales, objeto del Reglamento n° 1493/1999 –y de sus Reglamentos de aplicación–, precisan ser complementadas, limitándose a la concreción de detalles en la regulación de la materia⁵. En este sentido

viñedos; se prohíben determinadas prácticas enológicas por perjudicar la calidad de los vinos y aún la salud; se establecen nuevas normas sobre designación, denominación y presentación de los vinos teniendo en cuenta los intereses de productores y consumidores y se potencia la función a desarrollar por la agrupación de productores.

⁴ En Castilla-La Mancha ya se habían aprobado anteriormente dos leyes: la Ley 2/1999, de 4 de marzo, de Creación del Instituto de la Vid y del Vino y la Ley 11/1999, de 26 de mayo, por la que se crea la Indicación Geográfica de Vinos de la Tierra de Castilla.

⁵ En este caso el Estado miembro ejercita una competencia normativa no autónoma, sino dependiente o subordinada, limitándose al complemento preciso o a la concreción de detalles que, en la regulación de la materia de que se trate, le hayan encomendado las normas comunitarias, Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M^a., *El Derecho comunitario sobre estructuras agrarias y su desarrollo normativo en el Derecho español*, Centro de Estudios

la Ley contempla aspectos imprescindibles para garantizar la eficacia del mercado único, la libre y leal competencia entre operadores en todas las zonas del territorio nacional y la protección y defensa de los derechos de los consumidores⁶.

Asimismo –en el segundo apartado del artículo primero–, se regulan los niveles incluidos dentro del sistema de calidad de los vinos, así como la protección de las denominaciones y menciones frente a su uso indebido, en defensa de productores y consumidores. En este sentido, la Ley de la Viña y del Vino pretende un doble objetivo, por una parte, aplicar normas rigurosas sobre la producción y puesta en circulación de los Vinos de Calidad Producidos en Regiones Determinadas (VCPRD), evitando que estos vinos aumenten de forma incontrolada; y, por otra parte, la ley pretende cumplir con la obligación constitucional de establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del sector vitivinícola, asegurando unas condiciones mínimas semejantes para todos los productores y operadores económicos.

Por último, también se incluye en el ámbito de esta Ley –artículo 1.3–, el régimen sancionador de las infracciones administrativas en las materias a las que se refieren los dos apartados anteriores. Se trata del régimen sancionador aplicable a las infracciones administrativas en materia de vitivinicultura y en relación con los niveles de protección de los vinos, en cumplimiento del principio de legalidad recogido en nuestra Constitución –artículo⁷ 25.1 y artículo 53–, y por el que se impone la reserva de Ley para las sanciones administrativas. El poder de la Administración de imponer sanciones que afectan al patrimonio de las personas requiere rango legal suficiente⁸ que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí excluye que tales remisiones se conviertan

Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1990, pp. 205 y ss.

⁶ Vide *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura*, núm. 214, de 12 de diciembre de 2002, p. 10823.

⁷ «El artículo 25.1 de la Constitución Española exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionadores en manos de la Administración», *vide* Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981, de 21 de enero (FJ 9) y Sentencia del Tribunal Constitucional 305/1993, de 25 de octubre (FJ 3).

⁸ El Tribunal Constitucional en dos recientes sentencias 50/2003 y 52/2003, ambas de 17 de marzo de 2003, ha puesto en entredicho, a día de hoy, la labor inspectora y sancionadora de los Consejos Reguladores de la DO del Cava y del Rioja que tenían conforme al preconstitucional Estatuto del Vino de 1970, con arreglo al cual los Consejos reguladores tenían facultades inspectoras y sancionadoras, *vide* sobre el particular GONZÁLEZ BOTIJA, F. y SERRANO-SUÑER HOYOS, G., *Comentarios a la Ley de la Viña y del Vino*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 59 y ss.

en una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Es decir, debe siempre quedar patente la dependencia del reglamento respecto de la Ley para que se admita la remisión normativa⁹.

3. Concepto de «vino»

Entre las definiciones que ofrece el artículo segundo de la Ley 24/2003 destaca la definición de vino: «es el alimento natural obtenido exclusivamente de la fermentación alcohólica, total o parcial, de uva fresca, estrujada o no, o de mosto de uva». En este concepto de vino se reconocen varios aspectos. En primer lugar, se reconoce al vino como alimento natural y sano, si se consume moderada e inteligentemente. Ya escribía Cervantes en *El Celoso extremeño* que el vino que se bebe con medida jamás fue causa de daño alguno. El consumo moderado del vino, como alimento dentro de la dieta mediterránea, según algunos estudios científicos, parece estar directamente asociado, por ejemplo, a una disminución de los infartos de miocardio. En segundo lugar, reconociendo al vino como alimento natural de la dieta mediterránea, se le reintegra plenamente de cómo parte de nuestra cultura y gastronomía. Se destacan, así, los aspectos históricos y tradicionales de nuestros vinos que forman parte de nuestro patrimonio cultural.

En tercer lugar, todo lo anterior resulta decisivo para el sector vitivinícola, que además de ser su cultivo una garantía para el medio ambiente, constituye un motor económico para numerosas regiones españolas –no sólo a través de la producción, sino, incluso, a través, por ejemplo, de las nuevas formas de turismo rural y enológico–.

4. Menciones asociadas a los métodos especiales de elaboración y envejecimiento de los vinos

En aras de garantizar una leal competencia entre los elaboradores y no confundir al consumidor, el artículo tercero de la Ley 24/2003, de una parte, permite utilizar las menciones «noble, añejo y viejo» para los vinos de mesa con derecho a mención tradicional, «vino de la tierra», y VCPRD, manteniendo, por otra parte, para estos vinos, las menciones tradicionales de «crianza, reserva y gran reserva».

Para proteger los vinos, se establecen primeramente indicaciones –nobles, añejos y viejos– relativas a las categorías de envejecimiento, referi-

⁹ La Sentencia 42/1987 del Tribunal Constitucional establece que «el artículo 25.1 de la Constitución Española obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de ley».

das tanto a los vinos de mesa con mención tradicional «vino de la tierra» como para VCPRD. La diferencia entre estas indicaciones está en el período mínimo de envejecimiento total, en recipiente de madera de roble –máximo 600 litros– o en botella, y que son de 18 meses para el noble, 24 meses para el añejo y 36 meses para el viejo. Con ello se ha pretendido premiar a aquellos elaboradores de vinos de mesa con derecho a mención tradicional, «vino de la tierra», que tengan un compromiso con la calidad y realicen inversiones en sus bodegas para el envejecimiento de los vinos, para que vean compensado su esfuerzo con la posibilidad de utilizar las mencionadas indicaciones. Sin embargo, la proliferación de nuevas menciones que no tienen suficiente arraigo en España, y que además son comunes para los vinos de mesa con derecho a mención tradicional, «vino de la tierra», y VCPRD, pueden producir confusiones entre los consumidores.

En cuanto a las menciones tradicionales propias de los vinos tranquilos VCPRD –crianza, reserva y gran reserva¹⁰–, se mantienen¹¹. A este respecto la Ley se limita a establecer unas condiciones nuevas, tanto en los períodos mínimos de envejecimiento, como en el volumen de barrica.

Los vinos tranquilos VCPRD pueden utilizar las indicaciones propias crianza, reserva o gran reserva :

1) Para la variedad de vino tinto, según permanezca el vino al menos 6, 12 o 18 meses respectivamente en barrica de madera de roble –capacidad máxima 330 litros–, dentro del período de envejecimiento mínimo de 24 meses para el crianza, 36 meses para el reserva o 60 meses para el gran reserva.

2) Para la variedades de vino blanco o rosado, según permanezcan al menos 6 meses en barrica de madera de roble –capacidad máxima 330 litros–, dentro del período de envejecimiento mínimo de 18 meses para el crianza, 24 meses para el reserva o 48 meses para el gran reserva.

En la Ley se contemplan también las indicaciones propias de los vinos espumosos de calidad –premium, reserva y gran reserva¹²–.

¹⁰ En los artículos 15 y 16 del Real Decreto 1127/2003, de 5 de septiembre, se refieren a la utilización de la menciones tradicionales complementarias «crianza, reserva y gran reserva». El susodicho Real Decreto desarrolla el Reglamento 735/2002 de la Comisión que fija determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 1493/1999, en lo que respecta a la designación, denominación, presentación y protección de determinados productos vitivinícolas.

¹¹ Sin embargo la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino abandona el proceso mixto de «madera y botella» previsto de conformidad con el artículo 8.2 del Real Decreto 157/1988, de 22 de febrero, por el que se establecía la normativa a que debía ajustarse las denominaciones de origen y las denominaciones de origen calificadas de vinos y sus respectivos reglamentos.

¹² Vide artículo 3, letra c) de la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino.

5. Autorizaciones de plantación y de replantación de viñedo

Ante la existencia de excedentes de producción, para corregir los desequilibrios estructurales del mercado del vino, las intervenciones de la Unión Europea se centran sobre todo en la reducción del potencial de producción –arranque de viñedos y limitación de nuevas plantaciones¹³–, así como en el saneamiento del mercado –sistema de destilaciones–.

En primer lugar, la medida de arranque de viñedos está prevista en el Capítulo II del Título II de la OCM recogida en el Reglamento 1493/1999, del Consejo, relativo al potencial de producción, enfocada al control del potencial productivo de aquellas zonas que no se ajusten a la demanda generando problemas de excedentes estructurales. Se trata de un programa de abandono definitivo de las superficies plantadas o el arranque voluntario de viñedo, mediante el otorgamiento de una prima. Los Estados miembros deben determinar las regiones afectadas y establecer los niveles de la prima, aplicando criterios objetivos y dentro del marco normativo comunitario, cuya regulación específica se encuentra en el Capítulo III (primas por abandono) del Reglamento 1227/2000 de la Comisión.

¹³ Las autorizaciones de nuevas plantaciones y replantaciones de viñedo se realizarán por las Comunidades Autónomas atendiendo a :

1º- El Reglamento (CE) 1493/1999, de 17 de mayo, por el que se establece la nueva OCM vitivinícola y demás normas comunitarias que lo desarrollen.

2º- La Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, y en cuanto no se opongan a ella, por:

I- El Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto, por el que se regula el potencial de producción vitivinícola, modificado en su anexo IV por la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 680/2003, de 21 de mayo, y por el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes del sector vitivinícola;

II- El Real Decreto 1227/2001, de 8 de noviembre, sobre declaraciones de existencias, cosecha de uva y producción del sector vitivinícola, modificado por el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes del sector vitivinícola,

III- El Real Decreto 196/2002, de 15 de febrero, por el que se regula el establecimiento de reservas de derechos de plantación de viñedo;

3º- La normativa de las Comunidades Autónomas, que con rango de Ley formal –y su correspondiente desarrollo reglamentario, en su caso– existe en:

I- Cataluña, Ley 15/2002, de 27 de junio, de Ordenación Vitivinícola, que se ocupa de las denominaciones de origen, sus consejos reguladores y su régimen sancionador, sin ocuparse de las autorizaciones de plantaciones y replantaciones.

II- La Rioja, Ley 872002, de 18 de octubre, de Vitivinicultura, que se ocupa en los artículos 3 a 7 de las autorizaciones de nuevas plantaciones y replantaciones.

III- Castilla-La Mancha, Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino que regula la materia en los artículos 3 a 7.

IV- País Vasco, Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola.¹³ Cfr. el artículo 3.2 del Reglamento 1493/1999.

5.1. Las nuevas plantaciones

En segundo lugar, para corregir los desequilibrios estructurales del mercado del vino, y orientar la producción hacia los vinos de calidad, el artículo segundo de la OCM del vino prevé la limitación de nuevas plantaciones, mediante una prórroga en relación con la prohibición de plantar –salvo excepciones– nuevo viñedo durante un periodo transitorio que finaliza el 31 de julio de 2010.

Por tanto, las nuevas plantaciones con arreglo al artículo 5 de la Ley 24/2003, se autorizaran en los siguientes supuestos previstos por la normativa comunitaria –artículo 3. 1 y 2. del Reglamento 1493/1999 del Consejo, de la OCM del vino–:

1) Cuando se trate de una plantación de viñedo cuya producción, por su calidad, experimente un aumento de la demanda. Esta causa de excepción a la prohibición de nueva plantación, vigente hasta el 31 de julio de 2003, se fundamentó en la necesaria adaptación de la oferta a la demanda, introduciendo variedades adaptadas a las exigencias actuales. Se ha autorizado hasta esa fecha realizar nuevas plantaciones para obtener vinos VCPRD y vinos de mesa designados mediante una indicación geográfica, cuando debido a la calidad de este tipo de vinos, la producción estaba muy por debajo de su demanda¹⁴. Se ha permitido, ciertas plantaciones con un crecimiento controlado en regiones con vino que tienen expansión comercial, adaptándose el potencial vitivinícola a la calidad de los vinos.

Las nuevas plantaciones destinadas a producir vinos de calidad se sujetan a la previa asignación por parte de la Unión Europea a cada Estado miembro. Posteriormente, El Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación distribuiría los cupos de nuevas plantaciones entre las Comunidades Autónomas en virtud de criterios objetivos¹⁵. Después, cada Comunidad Autónoma, podrá adjudicar los cupos de nuevas plantaciones, procedentes de la Unión Europea, entre los viticultores en aquellas zonas que precisen mantener una superficie adecuada de viñedo para la producción de vino de Denominación de Origen o de vino de mesa designado mediante una indicación geográfica, cuando se haya reconocido que, debido a su calidad, la producción de ese vino está muy por debajo de su demanda¹⁶.

¹⁴ Cfr. el artículo 3.2 del Reglamento 1493/1999.

¹⁵ Artículo 2.1 del Real Decreto 1471/2000. Por otra parte, el Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto, regulador del potencial de producción vitivinícola, establece los criterios de reparto de las nuevas superficies que la Unión Europea ha concedido a España para fomentar los vinos de calidad, en el marco del Reglamento del Consejo 1493/1999, de 17 de mayo, y desarrollado en el Reglamento de la Comisión 1227/2000, de 31 de mayo de 2000, modificado por los Reglamentos de la Comisión núms. 784/2001, 1253/2001, 1342/2002, 2191/2002, 315/2003 y 571/2003.

¹⁶ Artículo 2.2. del Real Decreto 1471/2000.

Las nuevas plantaciones autorizadas se utilizarán por los vitivinicultores a quienes se les haya concedido, llevándose a cabo en la superficie determinada, y antes de que finalice la segunda campaña siguiente a aquella en la que se haya concedido –artículo 3.4 de la OCM–. Las autorizaciones de nuevas plantaciones no utilizadas en plazo se asignarán a una reserva –artículo 3.5 de la OCM–. Precisamente a partir del 31 de julio de 2003, es plenamente funcional este sistema de reserva de plantaciones y replantaciones, capaz de asegurar el equilibrio entre el potencial vitivinícola y la calidad.

2) Cuando la superficie de viñedo plantada esté destinada bien a la experimentación vitícola, bien al cultivo de viñas madres injertos, bien a la producción de exclusivo consumo familiar o bien a nuevas plantaciones en el marco de medidas de concentración parcelaria o de expropiación forzosa.

En España no se ha previsto las nuevas plantaciones de vides destinadas al consumo familiar y no a su comercialización, a pesar de que la normativa comunitaria preveía la posibilidad de nuevas plantaciones para este destino¹⁷.

El artículo 2.5 del Real Decreto 1472/2000, sí prevé que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación pueda autorizar nuevas plantaciones a las Comunidades Autónomas en función de las solicitudes presentadas por los interesados en los supuestos que seguidamente se exponen:

a) Nuevas plantaciones en el marco de medidas de concentración parcelaria o medidas por causa de utilidad pública (expropiación forzosa), respetando el límite establecido en el artículo 3.1 del Reglamento 1227/2000: la superficie de nueva plantación no podrá ser mayor, en términos de cultivo puro, del 105% de la superficie retirada a los viticultores por causa de las medidas descritas.

Dada la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria como subrogación real en la parcela de remplazo, a los vitivinicultores afectados, se les autorizaría nuevas plantaciones de viñedo para hacer posible la continuidad en sus explotaciones vitivinícolas en las fincas de remplazo. No se autorizarán nuevas plantaciones, por no resultar necesario para alcanzar este fin, cuando el viticultor ya ha procedido, con anterioridad al procedimiento de concentración, al arranque de la viña, propiciando la correspondiente autorización para la replantación, en su momento, de la finca de remplazo¹⁸.

La autorización de nueva plantación alcanzará una superficie equivalente al 105% de la superficie retirada, es decir, un 5% más de la superfi-

¹⁷ Artículo 3 del Reglamento del Consejo 1493/1999 y apartados 6, 7 y 8 del artículo 3 del Reglamento de la Comisión 1227/2000.

¹⁸ Artículo 4.1 del Reglamento 1227/2000.

cie de viñedo original con la finalidad de reparar un lucro cesante durante el período improductivo del viñedo durante el período de ejecución de las medidas susodichas.

b) Respecto a las solicitudes de nuevas plantaciones formuladas en los supuestos de experimentación vitícola y cultivo de viñas madres de injertos, las autorizaciones de nuevas plantaciones estarán vigentes hasta la finalización del período experimental y del cultivo de injertos.

Para evitar que nuevas plantaciones dedicadas a la experimentación vitícola perturben el equilibrio del mercado, la producción obtenida de dichas plantaciones de viñedo, no se puede comercializar aunque si consumir. Finalizado el período de experimentación se procederá al arranque o bien a solicitar, por el interesado, destinar la producción a la comercialización mediante la autorización por la Administración de esa nueva plantación con cargo a las reservas correspondientes de nuevas plantaciones o replantaciones de viñedo¹⁹.

En cuanto al cultivo de viñas madres de injerto, con el mismo fin de evitar que su cultivo perturbe el equilibrio del mercado, la producción de uva obtenida no se recolectará, sino que se perderá. Transcurrido el período de cultivo se arrancará el viñedo o se solicitará que la producción se destine a la comercialización previa autorización administrativa como nueva plantación²⁰.

5.2. Las replantaciones

Una segunda excepción a la prohibición de plantar viñedo consiste en la replantación que hace posible a los viticultores que hayan arrancado²¹ una superficie de vid, volver a plantar viñedo nuevamente. La replantación, puede incluso, ser anticipada para quienes se comprometan al arranque diferido de la superficie de viñedo antes de que finalice la segunda campaña posterior a la nueva plantación. La autorización por la Administración de una replantación anticipada requiere que junto a la solicitud, el interesado se comprometa expresamente a realizar el arranque efectivo antes de que finalice la segunda campaña posterior a la plantación de la superficie de viñedo. Dicho compromiso irá acompañado de un aval bancario con un importe suficiente para disuadir a los viticultores de incumplir el compromiso adquirido. Las Comunidades Autónomas establecerán el importe de dicho aval que deberá ser, al menos, por un importe equivalente al valor de la nueva plantación a realizar, inclu-

¹⁹ Artículo 3.2. a y b del Reglamento 1227/2000.

²⁰ Artículo 3.4. a y b del Reglamento 1227/2000.

²¹ Artículo 7.1 letra a) del Reglamento 1493/1999 define el arranque como la «eliminación total de cepas que se encuentren en un terreno plantado de vid».

yendo el valor de la superficie, de la plantación y del derecho de replantación. El incumplimiento de la obligación de arranque en el plazo señalado llevará aparejada la ejecución del aval, así como la sanción que corresponda, todo ello sin perjuicio de la posible ejecución subsidiaria de la obligación de arranque por parte de la Administración competente²².

Ahora bien no todo arranque genera replantación de viñedo. No cabe ésta, con respecto a las superficies arrancadas obligatoriamente por haber infringido las disposiciones incluidas en la OCM vitivinícola²³.

La replantación debe realizarse durante el plazo de cinco años siguientes a la campaña durante la cual se haya procedido al arranque, prorrogable hasta los ocho años²⁴, plazo éste que ha sido fijado por el Real Decreto 1472/200 que regula el potencial de producción vitivinícola, como período de validez dentro del cual cabe ejecutar la replantación en la misma explotación. Si no se efectuase en ese plazo, se acumula, la posibilidad de efectuar esa nueva plantación, en una reserva, a disposición de quien previa solicitud, sea autorizado administrativamente para efectuar la nueva plantación.

Antes de conceder esa autorización para replantar, la Administración comprobará, el previo arranque del viñedo o la existencia del correspondiente compromiso de arranque diferido de dicho viñedo, y además, que el solicitante ostenta la necesaria titularidad jurídico-privada sobre la parcela (como consecuencia de un derecho de propiedad o bien porque tenga atribuido un derecho de uso y disposición sobre la citada parcela –usufructuario, arrendatario, etc.–), como para que le permita plantar y, en su caso, arrancar lo plantado.

El titular beneficiario de la replantación será el sujeto que, siendo titular de la parcela (propietario, usufructuario, arrendatario, etc.), arrancó el viñedo existente en ella, constatándose dicho arranque por la Administración y reconociendo ésta a su favor la posición jurídico-privada en que los derechos de replantación consisten²⁵.

Por último señalar que el artículo cinco en su apartado tercero de la Ley de la Viña y del Vino, contempla la posibilidad de reponer las cepas que causen baja por accidentes físicos o biológicos que puedan ocurrir en los cinco primeros años de la nueva plantación o replantación.

²² Cfr. artículo 3.2 del Real Decreto 1472/2000.

²³ Artículos 2.7 y 19.4 del Reglamento 1493/1999. Por ejemplo, el arranque de parcelas plantadas infringiendo la prohibición general de plantación hasta julio de 2010, no dará lugar a nueva replantación.

²⁴ Artículo 4.5 del Reglamento 1493/1999

²⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (dir.) *El régimen jurídico de las plantaciones y replantaciones de viñedo (Derecho Comunitario, Estatal y de la Comunidad Autónoma de La Rioja)*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2003, pp. 391 y ss.

6. Transferencias de autorizaciones de replantación

a) Transferencias de autorizaciones de replantación entre particulares

A tenor de lo establecido en el artículo sexto, apartado primero de la Ley 24/2003, el gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, previa consulta a las Comunidades Autónomas, regulará la normativa básica de transferencia de derechos de replantación entre particulares (que no podrán en ningún caso suponer incremento del potencial productivo vitícola²⁶), en el marco de la normativa comunitaria²⁷.

El artículo 4.4. del Reglamento de la Unión Europea 1493/1999 establece excepciones a la regla general de intransmisibilidad de las autorizaciones de replantación, al admitir que autorizaciones de replantación puedan transferirse total o parcialmente a otra explotación dentro del mismo Estado miembro: a) cuando se transfiera para plantar una superficie que no debe ser mayor que la superficie transferida; b) y cuando las nuevas superficies de viñedo se destinen a la producción de VCPRD, vinos de mesa designados mediante una indicación geográfica o al cultivo de viñas madres de injertos.

La normativa comunitaria admite la posibilidad de que las autorizaciones de replantación puedan transferirse total o parcialmente a otra explotación, siempre que las transferencias se sitúen en la política de calidad, se refiera a viñas madres de injerto o formen parte de la transferencia de la propia explotación. En este sentido, el artículo 4 del Real Decreto 1472/2000, establece dos excepciones a la regla general de intransmisibilidad: la primera, cuando la parcela de la que procede la autorización de replantación se transfiera por cualquier negocio jurídico «*inter vivos*» o «*mortis causa*», y segunda, cuando únicamente se transmitan autorizaciones de replantación de una parcela a otra, y ésta del adquirente de la au-

²⁶ Artículo 5.2. del Real Decreto 1472/2000, modificado por el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes en el sector vitivinícola.

²⁷ En todo aquello que no se oponga a lo establecido a la Ley de la Viña y del Vino de 2003, hay que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 373/2003, de 28 de marzo, de medidas urgentes del sector vitivinícola y en el Real Decreto 196/2002, de 15 de febrero, por el que se regula el establecimiento de recursos de derechos de plantación de viñedo. En este marco de la normativa estatal, sirva de ejemplo la Ley 8/2002, de 18 de octubre, de viticultura de La Rioja, que establece como requisitos para solicitar la transferencia de las autorizaciones de replantación –artículo 6–: tener inscrita la totalidad del viñedo del adquirente, no haber transferido autorizaciones de replantación durante la campaña en curso ni durante las cinco campañas anteriores, y que las plantaciones a efectuar cumplan la normativa específica de la Denominación de Origen correspondiente o tener derecho a comercializar el vino de mesa producido con indicación geográfica.

torización de replantación se destine a la producción de vinos con Denominación de Origen o vinos de mesa designados mediante indicación geográfica o al cultivo de viñas madres de injertos.

Por tanto, las transferencias además de realizarse dentro de España, han de utilizarse para las superficies y fines para los que se hayan concedido las mismas, prohibiéndose cualquier cambio de superficie o finalidad que se han concedido en base a unas autorizaciones de replantación que han sido objeto de transferencia.

La transferencia de las autorizaciones de replantación, realizada mediante cualquier negocio jurídico *inter vivos*, sólo será válida si se realiza directamente entre el titular de la parcela que ha generado la posible replantación y el titular de la parcela en que se va a realizar la replantación. Por ello, para autorizar una transferencia de autorización de replantación, la Administración debe examinar la titularidad jurídico-privada del cedente sobre la parcela arrancada y la del cesionario sobre la parcela en que se vayan a llevar a cabo la replantación de viñedo²⁸. En este sentido, acertadamente se ha señalado que la llamada «transferencia de derechos de replantación» no es ninguna transmisión de derechos a plantar o a replantar, sino una posición jurídico-administrativa que, siempre que se den los demás requisitos exigidos, habilita para obtener una autorización administrativa que excepciona la prohibición general de plantar viñedo para el cesionario²⁹. «El adquirente no queda legitimado *ipso iure* por su adquisición para obtener una nueva autorización administrativa de plantación. Contrariamente, el adquirente, además de presentar con su correspondiente solicitud ante la Administración, el documento administrativo acreditativo de haber adquirido –por justo título– la “posición jurídica” de quien legítimamente podía transferírsela, tiene que cumplir el resto de requisitos establecidos al efecto para que la Administración le otorgue una nueva autorización de plantación. En realidad, se está transmitiendo una “posición jurídica” consistente en una mera legitimación para solicitar, y en su caso obtener de la Administración, una nueva autorización para plantar viñas en una superficie rústica equivalente a la arrancada»³⁰.

Los requisitos que deben cumplir los adquirentes de autorizaciones de replantación, así como las Administraciones competentes para autorizar

²⁸ Artículo 4.2 del Real Decreto 1472/2000.

²⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (dir.), *El régimen jurídico de las plantaciones y replantaciones de viñedo (Derecho Comunitario, Estatal y de la Comunidad Autónoma de La Rioja)*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2003, pp. 393-394.

³⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., *El arrendamiento rústico para plantar y aprovechar viñas y los derechos de viñedo*, Actas de las VI Jornadas de Derecho Agrario: «El régimen Jurídico del Viñedo y tráfico jurídico privado», Logroño, 2002, pp. 81 y ss.

las transferencias³¹, están previstas en el citado *up supra* Real Decreto 1472/2000 que presta una especial atención, según indica en su exposición de motivos «al mantenimiento del equilibrio del viñedo³² que evite desplazamientos que puedan ocasionar perjuicios a zonas en que este tipo de cultivo suponga un elemento relevante en la formación de las rentas de los agricultores, la conservación del paisaje y del medio ambiente o tenga una fuerte incidencia social»³³.

En todo caso los derechos de replantación adquiridos en virtud de transferencia deberán utilizarse antes de que finalice la octava campaña siguiente a aquella durante la cual se haya procedido al arranque previamente declarado y antes de que finalice la segunda campaña desde la autorización de la transferencia³⁴.

b) Reservas de plantación de viñedo

Con el objeto de no perder potencial vitícola, el Gobierno y las Comunidades Autónomas, podrán crear y regular reservas de plantaciones de viñedo. El artículo 5.2 del Reglamento del Consejo 1493/1999 posibilita la creación por los Estados miembros de reservas de plantaciones procedentes, bien de plantaciones de nueva creación asignados por la Unión Europea entre los Estados miembros, según el reparto de hectáreas previsto en su artículo 6.1; o bien de autorizaciones de nueva plantación o

³¹ El artículo 4.4. del Real Decreto 1472/200 establece que corresponde a las Comunidades Autónomas la autorización de la transferencia de derechos entre titulares de parcelas que estén situadas dentro de su territorio y al Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación la autorización de transferencia de derechos entre parcelas que estén situadas en distintas Comunidades Autónomas. Para llevar a cabo una transferencia de las autorizaciones de replantación el artículo 5.1 del Real Decreto establece unos requisitos.

³² El apartado segundo del artículo séptimo del Real Decreto 1472/2000, redactado tras la reforma del Real Decreto 373/2003 de medidas urgentes en el sector vitivinícola, entiende que pueden producirse desequilibrios relevantes en la ordenación territorial del sector vitícola nacional, cuando el saldo de hectáreas transferidas en una Comunidad Autónoma en una misma campaña supere el 0,4 por 100 de su superficie total de viñedo de uva destinada a vinificación. Cuando en campaña se supere ese porcentaje, dicho límite deberá reducirse un cuarenta por ciento durante la campaña inmediata siguiente. El último apartado del artículo séptimo del citado texto legal establece que cuando circunstancias extraordinarias e imprevistas de tipo socioeconómico o medioambiental lo aconsejen, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a propuesta motivada de las Comunidades Autónomas, puede denegar la autorización de la transferencia de derechos de replantación cuando se pueden producir riesgos graves de desequilibrio en una determinada zona.

³³ Tratando de evitar desequilibrios en la ordenación territorial del sector vitivinícola, el artículo sexto del Real Decreto 1472/2000, prohíbe cualquier autorización cuando se puedan producir los temidos desequilibrios territoriales.

³⁴ Artículo 3 del Real Decreto 1472/200.

de replantación que hayan caducado por no haber sido utilizados en los plazos establecidos respectivamente, o por último, de replantaciones asignadas a la reserva por sus titulares, a cambio de una contrapartida financiera cuyo importe y modalidades fijarán los Estados miembros.

El objetivo perseguido con la constitución de la reserva nacional de plantación de viñedos es permitir a la Administración del Estado la asignación o reasignación de «derechos» a aquellas regiones que con criterios objetivos más lo justifiquen³⁵. En las reservas regionales, será la correspondiente Comunidad Autónoma la que elabore la normativa que regule la entrada y salida de «derechos» a su reserva respetando lo dispuesto en el Reglamento del Consejo 1493/1999 en cuanto al mantenimiento del potencial productivo.

Las autorizaciones de transferencia de replantación entre Comunidades Autónomas que no sean utilizados en las dos campañas siguientes a su aprobación por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación entrarán en la reserva de la Comunidad Autónoma o, en su caso, en la reserva nacional³⁶.

7. Las variedades de vid

En la clasificación de las variedades de vid utilizadas en la elaboración de los vinos está en buena medida el prestigio de los mismos, dado que la materia prima es un factor determinante en las características organolépticas y en el sabor final del vino.

Las limitaciones a poder plantar cualquier tipo de vid está justificada en la existencia de ciertas variedades que llegan a producir vinos con poca o nula salida en el mercado. Para evitar esta situación, se establece una política general de clasificaciones de vides guiada por la calidad de los vinos producidos. En este sentido el Reglamento del Consejo 1493/1999, que establece la OCM del vino, encomienda a los Estados miembros la clasificación de las variedades de vid, siguiendo los principios establecidos por la OCM.

El Gobierno de la Nación, a tenor de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley 24/2003, establecerá las modalidades en las que las Comunidades Autónomas deben clasificar como variedades de vid en su ámbito territorial y destinadas a la producción de uva o de material de multiplicación vegetativa de la vid³⁷. La Ley 24/2003 se ha limitado a recoger la

³⁵ El Real Decreto 196/2002, de 15 de febrero, regula el establecimiento de reservas de derechos de plantación de viñedo en España.

³⁶ Artículo 2 del Real Decreto 196/2002.

³⁷ En España, el Real Decreto 1472/2000 adopta la normativa básica en la materia. Su Capítulo VI (sobre variedades de vid) establece el procedimiento de clasificación

exigencia de que las variedades destinadas a uva de vinificación pertenezcan a la especie *vitis vinifera*, remitiéndose en todo lo demás a las modalidades utilizables por las Comunidades Autónomas a la hora de clasificar las variedades de vid, clasificación en la que se distingue entre variedades de uva de vinificación, de uva de mesa y variedades de destino particular –vg. producción de pasas–³⁸.

8. El arranque de viñedos

A través de una resolución administrativa, previa a la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, según dispone el artículo octavo de la Ley 24/2003, se puede obligar a arrancar el viñedo en dos supuestos. En primer lugar, en el caso de plantaciones destinadas a la producción de vino realizadas con variedad de vid no clasificadas; y en segundo lugar, cuando se demuestre fehacientemente que una superficie de viñedo no ha sido cultivada en las tres últimas campañas³⁹. Este último supuesto constituye una manifestación de la prohibición general de mantener improductiva la tierra, cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo primero de la todavía hoy parcialmente en vigor Ley de Reforma y Desarrollo Agrario⁴⁰, en el que se dispone que el suelo rústico deberá

(categorías reconocidas para las variedades de uva de vinificación, uva de mesa, uva con destino particular y de portainjertos), incluye una prohibición expresa de plantaciones con variedades no clasificadas -artículo 34- y recoge en su Anexo IV las variedades reconocidas. La Orden APA/680/2003, de 21 de marzo, modificó el Anexo del Real Decreto 1472/2000 para recoger las variaciones sufridas en el mismo como consecuencia de las clasificaciones efectuadas por las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivos territorios de acuerdo con las necesidades de su viticultura.

En los tres últimos apartados del artículo 28 del Real Decreto 1472/2000 se especifica los requisitos que deben cumplir las distintas variedades de vid para poder clasificar en una de las categorías –recomendadas, autorizadas y de conservación vegetal–.

³⁸ La normativa básica se contempla en la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 680/2003, de 21 de marzo, por la que se modifica el Anexo IV del Real Decreto 1472/2000, de 4 de agosto. El artículo 31 de este Real Decreto establece que «las Comunidades Autónomas clasificarán como variedades de vid en su ámbito territorial las variedades de vid de género *vitis* destinadas a la producción de uva o de material de multiplicación vegetativa de la vid».

³⁹ Pero existen otros supuestos de arranque de viñedo previstos en la legislación autonómica. Así, sirva de ejemplo el artículo 9 de la Ley 8/2002, de 18 de octubre, de Vitivinicultura de La Rioja, al establecer que las superficies de viñedo plantadas a partir del uno de septiembre de 1998, a que hace referencia el apartado séptimo del artículo segundo del Reglamento (CE) 1493/1999, deberán ser arrancadas por el propietario de la parcela, sin perjuicio de reclamar su coste al responsable de la plantación ilegal. La consejería de Agricultura podrá ejecutar subsidiariamente la obligación de arranque, si en el plazo de dos meses a contar desde la notificación hecha al efecto, el propietario de la parcela no ejecutara la obligación, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

⁴⁰ Decreto 118/1973, de 12 de enero.

utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la Comunidad Nacional⁴¹. El artículo segundo del susodicho texto legal de Reforma y Desarrollo Agrario, añade que el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga a que sea explotada la tierra con criterios técnico-económicos apropiados, según el destino agrario más idóneo.

Varias son las cuestiones que se suscitan entorno a este arranque de viñedo. En primer lugar cabe preguntarse quién correrá con los gastos relacionados con el arranque obligatorio de las plantaciones ilegales. El productor correrá con todos los gastos generados por el arranque de sus superficies ilegales. Si el responsable de la plantación ilegal no fuese el propietario de la parcela, éste arrancará la plantación, sin perjuicio de su derecho a reclamar el coste del arranque al responsable de la plantación ilegal⁴². Por otra parte, la Administración competente podrá ejecutar subsidiariamente la obligación de arranque si, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación que se haga al efecto, el titular de la parcela no ejecutara la obligación. Todo ello se entenderá sin perjuicio de las sanciones que correspondan⁴³.

En segundo lugar, cabe plantearse si el arranque obligatorio del viñedo constituye un supuesto de expropiación de derechos; esto es, cuando se ordena el arranque de cepas se está generando algún derecho de compensación o indemnización para el titular de la plantación. Entiendo que si estamos ante una plantación ilegal, su arranque no tiene carácter expropiatorio, puesto que arrancando el viñedo ilegal no se está privando al viticultor de patrimonio empresarial alguno.

9. Riego de la vid

En una zona vitivinícola podrá procederse al riego de la vid únicamente en la medida que el Estado miembro interesado lo autorice, con el límite de que esa autorización sólo podrá concederse cuando las condiciones ecológicas lo justifiquen⁴⁴.

Si bien la Ley 24/2003 permite el riego justificado y que no perjudique la calidad del vino, en España ha sido habitual prohibir regar el viñedo⁴⁵.

⁴¹ Cfr. artículo 2 del Decreto 118/1973, de 12 de enero.

⁴² Artículo 2.7 del Reglamento 1493/1999.

⁴³ Artículo 13 del Real Decreto 1472/2000.

⁴⁴ Anexo VI, punto C.2, del Reglamento 1493/1999.

⁴⁵ Resulta interesante aludir en este punto a la legislación autonómica en este punto. Por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley 8/2003, de 23 de marzo, de la Viña y del Vino de Castilla-La Mancha que contempla la adopción de las medidas necesarias

Contrariamente, en otros países de la Unión Europea es práctica habitual regar la vid, duplicando o triplicando así la producción por hectárea, seguramente en detrimento de la calidad.

La Ley 24/2003 contempla la autorización de la forma y condiciones de riego como una de las funciones de los órganos de gestión de los VCPRD. Por tanto, será la normativa particular de cada VCPRD la que pueda establecer la forma y condiciones en que el riego de la vid está autorizado en su zona de producción, siempre que, o bien esté justificado –*vg.* casos de pluviometría inferior a la media anual–, o bien no perjudique la obtención de un producto de alta calidad.

10. Aumento artificial de la graduación alcohólica natural

Existe una práctica propia de regiones donde por falta de sol y por exceso de humedad, no llega a madurar la uva ni a tener el azúcar necesario para producir vino con más cuerpo. Me refiero a la CHAPTALIZACIÓN, denominada así por su promotor en el siglo XIX, el Sr. Chaptal. Consiste en enriquecer los mostos con azúcar de remolacha (sacarosa) a fin de que puedan prolongar su fermentación y alcanzar un grado alcohólico suficiente para que el producto merezca la calificación de vino.

El enriquecimiento artificial del grado alcohólico de los vinos mediante injerencias de productos exógenos, como ocurre con la adición de sacarosa⁴⁶, es una práctica que posibilita, el desarrollo del viñedo en zonas no aptas para la maduración de la uva y el desarrollo de una viticultura de rendimientos elevados que estimula los excedentes, y más barata para los productores, a quienes les resulta más rentable elevar el grado alcohólico con sacarosa que producir el vino con riqueza alcohólica natural. En este sentido, la chaptalización choca frontalmente con las pretensiones de la OCM del vino: la mejora de su calidad y asegurar la estabilización de la producción⁴⁷.

Esta práctica está prohibida en España. El artículo 10.3 de la Ley 24/2003, prohíbe la adición de sacarosa y de otros azúcares no procedentes de uva

para erradicar o limitar cualquier práctica de cultivo en detrimento de la viabilidad de la viticultura regional. «En particular, se podrá ordenar la implantación obligatoria de sistemas de control del riego en explotaciones o parcelas singulares en las que se declaren altas producciones, atribuibles a riegos excesivos, entendiéndose por tales aquellos que no tengan por objeto el mantenimiento del nivel de humedad vital del viñedo en los periodos de mayor insolación y menores precipitaciones».

⁴⁶ *Vide* Anexo V del Reglamento del Consejo 1493/1999, que contempla las operaciones para aumentar el grado alcohólico volumétrico natural dentro de los límites establecidos en el punto D del citado anexo.

⁴⁷ FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *La Política Agraria Común. Régimen Jurídico de la Agricultura Europea y Española*, Aranzadi, 2000, pp. 329 y ss.

de vinificación para aumentar la graduación alcohólica natural de mostos y vinos. No obstante, la Ley permite que, utilizando con carácter preferente la adición de mosto concentrado, las Comunidades Autónomas puedan autorizar el aumento de la graduación alcohólica del vino nuevo aún en proceso de fermentación, cuando concurren condiciones meteorológicas desfavorables⁴⁸.

En todo caso, considero que siendo el vino un producto natural es incompatible con la chaptalización, puesto que ésta no es un procedimiento natural.

II. Mezcla de vinos

En España la mezcla de vinos tintos con vinos blancos ha estado muy arraigada⁴⁹ fundamentalmente por dos razones. Unas veces porque la producción de vino blanco es muy superior a la de tinto que tiene más aceptación en el mercado, y otras veces porque los tintos son excesivamente oscuros y con mucho cuerpo (más de 13 grados) y conviene aclararlos. En suma, se trata por tanto, de un modo artificial de obtener rosados –claretes–.

El artículo 42.6 del Reglamento 1493/1999, de la OCM del vino, permite la mezcla de vinos de mesa tintos y blancos en España⁵⁰, allí donde constituya una práctica tradicional, hasta el 31 de julio de 2005. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 24/2003, prohíbe la mezcla de vinos tintos con vinos blancos desde el día 1 de agosto de 2003, acabándose con esta práctica enológica que no es buena para la calidad del producto.

⁴⁸ El artículo 44.3 del Reglamento (CE) 1493/1999 permite a los Estados, cuando las condiciones climáticas lo requieran, que autoricen el aumento del grado alcohólico natural, mediante adición de sacarosa o de otros edulcorantes, dentro de unos límites que se señalan en la letra C, Anexo V del Reglamento.

⁴⁹ El Reglamento de 23 de marzo de 1972 (Anexo 6), Reglamento de Desarrollo del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes, incluía entre las prácticas admitidas en la elaboración de vinos la mezcla de vinos entre sí. Cuando España ingresa en las Comunidades Europeas, se incluye en el Acta de Adhesión –artículo 125– el permitir continuar con esa práctica, dentro de ciertos límites hasta diciembre de 1989. Posteriormente, distintos Reglamentos Comunitarios han ido prorrogando esta excepción que permita a España seguir con la práctica enológica de mezclar vinos de mesa blancos con vino de mesa tinto. En el vigente Reglamento (CE) 1493/1999, de 17 de mayo, a pesar de mantener la prohibición general, dicha mezcla se autorizó hasta el 31 de julio de 2005 en las regiones en que tal práctica sea tradicional.

⁵⁰ La mezcla es una práctica enológica corriente y dado los efectos que puede tener es necesario regular su empleo, en particular para evitar su abuso, y eso es lo que hace el Reglamento de la Unión Europea 1622/2000, de 24 de julio, por el que se fija determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 1493/1999, e introduce un código comunitario de prácticas y tratamientos enológicos.

12. Sistema de protección del origen y calidad de los vinos

Los artículos 12 a 27 de la Ley 24/2003 diseña un sistema de protección del origen y calidad de los vinos que pretende no sólo asegurar la calidad y diversidad de los vinos, sino que existan además condiciones de competencia leal, así como la protección de los consumidores a través de la veracidad de la información que figure en el etiquetado. El sistema de protección permite algo novedoso: la progresión de los vinos en diferentes niveles.

Precisamente los niveles del sistema están dispuestos piramidalmente, con superposición de niveles. Atendiendo al nivel de requisitos que alcance el vino, de acuerdo en su caso con la legislación de las Comunidades Autónomas, los vinos elaborados en España podrán acogerse a alguno de los siguientes niveles de exigencias, de menor (base de la pirámide) a mayor (cima de la pirámide). En el nivel inferior se sitúan los vinos de mesa (donde se distingue el primer nivel el vino de mesa y el segundo nivel, el vino de mesa con derecho a mención tradicional «vino de la tierra»); en el nivel superior están los vinos VCPRD (que van desde tercer nivel –vinos de calidad con indicación geográfica–, cuarto nivel –vinos con Denominación de Origen–, quinto nivel –vinos con denominación de origen calificada– y sexto y último nivel, los vinos de pago.

Como principio general –artículo 12 de la Ley 24/2003–, cada nivel de protección implica mayores exigencias que el inmediato inferior, contará con una regulación general y, asimismo, para el reconocimiento de la protección de un nombre geográfico empleado para la protección de un vino de la tierra o un VCPRD, éste deberá contar con una norma específica reguladora –artículo 14 de la Ley 24/2003–.

Las zonas de producción, elaboración y envejecimiento de los distintos niveles de producción deberán estar claramente delimitadas en función de criterios geográficos o antrópicos. Asimismo, el artículo 15 de la Ley 24/2003, establece que para cada nivel de protección deberá tener variedades de vid asignadas, y sus respectivos rendimientos máximos, en su caso. Igualmente, el mismo precepto establece que deberán definirse las características de los vinos amparados por cada nivel.

De especial interés resulta la superposición de niveles que contempla el artículo 16 de la Ley de la Viña y del Vino. En su apartado primero, el precepto establece que una misma parcela de viñedo podrá proporcionar uvas para la elaboración de vinos con destino a un único o diferentes niveles de protección, siempre que las uvas utilizadas y el vino obtenido cumplan los requisitos establecidos para el nivel o niveles elegidos. Además, en su segundo apartado, establece que «la totalidad de la uva procedente de las parcelas cuya producción exceda de los rendimientos máximos establecidos para un nivel de producción deberá ser destinada a la elabora-

ción de vino acogido a otro nivel de protección para el que se permitan rendimientos máximos superiores a la producción de la indicada parcela». En cuanto a este segundo párrafo, está claro que con la fijación de un rendimiento máximo por hectárea resulta un factor fundamental en aras de la calidad del vino. La normativa europea no ha fijado un máximo de rendimiento por hectárea para toda la Unión Europea, reconociendo que esta materia queda en manos de los Estados miembros. En el caso de España –donde los rendimientos por hectárea han sido moderados– la cuestión está regulada en el artículo 5.1 del Real Decreto 157/1988, de 22 de febrero, precisando que el rendimiento se expresará en cada Reglamento de cada Denominación de Origen, pudiendo señalarse en su texto que los límites citados podrán ser modificados por el Consejo Regulador. Caso de sobrepasar tales límites máximos de rendimiento por hectárea, la Ley 24/2003 presenta la ventaja de que la uva procedente de una parcela donde se hayan superado los rendimientos máximos fijados puede ser destinada a elaborar un vino de calidad aunque sea de inferior categoría si respeta el máximo fijado para tal nivel, evitando que, como ocurría hasta ahora, automáticamente al superarse los rendimientos máximos autorizados toda la uva de esa parcela sólo pudiese destinarse a producir vino de mesa, en lugar de elaborarse y comercializarse como vino con denominación de calidad.

12.1. Los vinos de mesa

El concepto de vino de mesa es importante porque sobre él giran buena parte de los mecanismos de intervención de la Unión Europea dada su importancia y peso cuantitativo en el equilibrio del mercado.

Por tal se ha entendido aquel distinto del VCPRD producido en la Unión Europea con un grado alcohólico volumétrico y contenido de acidez fijado en la normativa comunitaria⁵¹.

⁵¹ Artículo 13, del Anexo I del Reglamento (CE) n° 1493/1999.

⁵² La Ley 8/2003, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha, distingue entre vino de mesa con indicación geográfica y vino de la tierra. El primero, según el artículo 27.2, podrá consistir en el nombre de un lugar de la Comunidad Autónoma, siempre que no se reserve o esté ya asignado como nombre que deba acompañar a la mención «vino de la tierra» o como nombre de un VCPRD. El vino de la tierra designa un vino de mesa con el nombre que identifique un lugar del territorio de la Comunidad Autónoma que se le reserve en la norma por la que se establezcan las condiciones que deban cumplirse en su producción –artículo 28.1–.

La Ley 8/2002, de 18 de octubre, de Vitivinicultura de La Rioja, no contempla un sistema de niveles de vino. Sin embargo la Consejería de Agricultura por Orden 50/2002, de 21 de marzo de 2003, creó la indicación geográfica «vino de la tierra VALLES DE SADACIA», teniendo presente lo dispuesto en el Real Decreto 409/2001, de 20 de abril, que ha sido derogado (tras el Reglamento Comunitario (CE) núm. 753/2002 de la

Por su parte los vinos de mesa con derecho a la mención tradicional «vino de la tierra», acompañada de una indicación geográfica requiere, de una parte que el territorio vitícola del que proceda haya sido delimitado por condiciones ambientales y de cultivo que confieren al vino características específicas; de otra parte, además se requiere que se expresen la indicación geográfica, las variedades de vid y los tipos de vinos amparados, el grado alcohólico volumétrico natural mínimo y una indicación de las características organolépticas⁵². Estos requisitos se establecen por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación cuando el área geográfica correspondiente a dicha indicación sobrepasa el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma⁵³. Si se está íntegramente en el área geográfica de una Comunidad Autónoma, ésta será la que establezca los requisitos⁵⁴.

12.2. Vinos de calidad producidos en regiones determinadas

En el concepto de VCPRD se incluyen diferentes subconceptos constituyendo una especie de paraguas que no hubiese tenido cabida dentro de la antigua concepción jurídica española de «vino con denominación de origen».

Esta mención VCPRD surge en el seno de la Comunidad Europea para conciliar concepciones distintas de los vinos de calidad existentes en el seno de los Estados miembros.

En todo caso parece claro que la normativa europea a la hora de establecer las exigencias mínimas para calificar a un vino como VCPRD se inspiró en las exigencias de condiciones tradicionales de producción de vino con Denominación de Origen en los países productores: factores naturales y factores humanos (encepe, prácticas de cultivo, modo de vinificación,...)⁵⁵. Desde el punto de vista práctico, todas las Denominaciones de

Comisión de 29 de abril de 2003 y la Ley 24/2003) por el Real Decreto 1126/2003, de 5 de septiembre, por el que se establecen las reglas generales de utilización de las indicaciones geográficas y la mención tradicional «vino de la tierra!» en la designación de los vinos.

⁵³ El Real Decreto 1126/2003, de 5 de septiembre, por el que se establecen las reglas generales de utilización de las indicaciones geográficas y la mención tradicional «vino de la tierra» en la designación de los vinos.

⁵⁴ Así ocurre con el vino de la tierra «Valles de Sadacia», siendo la Consejería de Agricultura del Gobierno de La Rioja, la que ha señalado estos requisitos en el Reglamento técnico de la Indicación Geográfica aprobada en la Orden 50/20002, de 10 de marzo de 2003.

⁵⁵ Cfr. el Reglamento (CEE) n1 817/70, que reguló por primera vez en el Derecho Comunitario de forma sistemática los VCPRD. El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Caso Comisión /República Italiana As. 141/87– reconoce implícitamente en el régimen de los VCPRD los elementos que conducen a la constatación de la existencia de una Denominación de Origen.

Origen de vinos españoles entran en el concepto de VCPRD y están considerados oficialmente como tales.

Con los VCPRD se persiguen al menos tres objetivos. En primer lugar, fomentar una producción típica y de calidad. Un vino es de calidad cuando es elaborado según condiciones estrictas y precisas que le confieren unas propiedades y características que permiten diferenciarlo del resto de los de su género.

La calidad del vino contribuye a la viabilidad del sector vitivinícola, ajustando la oferta a la demanda para así equilibrar el mercado⁵⁶. Pero además elaborar un vino de calidad implica una producción con menores rendimientos y mayor respeto al medio ambiente, así como con una preparación más esmerada que ofrece mayor credibilidad a los ojos de los consumidores, quienes tienen mayores garantías sobre su método de producción y su origen. En muchas ocasiones el consumidor busca una satisfacción personal ligada al gusto y a la imagen B valor cultural y social- que el consumo de un vino con Denominación de Origen le produce. En todo caso, la denominación de VCPRD aporta a los vinos amparados prestigio, seguridad y garantía.

En segundo lugar, los VCPRD buscan promocionar un vino que presenta determinadas características: asociado a una cultura local, ligado al medio ambiente, al paisaje, a las tradiciones, a la gastronomía,...

En tercer lugar, en los VCPRD se garantiza una competencia leal y equitativa entre productores, pues evita disfrutar indebidamente del incalculable valor que en el mercado posee el uso de una denominación de origen sin estar sometidos a las estrictas condiciones de producción y control que supone la elaboración de estos tipos de vinos.

La Ley de la Viña y del Vino distingue de menor a mayor nivel los siguientes VCPRD superpuestos: vino de calidad con indicación geográfica, vino con denominación de origen, vino con denominación de origen calificada y vino de pago.

Los operadores del sector podrán decidir el nivel de protección a que se acogen sus vinos, siempre que los vinos cumplan los requisitos establecidos para cada nivel en la Ley nacional y autonómica⁵⁷. Cada nivel de protección contará, en primer lugar, con una regulación general –que recogerá todos los requisitos previstos en la normativa comunitaria, nacional y autonómica; y en segundo lugar, contará con un sistema de control de los vinos⁵⁸. Además, junto a su zona de producción, elaboración y enve-

⁵⁶ Frente a los excedentes estructurales del vino de mesa, los VCPRD no presentan grandes excedentes y son de fácil acceso al mercado interno y exterior.

⁵⁷ Artículo 13.4 de la Ley 24/2003.

⁵⁸ Artículo 14 de la Ley 24/2003.

jecimiento en función de criterios geográficos y antrópicos, tendrá asignada sus variedades de vid, fijado sus respectivos rendimientos máximos y definido las características de sus vinos amparados.

El artículo 16 de la Ley 24/2003 permite la superposición de niveles, esto es, una misma parcela de viñedo podrá proporcionar uvas para la elaboración de vinos con destino a un único nivel de protección o a diferentes niveles de protección siempre que las uvas utilizadas y el vino obtenido cumplan con los requisitos establecidos para el nivel o niveles elegidos.

En cuanto a los nombres geográficos asociados con un nivel de protección y en especial con las Denominaciones de Origen, están protegidos por ser bienes de dominio público, y por ende, no pueden ser objeto de apropiación individual, venta, enajenación o gravamen⁵⁹. La titularidad de estos nombres geográficos corresponde al Estado cuando comprenda territorios de más de una Comunidad Autónoma, y a éstas en los demás casos.

Por ser de titularidad pública, estos nombres geográficos no cabe denegar su uso a quien lo solicite y cumpla los requisitos establecidos. Además, estos nombres geográficos asociados a cada nivel de protección del vino, no podrán utilizarse para designar otros productos del sector vitivinícola.

La protección del nombre geográfico se extiende desde la producción a la comercialización, a la presentación y a la publicidad, al etiquetado y a los documentos comerciales de los productos afectados.

Sólo los vinos que tienen derecho a los nombres geográficos protegidos para cada nivel podrán emplearlos en sus marcas, nombre comercial o razones asociadas. Por tanto, a *sensu contrario*, aquellos vinos que no cumplan los requisitos del correspondiente nivel, no pueden utilizar el nombre geográfico en la designación, presentación o publicidad del vino⁶⁰, aunque tales nombres vengan traducidos a otras lenguas o precedidos de expresiones como «tipo, estilo, imitación» u otros similares, ni aún en el caso de que se indique el verdadero origen del vino. Tampoco podrán emplearse expresiones del tipo «embotellado en...», «con bodega en ...» u otras análogas.

Obsérvese cómo el acogerse al amparo de una denominación VCPRD entraña indudables ventajas. Sabedor de este extremo, la Ley 24/2003 exige a los operadores del sector vitivinícola que deseen acogerse al amparo de una denominación VCPRD, la inscripción de sus viñedos, bodegas y demás instalaciones del correspondiente órgano de gestión de la denominación de origen, así como someterse a un sistema de control⁶¹.

⁵⁹ Artículo 17 de la Ley 24/2003.

⁶⁰ Artículo 18 de la Ley 24/2003.

⁶¹ Artículo 20 de la Ley 24/2003.

Analicemos seguidamente los distintos tipos y niveles de protección de los Vinos de Calidad Producidos en Región Determinada.

a) Vinos de calidad con indicación geográfica

Por «indicación geográfica» se entiende aquella que identifica un vino como originario de un territorio, cuando determinada calidad del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, al factor humano, o a ambos a la vez en lo que se refiere a la producción de uva, elaboración de vino y a su envejecimiento.

Estos vinos se identificarán mediante la mención «vinos de calidad de ...» seguida del nombre del lugar de producción o elaboración. Además contarán con un órgano de gestión y se someterán a un sistema de control⁶².

b) Vinos con denominación de origen

En la base del nacimiento de esta clásica y bien conocida expresión «Denominación de origen», que cuenta con gran peso histórico, se encuentran los intereses comunes de los productores de estos vinos de especial calidad, al percatarse de que resultaba necesario proteger jurídicamente esos nombres geográficos que se habían convertido en un valor en sí mismos y que en ocasiones eran objeto de usurpación, mediante su utilización fraudulenta por productores ajenos al área geográfica. Para evitar estas apropiaciones indebidas, los productores genuinos reivindican que el Ordenamiento Jurídico reconozca su derecho subjetivo a usar en exclusiva esos nombres en base a estar sus viñedos situados en la zona geográfica de producción del vino. Para garantizar estos derechos subjetivos de los productores de esta zona, han de contar con la protección de las autoridades administrativas y judiciales competentes que actúen en evitación de las apropiaciones indebidas .

Por otra parte, y a la vez que se instaura la protección jurídica a los derechos subjetivos de los productores instalados en la zona geográfica de producción del vino, surge una normativa jurídica y, por ende, general y obligatoria a la que quedan sujetos todos los productores que quieren que sus vinos lleven la DO, en la que se fijan unas reglas de obligado cumplimiento de producción y de comercialización⁶³.

La DO designa un vino originario de un lugar indicado en el nombre que posee unos caracteres cualitativos determinados por unos factores naturales (clima, naturaleza del suelo, variedad de vides, exposición al sol) e intervención humana (métodos de cultivo y de vinificación) ligados al área de producción.

⁶² Artículo 21 de la Ley 24/2003.

⁶³ Vide con más amplitud estos aspectos en GONZÁLEZ BOTIJA, F., *El régimen jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas* Artículo 23 de la Ley 24/2003.

La DO recae sobre un «signo distintivo» de calidad del vino, al que se brinda protección teniendo en cuenta los intereses de la colectividad –de los consumidores y productores–. La DO no sólo sirve para diferenciar un vino en el mercado por su indicación de su origen, sino también para certificar la garantía de su calidad, teniendo en cuenta sus especiales cualidades y condiciones de elaboración (conforme a determinadas reglas), que sólo concurren en las zonas de procedencia.

La diferencia entre vinos con DO y vinos con Indicación Geográfica se encuentra en que mientras a éstos sólo se les exige que el vino proceda de uvas cosechadas en su integridad –o en su mayor parte– en una zona delimitada en función de criterios geográficos –aún cuando no se demuestre uniformidad de factores naturales y humanos–, en los vinos con DO se exige la demostración de un vínculo fuerte entre la existencia de factores naturales y humanos en la zona de producción y la calidad de los vinos, con una reglamentación que garantiza y controla la existencia de tales factores específicos y la propia calidad del producto.

En base a todo ello, la Ley 24/2003 establece que la «Denominación de Origen» es el nombre de un lugar reconocido administrativamente para designar vinos que cumplan con las siguientes condiciones: ser elaborados en un lugar con uvas procedentes del mismo; disfrutar de un elevado prestigio en el tráfico comercial en atención a su origen; su calidad se debe fundamentalmente al medio geográfico que incluye factores naturales y humanos y por último, que el lugar haya sido reconocido previamente como ámbito geográfico de un vino de calidad con indicación geográfica con una antelación de, al menos, cinco años⁶⁴.

Por otra parte la Ley 24/2003, en el apartado cuarto del artículo 22, exige que la gestión de la DO esté encomendada a un órgano de gestión denominado Consejo Regulador.

c) Vinos con denominación de origen calificada

Estos vinos, además de los requisitos que han de reunir los vinos con D.O. deben cumplir los siguientes requisitos⁶⁵: que haya transcurrido, al menos 10 años desde el reconocimiento como DO; que los vinos se comercialicen exclusivamente embotellados desde las bodegas inscritas y ubicadas en la zona geográfica delimitada; que su órgano de control ha de establecer un sistema de control de los vinos no sólo cuantitativo, sino también cualitativo, y desde la producción hasta la salida al mercado; que en las bodegas inscritas (independientes y separadas al menos por una vía pública de otras no inscritas), sólo entre uva procedente de viñedos ins-

⁶⁴ Artículo 22 de la Ley 24/2003.

⁶⁵ Artículo 23 de la Ley 24/2003.

critos o vinos procedentes de otras bodegas inscritas también en la DO Calificada; que se elabore o embotelle exclusivamente vino con denominación de origen calificada, o en su caso, vinos de pago calificados ubicados en su territorio; y por último, que dentro de su zona de producción, estén delimitados, para cada término municipal, los terrenos que se consideren aptos para producir vinos con DO Calificada.

Por último, en cuanto a la gestión de estos vinos, exige la Ley que esté encomendada a un Consejo Regulador.

d) Vinos de pago

Estos vinos⁶⁶ se diferencian y distinguen de otros del entorno por tener un nombre de «pago» vinculado de forma tradicional y notoria al cultivo de los viñedos de los que se obtienen durante al menos cinco años. Cada Comunidad Autónoma limitará la extensión máxima que no podrá ser superior a la de ninguno de los términos municipales en cuyo territorio se ubique el «pago». Si la totalidad del «pago» se encuentra en el ámbito territorial de una DO calificada se podrá denominar «vino de pago calificado», si cumple los requisitos exigidos para los vinos de Denominación de Origen Calificada y se encuentran inscritos en la misma.

Estos vinos serán elaborados y embotellados por quien ostente la titularidad de los viñedos ubicados en el pago, o excepcionalmente por las bodegas situadas en la proximidad del «pago» y ubicadas en un término municipal para el cual se extienda el «vino de pago» o colindantes.

Por cuanto se refiere a la uva destinada a estos vinos deberá proceder de los viñedos ubicados en el «pago» y deberá, elaborarse, almacenarse y criarse, en su caso, de forma separada de otros vinos.

Existirá un órgano de gestión del «vino de pago», salvo que las Comunidades Autónomas eximan de esta obligación cuando haya un número inferior de operadores al determinado legalmente.

13. Otros aspectos de la ley

Muchos más son los aspectos importantes que la Ley 24/2003 contempla y en los que, en este lugar, no puedo entrar. Sin embargo, si destacaré, grosso modo, algunos aspectos. Así, en el artículo 25, apartado primero establece que «la gestión de cada vino de calidad con indicación geográfica, denominación de origen, denominación de origen calificada y, en su caso, vino de pago, será realizada por un órgano de gestión en el que estarán representados los titulares de los viñedos y bodegas inscritos en los registros que se establezcan en la norma específica reguladora de

⁶⁶ Artículo 24 de la Ley 24/2003.

los VCPRD». En el apartado décimo del mismo precepto, reserva únicamente el término «Consejo Regulador» para los órganos de gestión de las denominaciones de origen y de las denominaciones de origen calificadas.

Los órganos de gestión tendrán personalidad jurídica propia de naturaleza pública o privada, con plena capacidad de obrar y funcionarán, en régimen de Derecho público o, en su caso, Derecho privado. Se regirán por lo dispuesto en la Ley de la Viña y del Vino, las Leyes sectoriales de las Comunidades Autónomas, las normas específicas de los VCPRD y por lo dispuesto en sus correspondientes estatutos.

Los órganos de gestión deben ser autorizados por la Administración, estableciéndose su estructura y funcionamiento reglamentariamente en base a dos principios: su funcionamiento no tiene ánimo de lucro y ha de tener la representatividad de los intereses económicos y sectoriales integrados.

Los fines y funciones de los órganos de gestión los contempla el artículo 26 de la Ley 24/2003; se prevé en el artículo 27 un sistema de control y certificación que establecerá el reglamento de cada VCPRD, que en todo caso estará separado de la gestión del mismo.

Se establece en los artículos 28 a 32 un procedimiento –solicitud, tramitación y resolución– para reconocer un nivel de protección.

Se establece un régimen sancionador –artículo 33 a 45–, señalando por una parte las obligaciones de los interesados, inspección, medidas cautelares y, por otro, señala las infracciones –leves, graves y muy graves– y sus sanciones, junto con las medidas complementarias.

Por último, la Ley se ocupa del Consejo Español de Vitivinicultura, órgano de carácter consultivo adscrito al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación –artículo 46 y ss.–. 



CRÓNICA
PARLAMENTARIA

6

A FUNCIÓN LEXISLATIVA, UNHA PERSPECTIVA NA PRÁCTICA PARLAMENTARIA COMPARADA GALEGA E ASTURIANA

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado de tecnoloxías da información
do Parlamento de Galicia

«A natureza dámos o xermolo da ciencia, pero non a ciencia.
Esta debemos procurala co estudo»

(Lucio Anneo Séneca)

Unha das visións metodolóxicas para adentrarse no feito parlamentario e nas actividades desenvolvidas polas cámaras lexislativas é a do estudo comparado entre institucións análogas. Son enfoques cunha fonda tradición no ámbito anglosaxón e que seguen de actualidade hoxe en día¹. Nesta orde de cousas, e despois de vinte e dous anos de autonomía política en Galicia, paga a pena facer un estudo sobre os esquemas próximos da función lexislativa nunha comunidade veciña como a asturiana e os

¹ Así por exemplo, recentemente, o traballo de L. D. Longley: «Parliaments as Changing Institutions and as Agents of Regime Change: evolving Perspectives and a New research framework», *Journal of Legislative Studies*, 2:2, 1996, páxina 24.

que se adoitan desenvolver no noso país. Como sinalou recentemente Piedad García-Escudero Márquez² a sintonía das linguaxes e a comprensión, polo homoxéneo dos nosos traballos e preocupacións, fai que as reflexións de dereito parlamentario comparado resulten moi acaídas no momento actual no Estado español.

Así, presentada a esexese do labor parlamentario será oportuno lembrar, en palabras de Claudio Martín Viale³, que a tarefa de gobernar require non tanto a concreción nos resultados, senón a definición clara dos obxectivos que se pretenden e dos medios axeitados para iso, posibilitando deste xeito que a xestión poida ser eficaz. Estas reflexións poden servir para dar conta do relevo que ten o correcto desenvolvemento das tarefas parlamentarias e, singularmente, as lexislativas nunha real execución do programa constitucional na materia.

A función lexislativa segue a ser na actualidade a esencial función das cámaras parlamentarias, e isto recoñecendo con autores como Tudela Aranda⁴ que a súa potencialidade no Estado autonómico depende en gran medida da evolución xeral do sistema e máis concretamente de aspectos como a correcta transmisión á opinión pública do labor lexislativo. Este e outros aspectos deben ser considerados á hora de analizar aspectos que, *prima facie*, se presentan como procedementais pero que agochan importantes connotacións políticas e institucionais. Entendo, na liña sinalada por Ferrando Badía⁵, que a consolidación no Estado español dunha democracia pluralista esixe unha auténtica e eficaz participación de todos os grupos no poder, e máis concretamente no poder lexislativo, que como é ben sabido nas comunidades autónomas se plasma nos seus parlamentos. De aí o relevo da análise que se propón, pois as canles procedementais son definitivas da participación plural na función lexislativa e por iso deben ser coidadas, estudadas e, cando cumpra, ser obxecto de modificación e mellora.

Trátase, en definitiva, de dar conta dunha función do poder político, a lexislativa, que lonxe de atoparse hoxe ausente de perigos, ten preto de si numerosos condicionantes que a fan abanearse, especialmente no plano autonómico, pola prevalencia dos executivos fortes e da omnipresente Ad-

² No seu traballo: «Parlamento y futuro: los retos de la Administración Parlamentaria», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 10, xuño de 2004, páxina 3.

³ «El aparato estatal y el Bien Común», *Informe Vip. Información política*. www.informevip.com.ar/Notas/325.html

⁴ «Naturaleza y funciones de las Cortes de Aragón», *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas*, Zaragoza, 2001, páxina 58.

⁵ «Los partidos políticos y el Estado autonómico», *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, nº 15, 1996, páxina 52.

ministración pública, aspectos estes que polo demais, como vén de estudar Gómez Mejías⁶, non son novos na historia constitucional europea.

1. O procedemento legislativo ordinario

Resulta doado comprobar que no seo do procedemento legislativo nace unha relación xurídica (Andyara Klopstock⁷) onde ao dereito dun dos axentes lle corresponde a obriga doutro, e deste xeito o plano sinagmático que se establece crea unha situación dinámica que recibe diferentes solucións nos ordenamentos autonómicos, tal e como tratarei de explicar nas distintas fases do procedemento legislativo dos casos galego e asturiano.

1.1. A iniciativa legislativa

Na Junta General do Principado de Asturias existen singulares regulacións da iniciativa legislativa que se afastan do previsto no artigo 10.1.f) do Estatuto de autonomía para Galicia.

En efecto, o artigo 137 do Regulamento da Junta General do Principado de Asturias do 18 de xuño de 1997, establece que a iniciativa para o exercicio da potestade legislativa lles corresponde, por unha banda, aos membros do Parlamento e ao Consello de Goberno do Principado e, por outra banda, e aquí está a singularidade, aos concellos e aos cidadáns nos termos establecidos na Lei do Principado reguladora da iniciativa legislativa dos concellos e da iniciativa popular. O recoñecemento da iniciativa municipal resulta fundamente polémico dentro da literatura xurídica de Galicia, pois algúns autores teñen defendido a súa bondade mentres que outros, quizais influídos pola proverbial mala prensa da política no medio rural galego, se teñen mostrado fundamente enfrontados a esta posibilidade. Ao meu xuízo é evidente que hoxe en día resulta totalmente superada a idea de considerar os entes locais como unha simple técnica de xestión burocrática máis eficaz (García Fernández⁸) senón que, moi pola contra, encarnan un nivel de organización política esencial dotada de autonomía que moi ben poden ver xustificada a súa participación no pro-

⁶ «La división de funciones como superación de poderes en Alemania desde 1750 a 1918 y su influencia en la República de Weimar», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 18, 2003, páxinas 9 e seguintes.

⁷ No seu excelente libro: *Dereito Parlamentar. Proceso Legislativo*, Assembléa Legislativa de São Paulo, 2000, páxina 57.

⁸ «Derecho Constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del Derecho local», *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha*, nº 6, 2002, páxina 226.

cedemento lexislativo autonómico, tal e como recentemente tamén viron reconhecida a súa relevancia nos procesos ante o Tribunal Constitucional⁹.

Segundo lembra Arce Janáriz,¹⁰ o réxime da iniciativa municipal non está perfilado no Regulamento da Junta General, senón por mandato do Estatuto de autonomía na Lei 4/1984 do Principado de Asturias que establece a necesidade de que sexa subscrita por un mínimo de tres concellos asturianos cun censo conxunto non inferior a dez mil electores en acordos adoptados por maioría absoluta. Coincido co autor citado na apreciación de que, ao abeiro do artigo 23 da Constitución e da súa interpretación polo Tribunal Constitucional, non resulta doado admitir que se lles poida outorgar ningún dereito reaccional aos concellos no procedemento lexislativo co que, na práctica, a posición destes na función lexislativa do Parlamento asturiano fica descafeinada.

A primeira diferenza subliñable no tocante á iniciativa parlamentaria é que no caso galego se citan expresamente os grupos parlamentarios como suxeitos da iniciativa, facéndose pois, unha formulación máis grupal do funcionamento da Cámara. Este matiz non está exento de valor pois un dos aspectos que hoxe se presentan como máis polémicos no dereito comparado é o da posición do parlamentario individual (Elio Prato¹¹) nas funcións constitucionais das cámaras e moi especialmente os conflitos de intereses que estes poidan ter en relación coas súas funcións públicas.

No concernerente á iniciativa gobernamental, a regulación é moi semellante, esixíndose en ambos os ámbitos parlamentarios a existencia dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para se poder pronunciar sobre eles. Ao meu xuízo, a recente aprobación da Lei asturiana 1/2004, do 21 de outubro¹², do Consello consultivo supón unha mellora do ordenamento xurídico asturiano respecto á situación de Galicia. Isto é así posto que pola vía prevista no artigo 13.1 letra d) da citada lei será posible que este órgano informe sobre boa parte dos anteproxectos de lei que se remitan á Junta General, cos positivos efectos que producirá sobre a calidade das normas autonómicas de Asturias¹³.

⁹ Cfr. Esther González Hernández: «Defensa de la Autonomía local: de la STC 32/1981 a la Reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional», *Parlamento y Constitución. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha*, n° 7, 2003, páxinas 97 e seguintes.

¹⁰ No seu traballo incluído na obra colectiva: *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*. Junta General del Principado de Asturias. 2003, páxina 505.

¹¹ «Il conflitto d'interessi tra esercizio d'impresa, elettorato pasivo e assunzione di cariche de Governo», *Quaderni costituzionali*, XXIV, n° 1, marzo de 2004, páxinas 65 a 96.

¹² BOE n° 282, do 23 de novembro de 2004.

¹³ Sobre a transcendencia dos antecedentes e informes para a función do parlamentario pronúnciome no traballo: «El Derecho de voto y la regla de la mayoría», *Revista de las Cortes Generales*, n° 55, primeiro cuadrimestre de 2002, páxinas 88 a 137.

Debo constatar a coincidencia entre ambos ordenamentos, o galego e o asturiano, no tocante á consideración dos ditames de órganos consultivos de carácter económico e social. Deste xeito, o artigo 3 da Lei 2/2001, do 27 de marzo, do Consello Económico e Social de Asturias contempla unha redacción semellante á galega ao dispor que este órgano debe emitir ditame con carácter preceptivo e non vinculante, entre outras materias, sobre os anteproxectos de lei que regulen materias socioeconómicas e laborais que sexan competencia da comunidade autónoma, agás o Anteproxecto de lei de orzamentos xerais do Principado de Asturias.

A fase preparatoria, isto é, de elaboración dos proxectos de lei, recibe un tratamento máis acaído no caso asturiano xa que, fronte á norma regulamentaria que en Galicia disciplina a cuestión (o Regulamento de réxime interior da Xunta de Galicia), en Asturias é a Lei 2/1995, do 13 de marzo, sobre réxime xurídico da Administración do Principado, a que nos seus artigos 32 e seguintes se preocupa do *iter* procesual de elaboración das disposicións de carácter xeral.

Unha vez presentados os proxectos de lei, pasan pola cualificación da Mesa da Cámara, que ordena a súa publicación e a apertura do prazo de emendas. Aquí tamén difire o tratamento na Cámara galega, posto que para a asignación á comisión parlamentaria correspondente esíxese a previa audiencia da Xunta de Portavoces, trámite inexistente no caso asturiano. Tal vez nos atopemos de novo nunha reafirmación do carácter grupal da Cámara presente no caso galego nunha liña que se está acentuando en países do noso contorno¹⁴. En todo caso, a configuración do moderno parlamentarismo, como apuntara xa hai anos Mirkine Guetzevitch¹⁵, fai que o peso das decisións parlamentarias gravite indefectiblemente cara ao executivo, e por iso as diferenzas nas redaccións regulamentarias resultan na práctica intrascendentes pois o xogo das maiorías-minorías prodúcese dun xeito moi semellante en órganos en principio tan diferentes como a Mesa e a Xunta de Portavoces.

A iniciativa de orixe parlamentaria plásmase nas proposicións de lei. Estas deben ir acompañadas tamén dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios, se ben no caso asturiano a redacción do artigo 152 do Regulamento parece presentar os antecedentes das proposicións de lei cun carácter facultativo, «podendo acompañar os antecedentes que se consideren convenientes para pronunciarse sobre elas». Lluís Aguiló¹⁶

¹⁴ Michele Ainis: «Teoría e Tecnica della legislazione. Disegno di legge costituzionale, norme per uno statuto dell'opposizione». *Rassegna parlamentare*, nº 3, 2004, Giuffrè editore, páxinas 753 e seguintes.

¹⁵ Boris Mirkine Guetzevitch: *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Reus, Madrid, 1934, páxina 15.

¹⁶ *Curso de derecho público de las comunidades autónomas*, INAP, Montecorvo, Madrid, 2003, páxina 266.

no seu estudo comparado dos parlamentos autonómicos entende paradoxal que a orixe das leis nun sistema parlamentario como o das comunidades autónomas sexa case sempre governamental, aínda que recoñece que isto non lle suscita ningún problema ao funcionamento do sistema.

A lexitimación para a presentación das proposicións de lei non varía entre estes dous parlamentos. Así, pode presentar proposicións un deputado coa sinatura doutros catro membros da Cámara e un grupo parlamentario coa soa sinatura do seu portavoz. Arce Janáriz¹⁷ recoñece que as iniciativas legislativas parlamentarias son moito máis escasas ca as do executivo pero deixa constancia de que, no caso asturiano, é habitual a existencia dun efecto *boomerang*, en virtude do que os grupos adoitan presentar iniciativas doutra índole interesando que a Cámara lle pida ao Goberno a presentación de proxectos de lei.

Igualmente, a tramitación posterior coincide posto que, exercitada a iniciativa, a Mesa da Cámara ordena a publicación da proposición de lei e a súa remisión ao Goberno, para que este manifieste o seu criterio respecto da toma en consideración, así como a súa conformidade ou non, se implicase un aumento dos créditos ou mingua dos ingresos. Ao meu xuízo, resulta máis afortunada a redacción do Regulamento asturiano por canto refire o aumento dos créditos ou a diminución dos ingresos ao orzamento vixente, aspecto que non delimita con esa claridade o Regulamento galego.

O criterio do Consello de Goberno do Principado debe expresarse mediante escrito dirixido á Mesa da Cámara, e esta, entendo que mediante oficio asinado polo seu presidente que actuará con estrito carácter institucional¹⁸, deberá darlles traslado a todos os grupos parlamentarios. De darse a disconformidade governamental coa tramitación por implicar contidos económicos que afecten aos orzamentos, deberá expresarse sempre de xeito razoado. No caso asturiano, transcorridos dez días sen que o Consello de Goberno se nega expresamente a súa conformidade, a proposición de lei queda en condicións de ser incluída na orde do día do Pleno para a súa toma en consideración.

Este réxime xurídico é moito máis preciso ca o galego, xa que o Regulamento do Parlamento de Galicia simplemente establece un prazo de quince días para que a Xunta manifieste o seu criterio ou negue expresa-

¹⁷ *Teoría y práctica de la Junta General del Principado de Asturias*, Madu Ediciones, xaneiro de 2003, páxina 123.

¹⁸ Como apuntara no seu día Mohroff esta institución presidencial ten dúas almas, unha que comparte as orientacións da maioría governamental e outra que tutela a independencia constitucional do órgano que preside e os dereitos imprescritibles das minorías. Tomado da referencia de Antonia Navas Castillo *et alii*: «Reflexiones acerca de la suspensión por el Presidente de la Asamblea de Madrid de la Sesión Plenaria del 1 de febrero de 2001», *Revista de Derecho Político*, nº 50, 2001, páxina 237.

mente a súa conformidade, dicindo que posteriormente a proposición quedará en condicións de ser incluída na orde do día do Pleno para a súa toma en consideración.

Como se pode observar, a regulación normativa da disconformidade governamental transmite moita máis seguridade xurídica no caso asturiano, e aínda máis se observamos o contido do artigo 153, apartado 5º, que apunta que, cando a disconformidade do Consello de Goberno sexa manifestamente infundada, decidirá definitivamente o Pleno da Cámara na primeira sesión que celebre a proposta da Mesa e oia a Xunta de Portavoces. Atopámonos ante instrumentos regulamentarios que poñen de manifesto unha posición prevalente do Goberno na formación de políticas públicas con consecuencias orzamentarias, algo que é habitual, como sinala A. G. Mulgan, tamén en ámbitos políticos alleos ao noso como é o xaponés¹⁹.

Antes de iniciarse o debate de toma en consideración debe darse lectura ao criterio do Consello de Goberno ao respecto se houbese, axustándose o debate ao establecido para os de totalidade. Esta tramitación coincide nos casos asturiano e galego.

A singularidade da Junta General consiste en que as proposicións de lei derivadas da iniciativa lexislativa dos concellos e da iniciativa popular deben ser examinadas pola Mesa da Cámara dun xeito semellante a como o fai a Mesa do Parlamento de Galicia no concernente ás presentadas polos cidadáns. Se cumpren os requisitos legais, a tramitación segue con carácter xeral o disposto para as restantes proposicións de lei.

Os proxectos de lei remitidos polo executivo sométense despois da súa publicación a un prazo previo no caso asturiano de seis días no que se pode propoñer a celebración de comparecencias tal como se establece no artigo 67 do Regulamento da Cámara asturiana. Este precepto dispón que as comisións por conduto da Presidencia da Cámara poden solicitar a comparecencia de membros do Goberno, empregados da Administración do Principado e de presidentes de consellos de administración, directores xerentes, ou, de ser o caso, asimilados e cargos electivos de organismos autónomos e entes públicos do Principado²⁰. Establécese os efectos de tales comparecencias, así como, os da incomparecencia inxustificada desas persoas. Ao meu xuízo un instrumento como o dos *hearings* incorporado con naturalidade no Parlamento asturiano pode colaborar a que

¹⁹ «Japan's 'Un-Westminster' System: Impediments to Reform in a Crisis Economy». *Government and Opposition. An international journal of comparative politics*, volume 38, nº 1, 2003, páxina 91.

²⁰ Sobre a importancia deste trámite para o status do deputado pode consultarse o meu estudo: «La formación de la voluntad de las Cámaras y el 'status' de los parlamentarios». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 18, xaneiro de 2003.

a función legislativa autonómica entre en contacto máis directamente coa realidade social, incluso como ten apuntado L. MacDonald²¹, para que o papel que deben desenvolver por suxeitos como as organizacións non gobernamentais poidan ser tidas en conta de mellor xeito na formulación de políticas públicas, neste caso legislativas.

As comparecencias previstas no procedemento legislativo asturiano para os proxectos de lei deberán celebrarse dentro dos quince días seguintes ao traslado da súa solicitude. Ademais, transcorrido o prazo de seis días para propoñer a celebración de comparecencias sen que se propuxera ningunha, ou rematada a última delas, a Mesa da Cámara ordenará a apertura dun prazo de presentación de emendas de dez días ante a Mesa da Comisión competente.

A valoración xeral que merece a redución do prazo de quince días para a presentación das emendas existentes no dereito parlamentario galego fronte aos dez días no caso asturiano é en principio positiva. Non sendo os supostos de proxectos complexos, nos que sempre será posible a petición e concesión no seu caso dunha prórroga do prazo, resulta suficiente no caso asturiano o prazo dos dez días, tendo en conta os previos durante os que se celebran as comparecencias no procedemento legislativo.

Entre as facultades que se consignan no dereito parlamentario de Asturias, e que non existen en Galicia, resulta destacable a competencia outorgada á Mesa da Comisión que debe coñecer do proxecto de lei respecto da numeración por orde das emendas, atendendo á súa presentación no rexistro oficial da Cámara. Agora ben, un carácter máis substantivo ten a instauración *expressis verbis* dun recurso ante a Mesa da Cámara que presentarán os suxeitos lexitimados dentro dos dous días seguintes á notificación do acordo tomado pola Mesa da Comisión sobre as emendas presentadas.

A instauración deste recurso «dealzada» ante a Mesa da Cámara denota o establecemento dunha clara xerarquía orgánica entre ambas as mesas, se ben a resolución da Mesa do Parlamento deberá tomarse oída a Xunta de Portavoces. Dato relevante da transcendencia que o Regulamento parlamentario asturiano lle dá a este novo recurso é a inclusión dun prazo máximo para a súa resolución. En efecto, na primeira sesión que celebre a Mesa da Cámara, e sempre que teñan transcorrido 48 horas dende a interposición do recurso, esta deberá decidir sobre a cuestión.

²¹ *Supporting Civil Society: The Political Role of Non-Governmental Organizations in Central America*, London, Macmillan, 1997. Estas críticas que manifesta a ausencia de pluralismo no procedemento legislativo en Galicia non son polo demais estrañas en ámbitos nos que a compracencia co sistema ten sido tradicionalmente ampla. Así, poden consultarse as críticas no caso británico feitas por R.A.W. Rhodes: *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Buckingham, Open University Press, 1997.

A espiñenta materia da lexitimación para a autoría das emendas no procedemento legislativo²² recibe parecida resolución nos casos asturiano e galego. Ademais da necesidade de que os portavoces subscriban as emendas presentadas polos grupos parlamentarios, tamén as achegadas polos deputados individuais deberán incluír a sinatura do portavoz do grupo ao que pertence. Esta regulación pon de manifesto no noso contorno parlamentario problemas que existen tamén no ámbito anglosaxón de conflito entre o deputado individual e a disciplina do grupo parlamentario²³. Penso que esta coincidencia na regulación non nos pode facer concluír a súa bondade, pois a posibilidade de emenda individual non debilita nin dificulta o parlamentarismo grupal, e, por outra banda, a existencia de diferenzas nas regulacións entre comunidades autónomas, como apunta Solozábal²⁴, supón de por si un presuposto para a correcta comprensión e funcionamento do sistema autonómico español.

Respecto da clasificación das emendas, as diferenzas tamén son de índole menor. Ambos os ordenamentos parlamentarios coñecen a categoría das emendas á totalidade (denominadas *de totalidade* no caso asturiano). Defínense como as que versan sobre a oportunidade, os principios ou o espírito do proxecto de lei e postulan a súa devolución ao Goberno ou proponían un texto completo alternativo. En Galicia, ademais dos grupos parlamentarios poden presentar estas emendas un deputado coa sinatura doutros catro, variante que non se admite no artigo 139 do Regulamento parlamentario asturiano.

As chamadas no caso galego *emendas ao articulado* son intituladas en Asturias como *emendas parciais*, se ben á hora de definilas non atopamos ningunha diferenza entre elas, posto que poden ser de supresión, modificación ou adición. Neste sentido, para todos os efectos do procedemento legislativo, as disposicións contidas na parte final das leis son consideradas como artigos, de igual xeito que o título do proxecto, as rúbricas das distintas partes, a propia ordenación sistemática e a exposición de motivos.

Unha modalidade de emendas que acadan singular relevancia é a das que teñen contido económico. Neste sentido, todas aquelas que presentadas a un proxecto de lei supoñan aumento dos créditos ou mingua dos ingresos orzamentarios requirirán a conformidade do Goberno para a súa tramitación. Non hai dúbida que no parlamento do século XXI a determinación das consecuencias orzamentarias das emendas non pode que-

²² Para un comentario da miña posición sobre esta polémica pode consultarse: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais, Vigo, 2001, páxina 155.

²³ Así Harry Evans: «Parliamentary privilege and party discipline», *The Parliamentarian*, 2004, n° 3 LXXXV, páxina 246.

²⁴ «El Estado Autonómico en perspectiva», *Revista de Estudios Políticos*, n° 124, CEC, páxina 17.

dar a unha mera intervención governamental, senón que, como apunta para o caso italiano S. Rodota²⁵, os medios técnicos e electrónicos deben ser tidos en conta no funcionamento actual das democracias, e no caso que nos ocupa dos parlamentos autonómicos.

Esta formulación inicial recibe un tratamento distinto na súa substanciación en ambas as cámaras. Así, no caso asturiano é a Mesa da Comisión a que remite ao Consello de Goberno estas emendas, debéndolle dar resposta razoada no prazo de oito días, pois, pola contra, o silencio interprétase como conformidade con estas por parte do executivo.

Agora ben, se o Consello de Goberno non foi consultado pode mostrar a súa disconformidade coa tramitación en todo momento do proceso legislativo, ata que as emendas afectadas non fosen sometidas a votación no Pleno da Cámara. Para garantía do status dos parlamentarios establécese que, se a Mesa da Comisión considera manifestamente infundada a disconformidade do Consello de Goberno, o poñerá en coñecemento da Mesa da Cámara para que, se é o caso e previa audiencia da Xunta de Portavoces, decida definitivamente o Pleno da Cámara na primeira sesión que celebre.

Certamente, a regulación galega ao respecto é moito máis sucinta e menos garante dos dereitos de participación consagrados no artigo 23 da Constitución española. Esta afirmación paréceme afortunada posto que en Galicia non é a Mesa, órgano de carácter institucional, a encargada de tramitar estas emendas. Déixase o labor da *ponencia* encargada de redactar o informe a facultade de remitir á Xunta de Galicia, por conduto da Presidencia do Parlamento, aquelas emendas que supoñan o citado aumento de créditos ou mingua dos ingresos orzamentarios. Este mecanismo regulamentario pode posibilitar, ademais, que por esta vía as facultades parlamentarias no eido legislativo queden limitadas xa que un executivo celoso das súas competencias pode extralimitar as súas funcións e aplicar a lexislación do Estado que cerne ámbitos de decisión autonómica, pensemos, por exemplo, na normativa reguladora da estabilidade orzamentaria, tal e como ten ocorrido noutros países con motivo de leis de contido non económico²⁶.

A Xunta de Galicia conta co dobre de prazo que citei anteriormente, xa que dispón de quince días para dar resposta razoada, e ademais non existe un mecanismo regulamentario para que ningún suxeito parlamentario valore a existencia de motivos infundados na disconformidade da

²⁵ *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997.

²⁶ Tal é o caso singular da lexislación dos matrimonios homosexuais nos Estados Unidos. L. Kramer: «Same-sex marriage, Conflict of laws, and the unconstitutional public policy exception», *Yale Law Journal*, 106, 1965 (1997).

Xunta de Galicia. Penso que unha reforma regulamentaria para incorporar o substancial do réxime xurídico asturiano nesta materia sería moi afortunada.

1.2. A fase constitutiva

Atopámonos nun momento central no procedemento legislativo que será decisivo para determinar a calidade do texto normativo. Como lembra Punset²⁷, unha boa factura normativa depende do tratamento que se lles outorgue aos textos e non doutras decisións de enxeñaría política ou constitucional.

O tratamento dos debates de totalidade nos proxectos de lei é moi semellante nos regulamentos de ambos os parlamentos. Polo tanto, existe unha intervención dos grupos, autores das emendas que dan lugar ao posicionamento dos restantes a favor ou en contra, se ben no caso galego explíctase, ademais, a existencia dunha rolda de portavoces que non esixe a manifestación previa da postura que se vai tomar no debate.

Unha vez rematada a deliberación o presidente somete a votación as emendas á totalidade defendidas, comezando por aquelas que lle propoñan a devolución ao proxecto do Goberno. En ambos os casos, se o Pleno da Cámara acorda esa devolución o texto queda rexeitado e o presidente do parlamento comúncallo ao presidente do executivo. Obviamente, en caso contrario, o procedemento continúa a súa tramitación. A devolución do texto ao Goberno pode poñer de manifesto un posicionamento político que dentro do Gabinete da Presidencia se interprete dun xeito moi diferente do que se entenda no seo do Departamento sectorial no que tivera nacido o proxecto de lei. Trátase, como apunta López Guerra²⁸, da existencia de certas confusións ou friccións entre aparellos administrativos centrais e outros sectorializados e, xeralmente máis técnicos, que requiren dun axeitado mecanismo de coordinación.

No caso de que o Pleno aprobe unha emenda de totalidade con texto alternativo, este texto deberá publicarse no *Boletín Oficial da Cámara*, abríndose un novo prazo de dez días no caso asturiano para a presentación de emendas. En Galicia, ante o silencio do Regulamento haberá que interpretar que o prazo de presentación de emendas ao articulado será tamén de quince días seguindo a regra xeral.

²⁷ En concreto preocúpase por incidir na inutilidade das segundas cámaras como mellora na redacción das normas. «Razón e identidade del Senado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70, xaneiro-abril de 2004.

²⁸ «El Gobierno y su regulación: enfoques positivos y negativos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70, xaneiro-abril de 2004. Tamén resulta de interese o traballo de Luis Ortega: «El Gabinete del Presidente del Gobierno» en VV.AA.: 1812-1992. *El Arte de gobernar*, Madrid, 1992.

Superado o debate plenario, ten lugar o tratamento do texto legislativo na Comisión. Esta nomea no seu seo unha *ponencia* para que á vista do texto e das emendas presentadas redacte un informe. Dúas son as diferenzas que se poden apreciar na regulación xurídica dos dous parlamentos que me ocupan. En primeiro lugar, a *ponencia* pode ser individual ou colexiada, namentres que no caso asturiano non se refire expresamente á posibilidade do relator unipersoal. Por outra banda, o prazo para a redacción do informe da *ponencia*, incumplido xeralmente no caso galego, é de sete días en Asturias, se ben a Mesa da Cámara pode prorrogalo por non máis do dobre cando a transcendencia ou complexidade do proxecto o requira.

O debate en comisión realízase en ambas as dúas cámaras artigo por artigo, podendo facer en cada un deles uso da palabra os emendantes ao artigo e os membros da Comisión. Igualmente, as emendas que fosen presentadas en relación coa exposición de motivos debateranse ao remate do articulado, e así, se a Comisión acorda incorporar a devandita exposición de motivos como preámbulo, esta incorporación producirase tendo en conta os cambios feitos no articulado. En ambos os dous parlamentos admítense as emendas transaccionais, definidas como aquelas que se presentan por escrito por un membro da Comisión e que tenden a acadar un acordo de aproximación entre as xa formuladas e o texto do artigo. Estas emendas son distintas daquelas que teñen por finalidade, exclusivamente, a reparación de erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas ou gramaticais.

O desenvolvemento da elaboración do ditame da Comisión substanciase dun xeito moi semellante en Asturias e en Galicia, outorgándoseles facultades na dirección dos debates aos presidentes das comisións e tamén para a ordenación na discusión dos artigos. Singular particularidade, e digna ao meu xuízo de ser considerada, é a establecida no artigo 145 do Regulamento da Junta General asturiana. Nese lugar dispónse que a Comisión, a petición de dous grupos parlamentarios, poderá asumir o informe da *ponencia*, e elevar como ditame, ao Pleno da Cámara, o texto do proxecto que este informe se propón²⁹. Esta posibilidade non existe no caso galego e poderá evitar, por estériles, o tratamento en comisión de debates suficientemente consensuados. Estas diferenzas na regulación son perfectamente admisibles e aparecen tamén no estudo dos modelos de descentralización política recentes coma o británico.³⁰

²⁹ Arce Janáriz sinala que este procedemento é práctica ininterrompida dende a II lexislatura da Junta General do Principado. *Teoría y Práctica de la Junta General del Principado de Asturias*, Madu Ediciones, xaneiro, 2003, páxina 133.

³⁰ Así, R. Rawlings, *Delineating Wales, constitutional, legal and administrative aspects of national devolution*, University of Wales Press, 2003.

A aprobación definitiva dos proxectos de lei polo Pleno da Cámara conta co antecedente necesario do prazo de 48 horas posterior ao remate do ditame en comisión para que, se así o desexan, os deputados e grupos parlamentarios comuniquen as emendas que, defendidas e votadas en comisión, e non incorporadas ao ditame, pretendan defender no pleno. O Regulamento asturiano é moito máis preciso, unha vez máis, ca o galego, xa que describe polo miúdo o concepto de voto particular. Establece que se no transcurso do debate en comisión resultara modificado o texto do proxecto de lei, os deputados e grupos parlamentarios poderán formular no prazo de 48 horas os correspondentes votos particulares no apoio do texto do proxecto que resulte modificado, para os efectos de ser defendidos ante o Pleno. Este mecanismo pode presentar certas reticencias se é empregado para enmascarar a auténtica responsabilidade da redacción última das normas. Apunta con acerto Richard B. Stewart³¹ que un aspecto esencial nas novas vías de regulación xurídica que xorden na actualidade é a da correcta identificación da responsabilidade das normas, que a xuízo do autor citado, debe recaer sempre sobre electos, algo do que nunca haberá dúbida no sistema actual nas nosas comunidades autónomas.

O debate plenario iníciase pola presentación do texto a debater. No caso galego, o ditame da Comisión preséntase polo presidente desta, ou polo deputado en quen delegue por un tempo de dez minutos. Diferentemente, en Asturias, a presentación da iniciativa do Consello de Goberno pode facerse por un membro deste, normalmente un conselleiro, quedando a presentación do ditame para calquera deputado da Comisión se así o acordara. As quendas das dúas defensas non poden exceder de quince minutos candansúa. De non existir votos particulares nin emendas, dispónse na Cámara asturiana que o presidente someterá a votación o ditame na súa totalidade.

As facultades do presidente da Cámara para ordenar o debate plenario inclúen no caso asturiano as de agrupar debates e votacións por artigos, por materias, grupos de artigos ou de emendas, cando o aconselle a complexidade do texto, a homoxeneidade ou interconexión da pretensión das emendas, ou a maior claridade na confrontación política das posicións. Obsérvase, aquí, que o dereito parlamentario asturiano achega máis criterios para o exercicio das potestades discretionais para a Presidencia da Cámara, sendo o Regulamento galego moito máis lacónico ao respecto.

As medidas antiobstrucionistas son claramente incorporadas no procedemento legislativo de Asturias, e así se establece que, previa audiencia

³¹ «Il diritto amministrativo nel XXI secolo», *Revista trimestrale di diritto pubblico*, n° 1, 2004, páxina 22.

da Mesa e da Xunta de Portavoces, o presidente da Cámara poderá fixar de antemán o tempo máximo de debate dun proxecto, distribuíndo, en consecuencia, entre as intervencións previstas e procedéndose, unha vez esgotado, ás votacións que quedaran pendentes³². Ademais, e co parecer favorable da Mesa e da Xunta de Portavoces, a Presidencia pode fixar para cada grupo unha quenda, de duración máxima de 15 minutos, para a defensa conxunta das súas emendas ou votos particulares, ou para fixar posición en relación co texto do ditame da Comisión. Estas facultades que a Presidencia pode utilizar para contrarrestar o papel da oposición parlamentaria veñen a demostrar a visión realista do procedemento legislativo de autores como Requejo Pagés³³ que admiten, sen dúbidas, que no noso actual sistema constitucional a titularidade da potestade legislativa non reside abstractamente nas cámaras parlamentarias, senón no conxunto Goberno/maioría parlamentaria, auténtico órgano complexo, non formalizado ao que lle corresponde a dirección política efectiva.

Contan de xeito igual os presidentes dos parlamentos galego e asturiano coa posibilidade de admitir emendas coa finalidade de subsanar erros ou incorreccións técnicas, terminolóxicas e gramaticais. Caben, tamén, as, xa mentadas en comisión, emendas transaccionais, que comportan a retirada das emendas sobre as que se transacciona.

Existe a posibilidade en ambas as cámaras de que se o texto resultante do debate plenario fose incongruente ou escuro nalgún dos seus puntos, a Mesa da Cámara, por iniciativa propia, ou a petición, no caso galego, da Comisión e, no caso asturiano, da Mesa da Comisión, envíe o texto aprobado polo pleno de novo á Comisión competente para que efectúe unha redacción harmónica do texto que deixe a salvo os acordos do Pleno. Unha vez máis o prazo é máis curto no Regulamento asturiano (15 días), fronte aos 30 que concede o Regulamento de Galicia.

O ditame feito pola Comisión someterase á decisión final do Pleno, que o deberá aprobar ou rexeitar, no seu conxunto, nunha soa votación. Agora ben, en Asturias, se a votación fose contraria ao ditame redactado pola Comisión, deberá procederse a unha nova redacción no prazo de quince días, continuándose despois cos trámites anteriormente estableci-

³² Ademais, non se poden perder de vista as medidas sancionadoras que fican nas mans da Presidencia e da Mesa. Para un estudo polo miúdo *vid.* o meu traballo: «Las sanciones por incumplimiento de los deberes parlamentarios», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 9, 2000, páxinas 317 e seguintes.

³³ «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70, 2004, páxina 83. Tamén resulta de interese: R. Blanco Valdés: «Control parlamentario, oposición política y alternancia en el Estado de Partidos (una reflexión a partir de la experiencia española)», en A. Monreal (ed.): *La división de poderes: el Gobierno*, ICPS / Universidade de Lleida, Barcelona, 2000.

dos. Como se pode comprobar, existe unha segunda oportunidade para a redacción harmónica dos proxectos.

No tocante á posibilidade da retirada dos proxectos e proposicións de lei, o réxime xurídico é moi semellante en ambas as cámaras pois o Goberno pode retirar os proxectos en calquera momento da súa tramitación ante a Cámara sempre que non recaera o acordo final desta, e, pola súa banda, o propoñente dunha proposición de lei poderá retirala antes do acordo de toma en consideración, pois do contrario sería preciso un acordo plenario ao respecto, xa que se entende que a iniciativa deixou de pertencer ao propoñente para depender da vontade do Pleno. Esta última presunción é problemática cando estamos a falar dunha iniciativa lexislativa de orixe popular, pois neses casos a desvinculación que se produce entre os autores da proposición (os cidadáns) e os suxeitos lexitimados para a retirada resulta en ocasións rechamante. É, polo demais, unha problemática, a da separación entre representante e representados, que se atopa de actualidade non só no noso contorno, e así, no ámbito anglosaxón, poden escoitarse voces como a de Joan Sheldon³⁴ que postulan o reforzamento dos instrumentos que garantan esa vinculación entre os distintos suxeitos da relación representativa.

1.3. Breve referencia á integración da eficacia

Finalmente, hai que subliñar que o Regulamento asturiano trata da fase final da tramitación das leis, no artigo 151 no que se establece que as leis aprobadas polo Parlamento serán de inmediato publicadas no *Boletín Oficial da Cámara*, e remitidas ao presidente do Principado para os efectos previstos no Estatuto de autonomía. Esta disposición, lonxe de ser banal, evitaría retrasos inxustificadas na publicación das normas autonómicas que en ocasións poden obedecer a razóns espurias que hai que tratar de erradicar. No caso galego non existe disposición regulamentaria semellante e penso que sería unha modificación de interese. Ao meu parecer, non se deben desbotar neste eido vías de participación dos cidadáns que a través de mecanismos telemáticos, como os creados no Parlamento escocés³⁵, poidan demandar dos poderes públicos o cumprimento dun deber tan esencial como é a pronta publicación das leis. Esta vía será moito máis efectiva que a sempre lenta do control xurisdiccional.

Por outra banda, é preciso citar a Lei 1/1985, do 4 de xuño, reguladora da publicación das normas no Principado de Asturias, posto que se é unha

³⁴ «Protecting the integrity of communications between MPs and their constituents», *The Parliamentarian*, 2004, n° 2, LXXXV, páxina 138.

³⁵ Michael McMahon: «E-petitioning the Scottish Parliament», *The Parliamentarian*, 2004, n° 3 LXXXV, páxina 236.

disposición moi oportuna e que *lege ferenda* debería existir en todos os ordenamentos autonómicos. No seu capítulo II ocúpase da publicación das leis aprobadas pola Junta General do Principado, establecendo que serán promulgadas en nome do rei polo presidente do Principado e describindo a fórmula promulgatoria que difire notablemente da prevista no caso galego. Ademais, contéñense certas prevencións de técnica normativa, que entendo de sumo interese, tales como a identificación das leis autonómicas como *Leis do Principado de Asturias* e a obriga de que sexan identificadas ordinalmente, asignando a cada unha un número correlativo referido ao ano en que resulten aprobadas.

Tanto en Galicia coma en Asturias non se require a sanción rexia das leis, como esixe o artigo 91 da Constitución para as estatais. Esta ausencia é valorada por Arce Janáriz³⁶ quen opina que non deixa de ser, a sanción no caso estatal, unha adherencia histórica da monarquía, «un simple vestixio histórico do que xa non pode ser».

2. As especialidades no procedemento lexislativo

2.1. Leis de desenvolvemento estatutario

En relación con estas leis previstas no articulado dos estatutos de autonomía o dereito parlamentario galego entra a regular a iniciativa establecendo que, podendo seguir os criterios xerais dispostos no artigo 110 do Regulamento parlamentario, tamén é posible instrumentala a través dun procedemento singular. En efecto, en Galicia é posible que a Mesa, de acordo coa Xunta de Portavoces e logo da iniciativa de dous grupos parlamentarios ou dunha quinta parte dos deputados, poida decidir que nesas materias a iniciativa parlamentaria sexa exercida polos grupos parlamentarios. É a vía coñecida na xerga parlamentaria como da *ponencia conxunta*³⁷, que consiste en que a comisión competente nomee no seu seo unha *ponencia* para que elabore o texto da proposición de lei, que terá que ser sometida, posteriormente, aos trámites da publicación e presentación das emendas habituais.

³⁶ *Teoría y Práctica de la Junta General del Principado de Asturias*, Madu Ediciones, xaneiro, 2003, páxina 135.

³⁷ Ao meu xuízo, nestas leis que acadan un carácter máis simbólico ou «autoidentificador» é onde a participación da sociedade no procedemento lexislativo se presenta como máis necesaria, coa finalidade de evitar o progresivo distanciamento entre o pobo e o poder lexislativo. Así, o documento no meu traballo: «Descrédito de lo político y respuesta social: la juridificación del voluntariado en el Estado autonómico» na obra colectiva *Ciudadanía y política*, X Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, 2004, páxinas 101 a 113.

A concomitancia na tramitación desta clase de iniciativas prodúcese cando se analizan as especialidades na votación. En efecto, dispón o artigo 127 do Regulamento galego que a aprobación destas leis require o voto favorable da maioría absoluta dos membros do Parlamento nunha votación final de totalidade, de igual xeito que prevé o artigo 156 do Regulamento asturiano. A única diferenza destacable é que no caso de non conseguir a citada maioría a comisión competente deberá emitir un novo ditame no prazo dun mes en Galicia, que se reduce a quince días en Asturias.

No caso galego explicitase, ademais, dun xeito totalmente innecesario, pois así ocorre sempre consonte o principio de paralelismo das formas, que a modificación ou derogación das leis de desenvolvemento básico do Estatuto de Galicia igualmente require en todo caso o voto favorable da maioría absoluta dos membros do Parlamento nunha votación final de totalidade.

2.2. A reforma do Estatuto de autonomía

É un procedemento lexislativo que, ademais, está de grande actualidade polo momento político de reformulación do Estado autonómico que se está a vivir nestes momentos. Non podemos esquecer, como lembra Pérez-Calvo³⁸, o carácter dispositivo do principio autonómico, que supón non só a voluntariedade do acceso á autonomía, senón tamén a liberdade de configuración do texto estatutario dentro das marxes previstas na Constitución.

A regulación galega é moi lacónica limitándose a establecer que os proxectos e proposicións de reforma estatutaria á que se refiren os artigos 56 e 57 do Estatuto se tramitarán coas normas establecidas nos artigos do regulamento referidos ás leis de desenvolvemento estatutario, pero para seren aprobados será preciso o voto favorable dos dous terzos dos membros de dereito do Parlamento. Aprobado, así, o proxecto de reforma, o presidente do Parlamento remitirállelo ás Cortes Xerais para a súa tramitación como lei orgánica. Obviamente, a singularidade esencial da tramitación da reforma estatutaria no caso galego é a existencia dun *referéndum* popular que, como ten sinalado recentemente F. Laporta³⁹ para o procedemento de revisión constitucional, supón un instrumento que dificulta excesivamente a posibilidade de cambio nas regras do xogo político, no noso caso autonómico.

³⁸ «El Estado autonómico 25 años después de la Constitución», *Revista Jurídica de Navarra*, xullo-dembro de 2003, nº 36.

³⁹ «Las dos vías para la reforma de la Constitución», *Claves de Razón Práctica*, nº 145, setembro de 2004, páxinas 14 a 23.

Moito máis regulamentista é a descrición dos trámites no caso asturiano. Así, o artigo 160 da normativa da Junta General dispón que a iniciativa para a reforma corresponderá a unha cuarta parte dos membros do Parlamento, a dous terzos dos concellos asturianos ou ao Consello de Goberno, así como ao Goberno do Estado e ás Cortes Xerais. É unha regulación máis completa que non dá por suposto os mandatos e prescricións previstos no texto estatutario. Ademais, en Asturias, a reforma do Estatuto substánciase consonte as regras do procedemento lexislativo ordinario, isto é, non se produce a remisión que observabamos no caso galego para as leis de desenvolvemento estatutario. Soamente son subliñables dúas especialidades. Por unha banda, o prazo de presentación de emendas será de trinta días e, por outra, o Pleno que coñeza esta materia terá carácter específico e monográfico. Ambas as especialidades son merecentes dunha valoración positiva pois realzan o asunto en cuestión e permiten a necesaria solemnidade dunha reforma deste alcance.

O *quórum* de aprobación da reforma do Estatuto é en Asturias máis doado de acadar ca en Galicia, pois só se esixe a maioría de tres quintos e iso sempre que non se trate sinxelamente de ampliar as competencias nos termos previstos no Estatuto de autonomía.

2.3. A Lei anual de orzamentos da Comunidade autónoma

Dicía Beniamino Caravita⁴⁰ que no Parlamento italiano se fai cada vez máis necesario posibilitar espazos de debate e consulta de carácter non vinculante, espazos que superen a dialéctica maioría-minoría e que sitúen o papel dos parlamentarios, tamén, fóra dos escenarios tradicionais da información e do control político. Penso que o procedemento orzamentario é, no noso contorno, o exemplo máis acaído de debate político no que as posicións das maiorías e minorías se presentan como inmutables e, non sendo nos gobernos de coalición, no que esta función consultiva se fai máis necesaria.

Na delimitación do obxecto do procedemento lexislativo especial, o dereito parlamentario de Galicia é máis previsor pois di que as disposicións descritas para a tramitación e aprobación dos orzamentos son tamén de aplicación para os dos entes públicos da Xunta de Galicia, para os que a lei establece a necesidade de aprobación parlamentaria. Aínda que nada di o Regulamento asturiano entendo esta regra como implícita tamén para o dereito orzamentario na Junta General do Principado.

A titularidade da iniciativa para a presentación ante o Parlamento desta lei está moito mellor delimitada no caso asturiano ca no galego. En efecto,

⁴⁰ «Il ruolo del Parlamento in sede consultiva sugli atti normativi di altre autorità», *Quaderni Costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, nº 1, 2004, páxina 114.

así como o Regulamento da Junta General establece taxativamente que é o Consello de Goberno o competente para a elaboración do proxecto de lei de orzamentos, no caso galego, quizais pola existencia dunha declaración estatutaria ao respecto no artigo 53.1º, non se explicita tal cuestión no Regulamento. De xeito máis preciso, tamén se establece que, aínda con incumprimentos reiterados na práctica, o proxecto de orzamentos debe chegar á Junta General antes do último trimestre de cada ano.

En ambos os parlamentos autonómicos o procedemento lexislativo para a aprobación dos orzamentos é o ordinario, sen prexuízo das peculiaridades que a seguir se describen. En primeiro lugar, existe unha declaración de prioridade para os orzamentos que non obsta para que no caso asturiano se impida, expresamente, a tramitación mediante o procedemento de urxencia, se ben, no caso galego, esta limitación podería estar na mente do autor do Regulamento cando se remite o procedemento lexislativo común, pois este non é urxente con carácter xeral. Cómpre afirmar que a presenza do executivo da elaboración do orzamento é moito maior ca en calquera outra lei, producíndose aquí máis ca en ningún outro punto as mesturas que no réxime parlamentario apuntara Carré de Malberg⁴¹, pois as interferencias veñen a supoñer unha negación da pureza na separación dos poderes.

O tratamento das emendas é semellante, pois, aquelas que supoñan un aumento de créditos nalgún concepto unicamente poderán ser admitidas a trámite se, ademais de cumprir os requisitos xerais, propoñen unha baixa de igual contía na mesma sección. As que supoñan unha minoración dos ingresos serán cualificadas como emendas á totalidade no caso asturiano, mentres que en Galicia serán simplemente remitidas á Xunta para que emita un informe sobre estas no prazo de quince días.

Respecto do debate de totalidade as diferenzas son máis relevantes. Así, no caso asturiano explicitase que deberá ter carácter plenario sempre, namentres que en Galicia se di que o debate será único, acumulándose neste tanto as emendas que postulen a súa devolución global coma calquera sección ou centro xestor de gasto. O dereito parlamentario galego é moito máis limitativo coas facultades presidenciais para a ordenación do debate plenario pois precisa o tempo «proporcional» de entre trinta e corenta e cinco minutos para que os grupos defendan as súas emendas, outorgándolle só a estas emendas efectos devolutivos para o proxecto. Esta proclamación non obsta para que, de igual xeito que fai o asturiano, admita as facultades de ordenación do debate e das votacións do xeito que mellor se axeite á estrutura do orzamento en favor dos presidentes do Parlamento e da Comisión, de acordo coas súas respectivas mesas.

⁴¹ *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Recueil Sirey, t. II.

En Galicia prevese que o debate das emendas que afecten á contía global dos estados dos orzamentos ou que transfiran créditos entre as seccións será posterior ao devolutivo e fíxase un tempo «proporcional» de entre quince e trinta minutos para a súa defensa por parte dos grupos parlamentarios. Os dous ordenamentos parlamentarios establecen que este debate se refira ao articulado e ao estado de autorización de gastos, sen prexuízo do estudo doutros documentos que deban acompañar a aquel.

No tocante ao debate final dos orzamentos o réxime xurídico é idéntico. Sempre será plenario e deberá diferenciar o conxunto do articulado da lei e cada unha das súas seccións.

2.4. A descentralización das potestades lexislativas

Unha das carencias que Sartori⁴² ten apuntado respecto do papel do parlamento contemporáneo fai referencia á súa incapacidade para facer fronte, coa celeridade esixible, á demanda de produción lexislativa cos seus medios materiais e persoais. Ante este delicado papel algunhas cámaras parlamentarias⁴³ tentan de incrementar a rapidez dos seus traballos mediante a atribución de facultades lexislativas plenas ás comisións, pero esta mecánica non está exenta de problemas no parlamentarismo autonómico.

A competencia lexislativa plena nas comisións parlamentarias é unha vía para a descentralización do exercicio da función lexislativa que non existe no caso asturiano, atendendo, ao meu xuízo, a sólidas razóns que fan descansar o papel das comisións no procedemento lexislativo na celebración de audiencias e comparecencias de responsables públicos e da sociedade civil.

En Galicia esta forma de aprobación das leis só existe na letra do Regulamento pois na práctica non se ten tramitado ningunha lei sen coñecemento definitivo do Pleno da Cámara⁴⁴. A regulación galega é moi semellante á prevista no Congreso dos Deputados e parte da delegación adoptada polo Pleno da Cámara por maioría de dous terzos, a proposta da Mesa, de acordo coa Xunta de Portavoces, ou por iniciativa desta. Límitase a tramitación pois non é posible nas leis de desenvolvemento estatutario e nos casos de reforma do Estatuto de autonomía.

⁴² G. Sartori: «L'avenir des Parlements», *Bulletin SEDEIS*, n° 74, 1964, páxina 31.

⁴³ É o caso de parlamentos recentes como o de Gales que vén de crear no ano 2000 o novo procedemento acelerado. Cfr. Andrew George e Adrian Crompton: «Analysing the progress of a first Legislature», *The Parliamentarian*, 2004, n° 2 LXXXV, páxina 242 e seguintes.

⁴⁴ Tal e como se pode comprobar nas crónicas parlamentarias que teño publicado. Así, «Primer año de actividad en la III Legislatura del Parlamento de Galicia», *Revista de las Cortes Generales*, n° 22, 1991.

O dereito parlamentario de Galicia prevé que en todo momento o Pleno pode reclamar o debate e votación de calquera proxecto ou proposición de lei que fose obxecto de delegación, e para iso a iniciativa pode ser tomada pola Mesa da Cámara, por dous grupos parlamentarios ou por unha quinta parte dos deputados. Establecéndose como supletoria a regulación do procedemento lexislativo ordinario, en Galicia é obrigado, neste procedemento, que a *ponencia* que nomee a Comisión estea formada por un membro da Comisión pertencente a cada grupo parlamentario, o que exceptúa a regra xeral da posibilidade da *ponencia* unipersoal ou paritaria. Polo demais, a *ponencia* elaborará os seus traballos de xeito ordinario e o debate en comisión seguirá as previsións contidas no Regulamento para o Pleno.

Distinta natureza ten a modalidade lexislativa coñecida como tramitación en lectura única. Os orzamentos dos que se parte tanto en Asturias coma en Galicia son moi semellantes: a natureza dun proxecto (ou proposición no caso da Junta General do Principado) o aconsella ou a simplicidade da súa formulación o permita é unha decisión plenaria sobre a tramitación «directa» da iniciativa.

Diferenzas que xorden cando se analiza a maioría necesaria para a adopción do acordo, que en Galicia en ausencia de prescrición especial será a simple, pois en Asturias é a de dous terzos, e tamén na análise do procedemento, pois no caso galego é necesaria a audiencia da Xunta de Portavoces para a formulación da proposta ao Pleno por parte da Mesa, cuestión descoñecida en Asturias.

Pero sen ningunha dúbida, as diferenzas substanciais, que incluso fan que me pregunte a identidade dos procedementos de igual xeito denominados, aparecen cando se contempla o momento procesual no que o acordo de tramitación é adoptado. En efecto, no Parlamento de Galicia este acordo é previo namentres que na Junta General só se pode adoptar tras a admisión do proxecto ou a toma en consideración da proposición, así como unha vez rematado o prazo de presentación de emendas se non se presentara ningunha. Presúmese, pois, no caso asturiano do sometemento da iniciativa lexislativa ao procedemento ordinario, precisándose un pronunciamento expreso da Cámara despois da substanciación inicial do proxecto ou proposición de lei⁴⁵.

Obtido o criterio favorable do Pleno en ambos os parlamentos procédese a un debate que se axusta aos denominados *de totalidade*, sometén-

⁴⁵ No caso galego límitase, pois, o dereito de emenda dun xeito que ten sido admitido expresamente polo Tribunal Constitucional español na súa sentenza 27/2000, do 31 de xaneiro. Cfr. co meu libro: *O estatuto de Galicia. 20 anos de parlamento de xustiza constitucional*, Vigo, Edicións Xerais, 2003, páxina 57.

dose posteriormente o conxunto do texto a unha soa votación. En Asturias prevese que este debate final se celebre de xeito subseguinte (na mesma sesión) ao acordo do pleno no que se admite a lectura única. Resulta ociosa, ao meu parecer, a redacción do artigo 165.5 do Regulamento asturiano no que se dispón de xeito obvio que se o resultado da votación é favorable o texto quedará aprobado e, no caso contrario, quedará rexeitado.

2.5. Os procedementos lexislativos ante as Cortes Xerais

A relación entre os poderes lexiferantes nun Estado composto é un dos eixes para que unha estrutura política territorialmente descentralizada poida acadar éxito. Nesta liña pronúncianse os estudosos que como Michael Cole⁴⁶ teñen escudriñado os miolos de réximes nos que recentemente se teñen operado procesos de *devolution* política. Penso que no Estado español esta relación entre poderes políticos aínda se presenta como máis necesaria tendo en conta os relevantes problemas de desvertebración social que restan por solucionarse, e que só poden ser abordados dende unha colaboración franca entre os suxeitos políticos centrais e os periféricos⁴⁷.

Un mecanismo de colaboración institucional de tanto relevo coma o previsto no artigo 87.2 da Constitución recibe un tratamento moi cativo nos regulamentos asturiano e galego. En efecto, na Junta General do Principado dise que se tramitarán tales iniciativas polo procedemento lexislativo ordinario (igual ca en Galicia) e que serán aprobados nunha votación de totalidade por maioría absoluta da Cámara. A expresión do Regulamento galego que fala dunha aprobación «en derradeira votación» non aclara se está a esixir unha votación conxunta do texto como no caso asturiano.

Así, aprobada a iniciativa é preciso que unha representación da Cámara autonómica a defenda ante o Congreso dos Deputados e para a designación dela establécese que cada deputado escriba un nome na papeleta correspondente. Resultarán elixidos, ata un máximo de tres, no número previamente fixado polo Pleno por maioría absoluta no caso galego e por maioría simple na Junta General, os deputados que obteñan máis votos. En Galicia, no caso de posible empate, a votación repetiríase entre os que obtivesen o maior número de votos, se ben non se achega

⁴⁶ «Local Government Reform In Britain 1997-2001: national Forces and international trends», *Government and Opposition*, volume 38, nº 2, primavera de 2003, páxina 181 e seguintes.

⁴⁷ Para un estudo destas problemáticas paréceme atinado o traballo de José Cazorla Pérez: «Las desigualdades regionales en España», *Sistema*, setembro de 2004, páxinas 3 a 24.

solución para o caso de que non se resolva a votación, aspecto que a Junta General se refire no seu artigo 48, no que se establece que se considerará elixido o candidato proposto pola formación política máis votada nas eleccións autonómicas.

Este mecanismo de colaboración non ten desenvolvido todas as potencialidades que pode acadar no noso sistema constitucional, sobre todo, tendo en conta, como lembra Arnaldo Alcubilla⁴⁸, a admisión expresa que o Tribunal Constitucional ten afirmado (entre outras na súa sentenza 137/1986 do 6 de novembro) que as leis ordinarias poden completar as disposicións das orgánicas para conseguir unha disciplina integral e articulada do ámbito do que se trate. Dende esta perspectiva, os parlamentos autonómicos poden estar lexitimamente en alerta para tentar personalizar, ás súas realidades xurídicas e sociais, mandatos xenéricos establecidos nas leis orgánicas aprobadas polas Cortes Xerais.

Finalmente, cómpre subliñar que, ao xuízo máis estendido na nosa doutrina, a vía máis acaída de colaboración entre os parlamentos autonómicos e o central tería a súa manifestación nunha vehiculización da vontade autonómica ante o Senado, un intento que, polo demais, está de actualidade, tamén, como apunta Vincenzo Baldini⁴⁹, en Italia coas últimas reformas federalizantes do Senado.

3. A lexislación delegada

Como ten apuntado Bastida Freijedo⁵⁰, o Consello de Goberno asturiano non ten atribuída a potestade de ditar decretos-lei, isto é, lexislación de urxencia, e ata 1999 tampouco o Estatuto de autonomía prevía a figura do decreto lexislativo. A situación é, polo tanto, ben diferente da galega onde dende 1981 o noso Estatuto fixou a existencia da lexislación delegada no seu artigo 10.1 letra a).

En Asturias existe unha declaración inicial sobre as materias sobre as que se pode realizar a delegación lexislativa, exceptuándose, expresamente, as leis de desenvolvemento estatutario, a Lei de orzamentos, a reforma do Estatuto de autonomía e a elaboración das proposicións e proxectos que se presenten ante o Congreso dos Deputados. Igualmente, exceptúanse todas aquelas que, con carácter xeral, necesiten para a súa aprobación a maioría absoluta.

⁴⁸ *El poder legislativo estatal en el Estado autonómico*, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 2003, páxina 27.

⁴⁹ «La proposta di riforma del senato federale: un'abiura del modello-bundesrat», *Quaderni Costituzionali. Revista Italiana di Diritto Costituzionale*, 3/2004, Il Mulino, páxina 610 e seguintes.

⁵⁰ Cfr.: *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*, Op. cit. supra, páxina 598.

No caso galego, o Regulamento do Parlamento dispón que a Xunta, en canto fixese uso da delegación prevista no artigo 10.1 do Estatuto de Galicia, dirixiralle ao Parlamento a correspondente comunicación, que conterá o texto articulado ou refundido obxecto daquela e que será publicado no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*. A regulación asturiana é moi semellante neste punto. Penso que, no caso das refundicións normativas, se podería relaxar o réxime de control, pois contribúen notablemente á seguridade xurídica dos cidadáns e cos medios informáticos existentes na actualidade resulta realmente sinxelo comprobar se a refundición respecta ou non os termos da autorización parlamentaria⁵¹.

A relación que se crea entre o Parlamento autonómico e o Goberno con motivo da aprobación dunha delegación lexislativa ten unhas dimensións moi relevantes que, quizais polo escaso número destas no Estado autonómico, non se ten analizado coa suficiente demora. En efecto, entendo, como Boix Palop⁵², que a articulación de limitacións xurídicas constitucionalmente impostas aos órganos representativos ten permitido superar moitos problemas que tradicionalmente presentaba a especial posición do lexislador no marco do equilibrio entre os poderes públicos. Deste xeito, na actualidade, existe un ámbito da relación entre o ente delegante (a Cámara) e o delegado (o Goberno) que pode caer dentro das competencias de control do Tribunal Constitucional, coas importantes consecuencias xurídicas e políticas que isto trae consigo⁵³.

Cando, de conformidade co establecido no artigo 10.1 do Estatuto de autonomía de Galicia, as leis de delegación establecen que o control adicional da lexislación delegada o realice o Parlamento galego, procederase conforme o establecido no Regulamento parlamentario, que establece un réxime moi semellante ao da Junta General e que a seguir se describe.

En primeiro lugar, no caso de que no mes seguinte á publicación do texto articulado ou refundido ningún deputado ou grupo parlamentario formulase obxeccións, entenderase que a Xunta fixo uso correcto da delegación lexislativa.

Se dentro do referido prazo se formulara algún reparo á delegación en escrito dirixido á Mesa do Parlamento, esta remitirallo á correspondente Comisión da Cámara, que deberá emitir ditame ao respecto no prazo que para o efecto se sinala.

⁵¹ Sobre as vantaxes que supón a utilización de medios informáticos nos modernos parlamentos pode consultarse o traballo de François Côté: «Institutions parlementaires et cyberdémocratie», *Revue parlementaire canadiense*, nº 1, outono de 2004, páxinas 25 e seguintes.

⁵² *Las Convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004, páxina 36.

⁵³ Para un estudo atinado do labor do Tribunal Constitucional pode consultarse o traballo de Francisco Rubio Llorente: «El Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, maio-agosto, 2004, páxinas 11 e seguintes.

O ditame será debatido no Pleno da Cámara consonte as normas xerais do procedemento legislativo. En Asturias precísase que cada observación se considerará como unha emenda. Os efectos xurídicos de control serán os previstos na Lei de delegación. Arce Janáriz⁵⁴ sinala que, unha vez ditados polo Consello de Goberno, os decretos legislativos serán remitidos á Junta General, pero o control que esta pode exercer sobre o uso que o Consello de Goberno fixera da delegación o será soamente de oportunidade e non afectará á vixencia daqueles decretos.

Tanto en Galicia coma en Asturias son moi escasos os supostos de legislación delegada, limitándose case que, exclusivamente, a aspectos orzamentarios ou tributarios⁵⁵. 

⁵⁴ *Teoría y Práctica de la Junta General del Principado de Asturias*, Madu Ediciones, xaneiro, 2003, páxina 150.

⁵⁵ Para unha análise do caso galego pode consultarse o meu manual: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais, Vigo, 2001, páxina 188.



**CRÓNICA
ADMINISTRATIVA**

II CURSO DE VERÁN SOBRE O RÉXIME DO PLANEAMENTO URBANÍSTICO NO DEREITO ESPAÑOL E COMUNITARIO

Oleiros, 29 de xullo de 2004

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

«Necesario es, pues, desentenderse completamente de la ciudad antigua y no tenerla presente más que para conocer defectos y evitarlos. No nos empeñemos en sujetar las nuevas calles a la dirección de las existentes como no sean las más principales que se hallen, ya según la dirección de los vientos más saludables o en el sentido de la dirección general del movimiento establecido o que pueda establecerse en lo sucesivo. Hágase un ensanche que facilite la unión de la ciudad actual con sus arrabales apiñados alrededor de la zona militar y diese a su ensanche y extensión que permitan al caserío distribuirse de una manera análoga al de las poblaciones fundadas por nuestros ilustres abuelos en el continente americano» (Cerdá, *Teoría de la construcción de las ciudades aplicada al Proyecto de Reforma y Ensanche de Barcelona*, 1859).

1. Introducción¹

¿A quen debe corresponderlle o protagonismo na execución dos plans: aos propietarios, aos promotores, aos concellos, ás comunidades autónomas,...? Confrontáronse neste curso os distintos sistemas nacionais

¹ Esta crónica ofrece algunha reflexión de alcance xeral sobre a norma en cuestión, procurando que impere a brevidade e a claridade por riba da exhaustividade, ao tempo que se examinan as principais consecuencias que achegan as innovacións por ela introducidas. Están escritas coa tranquilidade que proporciona saber que hai outros estudos monográficos sobre todas e cada unha das prescricións normativas, así como o ánimo de achegar elementos para a comprensión ou discusión sobre os diversos temas.

neste ámbito co obxecto de atopar conclusións de utilidade e interese. Na actualidade existe unha especial confusión sobre o modo idóneo de realzar un plan urbanístico e este *II Curso de verán* propuxo atopar solucións sobre esta controvertida cuestión².

² Como feito anecdótico, o mesmo día de celebración deste curso de verán, a Xunta de Galicia aprobou o proxecto de mellora da Lei do solo tras o ditame do CES. A Xunta espera que a lei poida estar aprobada a finais de ano e que entre en vigor en xaneiro de 2005.

As modificacións introducidas manteñen os principios básicos da lei, incorporando melloras puntuais consensuadas coa FEGAMP e con outros colectivos sociais. Estas modificacións veñen derivadas do acordo sobre o solo e a vivenda asinado polas comunidades autónomas e o Ministerio de Fomento; e o contido do novo marco da lexislación básica do Estado de medidas urxentes de liberalización do sector inmobiliario.

Este resultado é un texto que pretende abaratar o prezo da vivenda, mellorar a calidade da ordenación urbanística, promover a concentración da edificación nos núcleos rurais evitando a dispersión incontrolada da construción, axilizar os procesos de xestión urbanística e reforzar a autonomía municipal sen menoscabo das competencias da comunidade autónoma.

Solo rústico:

A nova lei posibilitará que os concellos teñan unha maior facilidade á hora de fomentar a súa expansión ordenada, sen minguar a protección establecida pola lexislación.

Unha das principais novidades reside na posibilidade de que os concellos poidan excluír do solo rústico de protección agropecuaria aqueles terreos lindeiros co solo urbano e as áreas de expansión dos núcleos rurais, aínda que foran obxecto de concentración parcelaria ou sexan montes veciñais en man común.

Deste xeito, os concellos de marcado carácter rural libéranse dalgúns impedimentos que limitaban o desenvolvemento das súas áreas de expansión e do solo urbanizable. Esta medida tan só poderá levarse a cabo a través do Plan Xeral de Ordenación Municipal.

As modificacións propostas por Política Territorial tamén flexibilizan os usos prohibidos no solo rústico de protección, posibilitando a construción de novos equipamentos e dotacións, tales como residencias, instalacións deportivas ou colexios, entre outros.

Os núcleos rurais:

O proxecto de lei incorpora procedementos específicos para delimitar os núcleos rurais e as súas áreas de expansión naqueles concellos que carezan de planeamento urbanístico ou o estean a tramitar, para facilitar a edificación ordenada aínda que o concello non dispoña de PXOM.

Permitirase restaurar e rehabilitar as edificacións tradicionais sen que deban suxeitarse ás condicións establecidas pola lei en materia de parcela mínima ou recuamentos, entre outras esixencias.

A Xunta flexibilizará as condicións de edificación en relación coas características estéticas, permitindo o emprego doutros materiais respectuosos cos valores naturais e paisaxísticos non especificados na actual lei.

Planeamento e xestión urbanística:

Co obxectivo de abaratar o prezo do solo, e polo tanto da vivenda, permitirase a venda do solo público unicamente mediante concurso en lugar de poxa e a Xunta terá o aproveitamento urbanístico do 100% do solo e non se verá obrigada a cederlles aos concellos o 10% dos terreos sempre que se trate de actuacións destinadas a vivendas de promoción pública, equipamentos públicos ou urbanización de solo para parques industriais. O 10% do solo deberá destinarse á construción de vivendas sociais.

A existencia dun axeitado planeamento urbanístico, entendido como instrumento de control público sobre o feito urbano, é un requisito necesario (se ben non suficiente) para asegurar un desenvolvemento ordenado das nosas cidades e do noso territorio e, consecuentemente, para a creación de ámbitos que respondan ás esixencias de calidade de vida dos cidadáns.

A existencia dun planeamento urbanístico é unha condición, sen dúbida, necesaria, pero que por si mesma non asegura a consecución dunha cidade e dun territorio que satisfagan as aspiracións da sociedade en canto á mellora do nivel de calidade de vida, ao desenvolvemento do sistema produtivo, ás posibilidades de acceso a unha vivenda digna e á preservación dos espazos naturais e do medio.

Neste sentido, o debate sobre a necesidade de mellorar a calidade do planeamento urbanístico (tanto desde o punto de vista do deseño do espazo urbano coma da creación de marcos para unha xestión ulterior viable) cobra un renovado interese nun momento como o presente no que se intensificaron os procesos de revisión e formulación do planeamento.

En todos os ordenamentos que foron obxecto de estudo deste curso de verán existen dous niveis de planeamento. No primeiro nivel sitúanse os plans indicativos de carácter directivo, estratéxico e programático que conteñen a ordenación xeral e as estratexias de desenvolvemento, non adoitando conter determinacións vinculantes para os propietarios, aínda que si para as administracións.

No segundo nivel estarían os plans operativos, no sentido de que inclúen a ordenación física urbanística propiamente dita do solo e que se traduce –en función do interese xeral– nos límites ao dereito da propie-

A lei permite o cambio de uso urbanístico de terreos destinados a equipamentos públicos, sempre que se empreguen para o financiamento de novas infraestruturas. Este tipo de operacións realizaranse mediante un convenio entre a Administración titular do solo, o concello no que está situado e a consellería competente en materia de ordenación do solo.

Competencias municipais:

Ábrese a posibilidade de delegar nos concellos a aprobación dos plans xerais de ordenación municipal e dos plans de protección, rehabilitación e mellora do medio rural, cando afecte só a un termo municipal, co informe preceptivo e vinculante da consellería; ademais de delegar as autorizacións de licenza para determinadas actividades agrarias e gandeiras no solo rústico.

As obras de conservación e as obras menores no solo rústico non precisarán autorización autonómica previa á obtención de licenza municipal e a FEGAMP participará na Axencia de Protección da Legalidade Urbanística e no xurado de expropiación da comunidade autónoma.

As delegacións de competencias para os concellos serán individualizadas, en función dos seus medios, tendo en conta que se poderán retirar no caso de non aplicarse adecuadamente.

dade e nas concrecións prescritivas e vinculantes para os propietarios. Polo tanto, os tipos ou clases de plans que integran un ou outro nivel varían en función da organización territorial pola que os niveis territoriais superiores elaboran plans do primeiro tipo e os inferiores do segundo tipo.

Pode dicirse que se cumpre unha sorte de regra segundo a cal, a maior proximidade aos cidadáns, o instrumento de planeamento contén unha ordenación máis precisa e, por conseguinte, crece a intensidade da súa vinculación directa á propiedade. Agora ben, entre uns e outros deben gardar, polo menos, a coherencia precisa para que se poida falar dun sistema. Os instrumentos dos que se serven os distintos ordenamentos para implementar esa coherencia poden ser moi variados (xurídicos ou extraxurídicos, en «fervenza» ou xerárquicos, de control da oportunidade ou legalidade, razoabilidade, etc.).

En todos os países que foron obxecto desta xornada, nos procesos de elaboración dos instrumentos de planificación establécense garantías expresas e precisas da participación dos cidadáns e tamén das outras administracións públicas interesadas. A este respecto, as formas e os procedementos de consulta interadministrativa van moi ligadas ao sistema territorial de goberno en cada país, segundo sexa federal, rexional ou centralizado. As maiores diferenzas residen, non na participación democrática cidadá na elaboración dos plans, similar en case todos eles, senón nos requisitos de exposición pública de cada licenza de edificación para recibir impedimentos ou aceptacións dos veciños. Tamén, nalgúns países, se arbitraron institucións para facer máis efectiva a participación, por exemplo, sendo un axente da autoridade non vinculado xerarquicamente á Administración urbanística que conduce a fase de audiencia e a elaboración dun informe final imparcial.

En liñas xerais, os procedementos de participación pública nos procesos de planeamento local, en case todos os países constitucionalizados ou continentais, teñen características moi similares, de aprobación administrativa local, información pública para recibir escritos de queixas ou obxeccións e unha nova aprobación definitiva polo órgano local e/ou polo órgano superior competente. As marxes de discrecionalidade política ou de oportunidade (non de legalidade) das administracións públicas para adoptar unhas ou outras propostas ou alegacións son sempre amplas. Como nota diferencial co sistema español cómpre aclarar que en varios países só poden alegar ou reclamar contra o plan local os que sexan propietarios ou residan na área, únicos titulares de dereitos, os interesados ou os afectados.

Así mesmo, en todos os ordenamentos xurídicos obxecto desta xornada cabe a modificación ou revisión do planeamento, polo menos seguindo o mesmo procedemento arbitrado para a súa aprobación e con respecto das garantías de participación de todos os interesados.

En todos os ordenamentos obxecto de estudo, a execución urbanística é responsabilidade da Administración municipal e, incluso, normalmente, a execución material da urbanización, se ben á conta dos propietarios beneficiados. Pode contemplarse a colaboración dos particulares na execución ou pode negociarse os termos da execución, pero a responsabilidade última da decisión e dos contidos é, en todo caso, da Administración.

Pode afirmarse que, na maioría dos casos, a execución é de índole concertada ou negociada para cada unha das operacións urbanísticas. Non obstante, debe distinguirse o «urbanismo concertado» francés, no que a iniciativa e o impulso programador son públicos, do caso alemán, onde a execución é unha responsabilidade pública innegociable que expropia e urbaniza directamente, aínda que no seo do procedemento se dá unha participación forte para permitir a integración de todos os intereses presentes.

O caso español representa un urbanismo público case concesional de «execución privada subsidiaria» onde a iniciativa, a lexitimación e o impulso son públicos, en xeral, e a súa imaxe se reflicte nun plan creador de deberes e dereitos e de certeza (seguridade xurídica), pero onde o financiamento e a execución material son levados integramente en beneficio e á conta dos propietarios fundiarios.

Así mesmo, en **Alemaña** existen catro grandes tipos de plans urbanísticos:

- i) os de ámbito federal, integrais (*Gesamtplanung*) ou sectoriais (*Fachplanung*);
- ii) os de ámbito estatal dos *Länder* (*Ländesplanung*, LP e *Ländesentwicklungsplan*, LEP);
- iii) os de ámbito municipal ou comarcal (*Flächennutzungsplan*, FnP, plan de usos do solo); e
- iv) os parciais ou de detalle (*Bebauungsplan*, BbP, plan de edificación).

Os de ámbito municipal conteñen as estruturas fundamentais da ordeación xeral e estratéxica urbanística dese nivel, con determinacións vinculantes para a Administración, que, á súa vez, desenvolven as que indiquen os *Ländesplanungen* territoriais. O *Bebauungsplan* desenvolve, parcial e detalladamente, as determinacións do anterior para áreas concretas do termo municipal, incluíndo vinculacións concretas, aliñacións, alturas, usos, etc. para os particulares.

En **Francia** os instrumentos de planeamento eran dous (ata a LSRU do 13 de decembro de 2001): o *Schéma Directeur* (SD), substituído polo *Schéma de Coherence Territoriale* (SCT), e o *Plan d'Occupation des Sols* (POS), substituído polo *Plan Local d'Urbanisme* (PLU) e a *Carte communale* para os municipios pequenos.

En canto ao seu carácter, o SD é un instrumento directivo, estratéxico e programático que define as orientacións fundamentais da ordenación do territorio dos municipios que presentan unha comunidade de intereses económicos e sociais, constituíndo unha unidade xeográfica, non tanto administrativa.

O POS é propiamente o instrumento común da ordenación urbanística municipal que é un planeamento físico e á vez xurídico, vinculante, de carácter normativo e de fixación precisa da zonificación do solo e de cada finca en particular, a través do coeficiente de ocupación do solo (COS). En canto ao grao de vinculación dun e outro son moi distintos. Os SD son só vinculantes para as administracións públicas e non para os particulares, aos que se lles obriga só a través dos POS que desenvolven os SD. Porén, a masiva aprobación dos POS, sen contar cos previos SD, púxoos en cuestión.

En cambio, os POS teñen eficacia xurídica vinculante para as administracións públicas e para os particulares, e tamén contan con determinacións de vinculacións indirectas, pois delimitan espazos sen fixar o contido normativo substantivo que vén imposto por outras normas. Só os POS teñen un contido limitativo da propiedade desde o momento en que fixan para cada parcela, en función da zona ou zonas en que estea enclavada, a súa regulamentación de detalle e, en especial, a sinalización para cada finca da edificabilidade obxectiva (COS) e dos topes para superala.

En España a regulación do planeamento urbanístico é competencia exclusiva das leis das comunidades autónomas, onde se produce unha diverxencia autonómica dentro dun esquema «tradicional» xeral:

- Nivel estatal: non existe ningún plan estatal de ordenación do territorio nin de urbanismo, por non ser a ordenación integral do territorio competencia do Estado.

- Nivel autonómico: os instrumentos do planeamento territorial establecidos polas diferentes leis das comunidades autónomas son numerosos en rango, vinculación e temática (plans e directrices rexionais, estratéxicos, parciais, sectoriais, etc.).

- Nivel propiamente municipal: os instrumentos do planeamento urbanístico poden diferenciarse bastante homoxeneamente en tres grupos:

- Planeamento xeral municipal: Plan Xeral Municipal de Ordenación e normas subsidiarias do planeamento municipal que determinan sobre a totalidade de cada municipio o seu modelo físico de desenvolvemento, establecendo a estrutura xeral, a clasificación e a cualificación do solo e «delimitando» o contido da propiedade urbana (a través do réxime do solo e do aproveitamento subxectivo por atribución).

- Planeamento do desenvolvemento ou plans particularizados do planeamento xeral: programas de actuación urbanizadora no solo urba-

nizable non sectorializado, plans parciais (que pormenorizan as determinacións do solo urbanizable sectorializado), plans especiais (de carácter integral ou sectorial), etc.

O planeamento urbanístico español tendeu a ser físico-xurídico, prescriptivo e, en parte, programador e vinculante; vinculante tanto para a Administración coma para os particulares. Non obstante, a tendencia actual das leis autonómicas é a de reducir o grao de vinculación xerárquica, diferenciando entre decisións ou determinacións estruturais ou estruturantes (referentes seguros e vinculantes de poucas cousas) e pormenorizadas (máis variables e flexibles). Temporalmente téndese a que a vinculación se produza só desde o momento en que se aprobe o plan máis detallado daquelas actuacións que se programen no planeamento.

2. Apertura do II Curso de verán

Correspondeulle a apertura do *II Curso de verán sobre o réxime do planeamento urbanístico no dereito español e comunitario*, que se desenvolveu no concello de Oleiros³, ao catedrático de dereito civil e director da Escola Galega de Administración Pública don Domingo Bello Janeiro, quen desexou que o curso permitise acadar unha visión global do réxime do planeamento urbanístico no dereito español e comunitario. Así mesmo, confiou en que a organización deste curso resultara exitosa e útil para todos.

E para finalizar, sinalou que puntos de encontro como este curso son lugares adecuados para escoitar e intercambiar opinións e experiencias, polo que animou a todos os asistentes a participar activamente co obxecto de enriquecer os debates.

³ Como información xeral para o lector diremos que o municipio de Oleiros ten unha extensión de 43'2 km² (o 0'55 % da provincia) encontrándose a maior parte a menos de 100 metros de altura. É, polo tanto, unha paisaxe chá, suave, agás algúns tramos acantilados da costa. Son abundantes os regatos, os arrosios e os ríos, destacando o de San Pedro no sur e o Mero que penetra polo suroeste.

Oleiros posúe 24'810 km de costa dos que 3'530 (o 14'23 %) corresponden ás súas doce praias: a de Santa Cristina, a de maior lonxitude (850 m), a de Bastiagueiro (580 m), con bandeira azul da Unión Europea, onde se practica o surf durante todo o ano, as de Santa Cruz, as cinco praias de Mera... Dada a súa importancia paisaxística e turística o Concello realizou unha serie de plans para o seu acondicionamento, así como para a creación de paseos marítimos.

3. Os relatores e o seu tema⁴

3.1. O planeamento urbanístico no ordenamento español:

D. Santiago González-Varas Ibáñez⁵

A relación entre contratos e urbanismo curiosamente pasou desapercibida no urbanismo tradicional, así como tamén no mundo da contratación administrativa. O dereito da contratación administrativa non afectou á xestión urbanística. Pola súa parte, o tratamento das cuestións urbanísticas (por administradores, funcionarios, políticos, empresas, estudosos do dereito urbanístico, etc.) fíxose de costas á lexislación pública contractual.

Non se buscaron as posibles achegas da figura do contrato administrativo para a mellor e máis eficaz xestión urbanística. E, porén, ¿que modelo mellor que aquel que se achega que o contrato administrativo e a LCAP para procurar unha maior iniciativa privada, incluso empresarial, no ámbito da xestión urbanística?, ¿que mellor forma que esta para conseguir a realización, ao mesmo tempo, das funcións públicas?

Esta lexislación pública contractual é inherente tanto á execución das obras mediante empresarios profesionais coma, no urbanismo, ao fortalecemento da función pública urbanística. No fondo das figuras urbanísticas actuais como é o axente urbanizador está, materialmente, o modelo de contrato administrativo.

No futuro é inevitable o debate acerca desta tendencia de introducir o empresario na xestión do solo urbanizable, substituindo o urbanismo clásico baseado nas relacións bilaterais entre a Administración e os propietarios. Discutible é a cuestión de fixar o modo de intervención dos empresarios. O modelo valenciano de «axente urbanizador» (a pesar de claros precedentes da propia lexislación estatal, como son os PAU ou o urbanismo concertado) achegara a idea do posible maior arraigo dos empresarios na creación de solo apto para urbanizar e edificar. En contrapartida, tampouco é conveniente esaxerar o elemento empresarial ata o punto de marxinar o dirixismo público do proceso de creación de solo ou as garantías dos propietarios. E significa, implicitamente, un reforzo da función pública urbanística desde o momento en que o contratista é un delegado ou executor dunha función que, previamente, tivo que ser caracterizada como pública. Estes sentidos son inherentes ao contrato administrativo nos ámbitos onde se aplicou (obras e servizos públicos).

⁴ Nesta alínea aparecen redactadas as notas que fun tomando ao longo do curso e durante as intervencións de cada un dos conferenciantes, polo que para un estudo máis detallado e pormenorizado remítome á lectura dos distintos relatorios que foron entregados no desenvolvemento do curso e que obran en poder da EGAP.

⁵ Catedrático de dereito administrativo da Universidade de Alacant.

Unha vez que o contractual arraiga plenamente, dunha forma ou doutra, no urbanismo, é formulable a oportunidade dunha lei estatal de contratos administrativos que regule os contratos urbanísticos, co fin de que as CCAA se atean ao marco establecido na lexislación estatal.

Desde logo, un debate a fondo sobre a posibilidade dunha regulación estatal sobre os contratos urbanísticos transcende do obxecto ou finalidade deste traballo. Pautas ofrecen as sentenzas do Tribunal Constitucional 61/1997 e 164/2001. Estando clara a competencia estatal en materia contractual, e tamén a repercusión por esta vía sobre o urbanismo, a cuestión por formular é a relativa ao alcance desta competencia estatal por referencia ao urbanismo. Interesante é a STC 164/2001 cando chega a leximitar as distintas disposicións contidas na LRSV 6/1998, a pesar da súa evidente repercusión en materia urbanística, considerando a competencia estatal para ditar a «lexislación sobre expropiación forzosa» (artigo 149.1.18 CE). A relación parece clara co caso dos contratos, sempre que, ao igual que coa expropiación forzosa, non se invada o núcleo da materia urbanística. Esta comparación é posible xa que, en ambos os casos, estamos ante requisitos procedementais do urbanismo e colaterais a este.

Destacaba don Santiago González-Varas Ibáñez as seguintes sentenzas:

1. «Acertadamente alegan los recurrentes que la competencia del Estado para dictar la legislación de expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE) no puede impedir a las Comunidades Autónomas la fijación de las causas o fines expropiatorios en las concretas materias de competencia autonómica. La anterior es doctrina del Tribunal Constitucional desde la STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), F. 6, pasando por las SSTC 17/1990, de 7 de febrero (RTC 1990, 17), F. 10, y 61/1997, de 20 de marzo, F. 17 f), hasta la presente».

2. «El artículo 33 LRSV es una norma de procedimiento expropiatorio que se limita a expresar, para el concreto ámbito urbanístico, una norma de procedimiento expropiatorio general contenida en el art. 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (en adelante LEF): la declaración de utilidad pública, como requisito procedimental previo a la expropiación forzosa, se entiende implícita en los planes de obras y servicios».

3. «Tampoco la aprobación de delimitaciones de ámbitos de gestión a desarrollar por expropiación, prevista en el art. 33 LRSV, contiene propiamente un fin o causa expropiatoria. La LRSV parte aquí de la posibilidad de que la previsión de obras sobre el suelo esté definida sólo de forma abstracta y relativamente imprecisa en los planes urbanísticos, completándose la definición del destino del suelo con la delimitación de los ámbitos de gestión, esto es, en ejecución del planeamiento. Para tales supuestos el art. 33 LRSV remite al acto de aprobación del perímetro del

ámbito de gestión la concreción de las obras que, por su utilidad pública, permiten la expropiación. De acuerdo con lo anterior nos encontramos, de nuevo, con una norma expropiatoria procedimental: el art. 33 LSRV no fija concretas causas expropiatorias, sino que selecciona una decisión administrativa (la delimitación del ámbito de gestión) que, en la medida que complete la adscripción de destinos del suelo, concreta la declaración de utilidad pública de las obras de transformación y utilización urbanística del suelo contenidas en el plan. Se trata de una norma procedimental que responde a las exigencias de marcado carácter principal o mínimo a las que aludimos en la STC 61/1997, F. 31, y que, en consecuencia, no invade el ámbito competencial urbanístico autonómico...».

A dirección pública e a xestión privada

O progresivo desenvolvemento da iniciativa privada-empresarial non pode levar a esquecer as facultades públicas da dirección do proceso urbanizador. A mellor forma de acadar a propia protección dos propietarios afectados polo proceso de urbanización e de edificación parece ser que é que o concello vivíe o proceso urbanizador e que se realice unha fase de concurso con garantías, sen permitir que un particular determine a programación e as relacións xurídicas entre os distintos suxeitos.

É significativo como o modelo empresarial de xestión urbanística leva consigo un fortalecemento do carácter público da función urbanística neste ámbito de xestión; os novos empresarios urbanísticos serán delegados do poder público.

O fomento da iniciativa privada empresarial serviría para procurar solucionar o problema da creación do solo urbanizable (desbloqueando indesexables operacións especulativas da retención do solo por parte da propiedade) ao mesmo tempo que se fortalece a función pública urbanística que lles corresponde aos concellos, xa que se lles obriga a dirixir o proceso urbanizador que executa un delegado ou un terceiro.

En definitiva, é mellor facilitar a urbanización evitando que, de xeito contrario, se remate construíndo de calquera xeito e de forma espontánea por parte dos propietarios.

As distintas comunidades autónomas afrontáronse na súa máis recente lexislación urbanística con este problema de situar adecuadamente a iniciativa privada de tipo empresarial no sistema urbanístico. Isto equivale a dicir que as CCAA tiveron que enfrontarse co problema de como aplicar as garantías da lexislación contractual estatal, partindo de que é ao Estado a quen lle compete a regulación dos contratos administrativos e, polo tanto, tamén dos contratos urbanísticos. Outras comunidades, coa intención de arraigar en boa medida a iniciativa empresarial na xestión urbanística, chegan a formular regras específicas de carácter contractual

procurando evitar unha confrontación co modelo e regulacións da lexislación estatal dos contratos administrativos.

Unha posible solución, fronte ao problema de crear solo e vivendas e de evitar a especulación inadecuada, pode pasar por conectar un empresario contratista entre os propietarios e a Administración e por reforzar a función pública urbanística. Os sistemas posibles para iso poden ser o da «expropiación con concesionario» propio da Comunidade de Madrid, o «axente urbanizador» da Comunidade Valenciana ou o «concesionario de obras públicas» como sistema seguido tamén por outras CCAA.

En todos estes casos, de iniciativa privada ou empresarial, conseguíuse un desenvolvemento axeitado das funcións directoras dos concellos e un nivel adecuado das garantías dos propietarios. Para isto último, a lexislación autonómica non presenta solucións de todo uniformes. Ás veces supeditase a intervención do empresario a un previo incumprimento dos propietarios. Outras veces outórgaselles aos propietarios dereitos de execución preferente sobre os dereitos do axente interesado en urbanizar.

O axente rehabilitador

O solo urbanizable é, loxicamente, o solo chamado principalmente a fomentar a iniciativa privada e a solucionar o problema da vivenda. Pero non deberíamos esquecer o solo urbano consolidado. Primeiramente, porque descoirdar a xestión do solo urbano (característica dos tempos que corren) significa que non se ocupan todas as posibles vivendas e, polo tanto, que non se obteñen todas as vivendas posibles dentro da cidade feita.

A calidade de vida diminúe desde o momento en que a actual política de xestión do solo urbano (máis ben a ausencia dunha política de xestión do solo urbano) propicia un estado deficiente das cidades. A prol de atopar solucións, o *quid* está, evidentemente, en combinar adecuadamente o papel do poder público e do sector privado.

Non debería descartarse de plano a translación de posibles mecanismos ou regulacións do solo urbanizable ao solo urbano consolidado, fortalecendo a función pública urbanística e a posible presenza de axentes auxiliares do poder público. Xorde, así, o «axente rehabilitador» como seguinte paso na evolución natural do urbanismo español, que pon o seu primeiro chanzo na xestión mediante os propietarios e o segundo mediante os empresarios no solo urbanizable para formular, hoxe, a oportunidade dunha xestión pública con auxiliar privado. O modelo da Lei de contratos administrativos consegue afirmar a posición estritamente auxiliar do axente urbanizador, afirma a función pública e dálles garantía aos afectados. Algo que se fará na cidade feita unha vez que os barrios envellezan e sexa preciso atopar solucións.

O presuposto para que poida aplicarse este sistema é que se garanta a operación e sexa rendible para os propietarios. Actualmente, existen na lexislación medidas (da policía ou de fomento) dispersas e sen especial conexión entre si. Sería mellor integrar e completar todos estes mecanismos e aplicalos en función dun plan previo de rehabilitación integral das cidades.

Despois de que as comunidades autónomas ditaran as leis do solo é preciso legislar, por referencia, tamén, o solo urbano. Non existen aínda leis autonómicas cunha adecuada regulación dos plans de rehabilitación urbanística integral. A rehabilitación régúlaa o Estado desde o punto de vista do fomento económico. O Estado (no Real decreto 1/2002, do 11 de xaneiro, sobre medidas de financiación de actuacións protexidas en materia de vivenda e solo do Plan 2002-2005, co antecedente inmediato do Rd 1186/1998, do 12 de xuño, artigos 27 e seguintes) insinúalles ás CCAA a necesidade de que estas leven a cabo a «correspondencia» urbanística do sistema de fomento da rehabilitación previsto na regulación estatal.

3.2. O planeamento urbanístico no ordenamento alemán:

D. Ulrich Battis⁶

En Alemaña existen catro grandes tipos de plans urbanísticos:

- i) os de ámbito federal, integrais (*Gesamtplanung*) ou sectoriais (*Fachplanung*);
- ii) os de ámbito estatal dos *Länder* (*Ländesplanung*, LP, e *Ländesentwicklungsplan*, LEP);
- iii) os de ámbito municipal ou comarcal (*Flächennutzungsplan*, FnP, plan de usos do solo); e
- iv) os parciais ou de detalle (*Bebauungsplan*, BbP, plan de edificación).

Os de ámbito municipal conteñen as estruturas fundamentais da ordenación xeral e da estratexia urbanística dese nivel, con determinacións vinculantes para a Administración que, á súa vez, desenvolve as que indiquen os *Ländesplanungen* territoriais. O *Bebauungsplan* desenvolve, parcial e detalladamente, as determinacións do anterior para as áreas concretas do termo municipal, incluíndo vinculacións concretas, aliñacións, alturas, usos, etc. para os particulares.

En Alemaña o procedemento para a modificación e revisión do planeamento está sometido ás mesmas regras ca o dirixido á súa aprobación. Non obstante, existe un procedemento simplificado para as modificacións de menor importancia. En todo caso, requírese a audiencia de todos os

⁶ Catedrático de dereito administrativo e director do Instituto de Urbanismo Internacional da Universidade Humboldt de Berlín.

interesados (outras administracións e particulares), así como a comunicación á Administración superior de tutela (*Länder* ou por delegación deste, os *Kreise*) ou a aprobación desta.

A lexislación urbanística deste país (*Baugesetzbuch*) establece que o solo se zonifica no solo planificado por un *Bebauungsplan* coas suficientes determinacións, solo urbano sen plan e solo rústico. Esta zonificación non ten incidencia sobre a delimitación do dereito de propiedade, só se establecen os límites ou condicións do exercicio da facultade edificatoria que forma parte do dereito de propiedade. Tanto é así que, reunidas estas condicións, o propietario pode edificar, con ou sen plan, sobre o solo planificado, non planificado ou rústico, ou sexa, con independencia da zona da que se trate.

O *Baunutzungsverordnung*, o regulamento de edificación alemán, contén unha detallada regulación dos usos globais e pormenorizados e, incluso, dentro destes, os que son admisibles con carácter xeral e os excepcionalmente admisibles. Estas determinacións convértense en estatuto obxectivo das fincas ben a través do plan (no caso do solo planificado) ou ben directamente, sen necesidade do plan (no caso do solo non planificado).

Por último apuntar que este regulamento de edificación alemán está enormemente detallado na fixación das normas de directa aplicación (non se trata de «estándares urbanísticos» nos termos que nos son coñecidos) relativas ao número de metros cadrados construíbles e metros cúbicos de construción por metro cadrado de finca, alturas, forma aberta ou pechada de construción, etc. Son normas de directa aplicación, pero que, non obstante, admiten, baixo determinados presupostos, excepcións. Tamén existen normas dirixidas a dar protección ao medio e ao patrimonio histórico.

3.3. O planeamento urbanístico no ordenamento francés: D. Jochen Sohnle⁷

Transcribo o esquema do relatorio de don Jochen Sohnle desenvolvendo máis tarde, ao longo desta crónica, os puntos principais nos que fixo máis fincapé o autor:

1. Introducción: a policía de urbanismo

- 1.1 O campo de intervención dos servizos de urbanismo
- 1.2 As normas do planeamento urbanístico⁸

⁷ *Maître de conférences*. Profesor de dereito administrativo da Universidade de Savoia.

⁸ O territorio francés é un patrimonio común da nación. Cada colectividade pública xestióna e garante dentro do marco das súas competencias co fin de ordenar o marco da vida, de asegurar sen discriminación as poboacións residentes e as futuras condicións da vivenda, de emprego, de servizos e de transportes como resposta

2. As normas de urbanismo a nivel nacional

2.1 O regulamento nacional de urbanismo

2.1.1 Disposicións aplicables a todos os municipios

2.1.2 Disposicións aplicables aos municipios sen documento de urbanismo

2.1.2.1 Disposicións xerais

2.1.2.2 O principio da urbanización limitada⁹

- O mapa municipal (suspensión da aplicación da urbanización limitada)

2.2 As directivas territoriais de ordenación

(*Directives Territoriales d'Aménagement-DTA*)

3. As normas de urbanismo a nivel local

3.1 Disposicións xerais comúns

3.2 O esquema de coherencia territorial

(*Schéma de Cohérence Territoriale-SCOT*)

3.3 O Plan local de urbanismo (PLU)

3.3.1 Conformidade con outras normas

3.3.2 Elaboración

3.3.3 Contido¹⁰

3.3.4 Zonas do PLU

3.3.5 Ocupacións ou utilización do solo para cada zona¹¹

4. Os controis previos

4.1 As construcións

á diversidade das súas necesidades e dos seus recursos, de xestionar o territorio de maneira razoable, de asegurar a protección dos medios naturais e das paisaxes, así como a seguridade e a salubridade públicas, de promover o equilibrio entre as poboacións residentes nas zonas urbanas e rurais e de racionalizar as demandas dos desprazamentos. As colectividade públicas harmonizan, respectando as súas autonomías respectivas, as súas previsións e as súas decisións en canto ao uso do espazo (*vid.* art. 110 do Código de urbanismo francés).

⁹ O lexislador pretende evitar a urbanización anárquica do campo contraria á protección do medio natural e incitar os concellos a adoptar un plan local de urbanismo.

¹⁰ O Plan local de urbanismo comprende cinco elementos:

i) Un informe de presentación.

ii) Un proxecto de ordenación e desenvolvemento sostible.

iii) As orientacións de ordenación.

iv) Un regulamento e documentos gráficos.

v) Anexos informativos.

¹¹ As OUS responden ás seguintes preguntas:

■ ¿Que se pode facer ou construír?

■ ¿Como se pode construír?

■ ¿Canto se pode construír?

4.1.1 A licenza de construción (*permis de construire*)¹²

4.1.2 A declaración de obras (*déclaration de travaux*)¹³

4.2 Outros usos do solo¹⁴

4. As sancións administrativas e penais¹⁵

Os instrumentos de planeamento principais do sistema francés son dous: o *Schéma Directeur* (SD) e o *Plan d'Occupation des Sols* (POS) para os concellos pequenos.

En canto ao seu carácter, o SD é un instrumento directivo, estratéxico e programático que define as orientacións fundamentais da ordenación do territorio dos concellos que presentan unha comunidade de intereses económicos e sociais, constituíndo unha unidade xeográfica. O POS é propiamente o instrumento común da ordenación urbanística municipal que se trata dun planeamento físico á vez que xurídico, vinculante, de carácter normativo e de fixación precisa da zonificación do solo e de cada finca en particular, a través do coeficiente de ocupación do solo (COS). En canto ao grao de vinculación dun e doutro é moi distinto.

Os SD son só vinculantes para as administracións públicas e non para os particulares, aos que se lles obriga só a través dos POS que desenvolven os SD. Non obstante, a masiva aprobación do POS sen contar co previo SD ponos en cuestión.

O Código de urbanismo francés establece de maneira taxativa a prohibición de que as regras e servidumes do *Plan d'Occupation des Sols* (POS) poidan ser obxecto de derogación, na práctica obsérvase a maior flexibilidade imaxinable, fonte de corruptelas e de inseguridade xurídica.

¹² É obrigatorio para todas as persoas privadas ou públicas, e é obrigatorio para todas as construcións novas ou que troquen de destino e para toda modificación de aspecto exterior ou de volume dun edificio existente; as excepcións regúlanse no art. 421-1.

¹³ As declaracións das obras danse naquelas construcións que entran no campo da aplicación da licenza para construír, pero que responden a un réxime de control previo simplificado en tres categorías de obras:

- Instalacións técnicas de servizos públicos.
- Obras de menor importancia.
- Monumentos históricos.

¹⁴ Nesta alínea incluíranse: as licenzas de demolición, control de instalación de cercados, a licenza de instalacións e de obras diversas, a licenza de estacionamento de caravanas, a licenza para acondicionar un terreo de cámping e estacionamento de caravana, a licenza para cortar árbores e a licenza de parcelación.

¹⁵ Atopámonos aquí con dúas categorías de persoas que poden establecer un atestado:

1. Os funcionarios públicos e os axentes da policía xudicial.
2. Os axentes especializados.

Unha das razóns apuntadas para explicar este desaxuste radica en que o POS carece de instrumentos operativos de desenvolvemento. Os cambios no planeamento poden obedecer ben á iniciativa do propio concello ben á do Estado.

Por último, apuntar que en Francia non existe a distinción entre clasificación e cualificación. Só cabe falar de cualificación de características obxectivas e usos do solo (*zonage réglementaire*) que, materialmente, asume características propias dunha operación de admisibilidade de usos urbanos para os axentes urbanizadores, non de obriga ao suxeito titular, sen crear estatutos xurídicos da propiedade do solo, nin dereitos, en canto á mera condición de propietarios se refire.

3.4. A repercusión de Europa sobre o planeamento urbanístico dos estados membros: dona Inmaculada de la Fuente Cabero¹⁶

Nin sequera o urbanismo e a ordenación do territorio, en materia ligadas tradicionalmente ás administracións dos estados membros e, incluso, aos niveis administrativos máis inferiores se viron libres da repercusión do dereito comunitario.

Nun momento en que o noso Tribunal Constitucional (STC 61/97, do 20 de marzo) lle pecha ao Estado a posibilidade de regular o urbanismo, por considerar que iso lle corresponde a instancias de ámbito inferior (CCAA e entidades locais), as institucións comunitarias emprenden certas accións que revelan unha vontade decidida de levar a cabo unha ordenación territorial de ámbito comunitario europeo.

En todo caso, tamén as accións de ordenación do territorio que están realizando as institucións comunitarias deben ser consideradas e respectadas polas instancias nacionais (no caso español, rexionais) con competencia en materia territorial. É máis, en gran medida, o motor da ordenación do territorio (dentro dos estados membros, as súas rexións e municipios) está hoxe nas accións que, sobre o particular, está emprendendo a Unión Europea.

A ordenación do territorio, a este nivel europeo, asentárase en catro piares:

1. A cooperación transfronteiriza.
2. Os documentos e programas da Unión Europea en materia de ordenación do territorio.
3. As competencias sectoriais da Unión Europea que repercuten na ordenación do territorio.

¹⁶ *Legum magister* en Dresde e profesora da Universidade de Alacant.

4. A posible competencia da Unión Europea en materia de ordenación do territorio no marco da Constitución europea conforme as máis recentes tendencias xurídicas.

Desde unha perspectiva europea, a ordenación do territorio é en parte realidade e en parte un tema de actualidade non consagrado no plano da eficacia normativa. En particular, a cooperación transfronteiriza, os documentos e programas da Unión Europea en materia de ordenación do territorio e as competencias sectoriais da Unión Europea que repercuten na ordenación do territorio son xa unha realidade, poñéndose de manifesto que existe unha ordenación europea do territorio. A europeización do territorio non é un simple proxecto ou unha cuestión político-xurídica.

En cambio, non se conseguiu aínda a competencia europea da ordenación do territorio. Máis ben, arredor deste cuarto piar, estamos ante unha perspectiva *lege ferenda* aínda de crecente interese.

A relatora remata preguntándose se é necesario unha competencia da ordenación do territorio a favor da Unión Europea, ao que responde que é discutible falar en termos de necesidade dunha competencia da UE en materia de ordenación do territorio. Non obstante, habería argumentos que se presentan nunha zona intermedia entre a necesidade e a convivencia ou a oportunidade dunha competencia europea da ordenación territorial.

Este tipo de competencia podería ser de dúas formas, compartida ou complementaria. No caso da complementariedade, a competencia da Unión Europea sería esencialmente de apoio ás accións dos estados. Se fora compartida, iso significaría que os estados perden a competencia en tanto en canto a Comunidade a exercite co límite do principio de subsidiariedade.

Para a definición da competencia, en materia territorial, algúns criterios xa foron esbozados *supra*, é dicir, unha competencia que sirva para realizar un concepto europeo de ordenación territorial baseado na consideración espacial das competencias sectoriais, a cooperación transnacional, a fixación das grandes estratexias do espazo europeo, a mellor conexión entre rexións, a cohesión territorial e o desenvolvemento sostible.

O principio de complementariedade atopou eco nas últimas reformas do Tratado da CE debido as súas vantaxes. A complementariedade permite avanzar na integración comunitaria (recoñecendo unha competencia a favor da UE), ao mesmo tempo que os estados membros non perden competencias. A *ratio* da complementariedade está presente nas competencias comunitarias de educación (art. 149 TCE), formación (art. 150 TCE), cultura (art. 151 TCE), saúde (art. 152 TCE), industria (art. 157.3 TCE), cohesión (art. 158 TCE), investigación (arts. 163.2, 164 e 165 TCE) e axuda ao desenvolvemento (art. 177).

Este principio de complementariedade ofrece distintas variantes; unha é a da harmonización (art. 63 TCE en materia de asilo; art. 137 de polí-

tica social, art. 175 do medio); outra é limitarse a plasmar unha simple regra de apoio a favor dos estados membros (educación, cultura e saúde son algúns exemplos) ou de simple «recomendación» (arts. 212, 150 e 151.V TCE).

Porén, considéranse tamén as desvantaxes desta opción. Normalmente, nestes casos empréganse na norma conceptos xurídicos indeterminados de difícil precisión (apoia, contribúe, axuda, fomenta, etc.), isto fai complexa a aplicación do precepto en cuestión e conduce a un protagonismo acaso non desexado ou desexable do Tribunal de Xustiza das CCEE. Ademais, a práctica confirma que nestes casos o exercicio da competencia pode bloquearse *de facto*, en especial, cando se esixe a regra da unanimidade (como é no caso da cultura).

De aí que as competencias comunitarias complementarias sexan susceptibles de ser valoradas como un paso cara a diante e dous cara a atrás no proceso de integración comunitaria. A previsión dunha competencia seguindo este molde da complementariedade, dado o caso, pode interpretarse como unha forma de soste as accións comunitarias. A partir de entón estas ideas limitaríanse ao simple fomento.

Todas estas reflexións persoais entenderíanse no contexto da comisión de expertos da que forma parte o director deste traballo, integrada por sete profesores de dereito administrativo e algúns outros xuristas de recoñecido prestixio que, por encargo do Goberno alemán, foi constituída co fin de debater a posibilidade dunha competencia europea de ordenación do territorio.

Despois dalgunhas sesións en Berlín, as últimas durante os días 13 e 14 de xuño de 2003, a comisión propuxo, a sabendas da dificultade política do tema e tamén da preferencia governamental por prever unha competencia compartida, primeiro, completar o artigo 16.2 da Constitución europea, sobre competencias complementarias, facendo mención á ordenación do territorio; segundo, que a Constitución europea recolla, dentro dos fins da Unión (art. 3.3), a súa dimensión territorial xunto á económica e á social; e, finalmente, que na Constitución se inclúa a necesidade de que a Unión Europea exercite as súas competencias sectoriais de forma coherente cunha consideración europea do territorio e que desenvolva o concepto europeo de «ordenación do territorio» na liña das reflexións que tivemos ocasión de esbozar.

4. A modo de conclusión

Este *II Curso de verán sobre o réxime do planeamento urbanístico no dereito español e comunitario* destacou pola súa elevada calidade técnica que se manifestou por igual na excelencia e densidade científica dos relatorios presentados e na personalidade e talante dos distintos expertos participantes nesta.

O territorio, frecuentemente no nivel de cidade, configúrase partindo da evolución e do desenvolvemento de múltiples elementos que se relacionan entre si. Unha estrutura complexa, como unha malla, onde se inscriben os sectores sociais, os económicos, os culturais, ... Todos eles integrados dentro dun ámbito demográfico determinado e dependentes do elemento básico que os compoñen, as persoas, os cidadáns; cada un, á súa vez, coas súas propias dinámicas, as súas relacións, as súas necesidades, os seus desexos, ... O conxunto de todos estes elementos determina a forma de ser do propio territorio, da cidade, que vén a ser unha figura en constante movemento e transformación, tanto polo conxunto das súas forzas e dinámicas internas coma tamén, e de xeito cada vez máis importante, polos elementos externos que condicionan o seu propio desenvolvemento e transformación, moitas veces de forma imprevisible.

O futuro dun territorio ou dunha cidade configurarase en función dunha evolución e dunhas dinámicas aparentemente «naturais» e imprevisibles, produto das complexas relacións entre o conxunto de elementos internos que a compoñen e as conxunturas externas que condicionan o seu desenvolvemento.

O resultado da reflexión prospectiva e dos conflitos de intereses e das tensións producidos *a priori* será un escenario futuro consensuado e os medios para facelo posible. É dicir, un plan estratéxico que define un futuro para posicionar a cidade ou o territorio no seu contorno de forma que se maximicen os intereses e os desexos da comunidade que a configura.

Así pois, falar de planificación estratéxica territorial, de cidade, é referirse a un proxecto global, onde o consenso e a participación son as súas características clave, xunto á análise minuciosa da realidade interna e externa.

A planificación estratéxica é pois unha concepción e unha ferramenta que permite maximizar os diferentes intereses cidadáns e que fai avanzar máis rapidamente cara a un futuro compartido por todos, aproximándose necesariamente a unha configuración dun territorio máis equilibrado, máis competitivo, máis sostible e máis cohesionado socialmente. Unha cidade, unha rexión que, con independencia do modelo de desenvolvemento polo que se opte, permita o desenvolvemento persoal de todos os seus cidadáns nun contorno de elevada calidade de vida. A estratexia da cidade debe permitir responder eficientemente ao reto que enfrontan

todas as cidades na era da economía global que consiste en conseguir o equilibrio entre dous mandatos non sempre fáciles de simultanear:

- competir con éxito con outras cidades.
- conseguir unha alta calidade de vida (e melloralala ou, polo menos, mantela) para os seus habitantes, especialmente, para os máis pobres.

As achegas verquidas ao longo deste *II Curso de verán* constitúen un conxunto de reflexións sobre as experiencias desde distintas perspectivas, transcendendo polo tanto o carácter puramente fáctico dun curso. É por isto que responden a un obxectivo máis amplo e ambicioso, máis a longo prazo, intentando clarificar as encrucilladas da planificación estratéxica territorial nun momento no que se implementan a súa arquitectura e a súa configuración futura.

5. Clausura das xornadas

O *II Curso de verán* foi clausurado polo director da Escola Galega de Administración Pública, don **Domingo Bello Janeiro**, reiterando a súa gratitude a todos os relatores que participaron, esperando que o curso espertara a atención e mais o interese de todos os asistentes e que servise para resolver cantas dúbidas xurdisen tras as sucesivas exposicións.

A continuación, don **Ángel García Seoane**, alcalde do Concello de Oleiros, puxo como modelo de planificación urbanística o seu concello, xa que frear a especulación urbana e pensar no territorio foron os primeiros desafíos que se estableceron en Oleiros.

Para iso, en 1984 redactouse o primeiro Plan de Ordenación Urbana de Galicia, un documento no que aparece como debe medrar a cidade. O plan, que se reformou en 1996, define polo miúdo como será o Oleiros do futuro. Nel recóllense todas as circunstancias polas que debe pasar o territorio, un espazo que presenta un continuo movemento.

Por último, o conselleiro da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, don **Jaime Pita Varela**, agradeceulles a todos os presentes a súa asistencia a este curso que abordou un tema de máximo interese na nosa Administración pública, como é o réxime do planeamento urbanístico no dereito español e comunitario.

Así mesmo, agradeceulles aos profesores, que tan maxistralmente trataron o tema do planeamento urbanístico no dereito comparado, as súas exposicións e, especialmente, felicitou á Escola Galega de Administración Pública pola súa inquietude para darlles resposta ás demandas de formación dos seus empregados públicos.

Tamén lle recoñeceu a súa gratitude ao Concello de Oleiros e ás súas autoridades por acoller esta nova edición do curso de verán organizado pola

Escola Galega de Administración Pública, agradecéndolle a hospitalidade que nos dispensaron e a xenerosidade que amosaron ao ofrecernos estas instalacións como sede para a realización desta actividade formativa. 

XORNADAS SOBRE O PODER XUDICIAL E AS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2004

José Ricardo Pardo Gato

Avogado

Introdución e reflexión previa do autor. Referencia á STC 47/2004 do 25 de marzo

No marco do dereito español sempre é oportuno ter presente as cuestións actuais que concernen ao Poder xudicial e a súa íntima conexión coas distintas comunidades autónomas.

A necesidade de examinar as diversas posibilidades de participación das comunidades autónomas con competencias en materia de xustiza na denominada organización do Poder xudicial, xunto coas posibilidades de ampliación das competencias dos tribunais superiores, conforme o que establecen os artigos 123 e 152.1 da Constitución española e a súa atribución do coñecemento do recurso de casación, obríganos a lembrar que estes tribunais son os órganos xudiciais que culminan a organización xudicial na respectiva comunidade autónoma e a súa xurisdición coincide co territorio daquela.

Neste sentido, a Comunidade autónoma de Galicia é unha desas rexións do Estado español que ten atribuída estas competencias de orde xudicial, como o pon de manifesto o feito de que o recurso de casación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia constitúe un dos máis pecu-

liares e interesantes que concibiron os lexisladores autonómicos. A existencia dun dereito propio galego orixina que este recurso de casación poida ser realmente operativo, a diferenza do que sucede noutras comunidades autónomas.

A este respecto, dentro do ámbito xurídico galego, ademais de ter en conta a Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia, ditada ao amparo do artigo 149.1.8 da Constitución, debemos prestar especial atención á Lei 11/1993, do 15 de xullo, relativa ao recurso de casación galego, recorrida en inconstitucionalidade polo Goberno español¹ e admitida a trámite por acordo do Tribunal Constitucional con data do 16 de novembro de 1993.

Esta norma procesual galega foi, así, suspendida cautelarmente de forma inmediata polo Tribunal Constitucional, se ben meses despois decidiu levantar a suspensión e permitir a súa aplicación por parte do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia mentres non houberse sentenza definitiva.

Dous días despois de ter concluído as xornadas obxecto de comentario, isto é, o 25 de marzo de 2004, o Tribunal Constitucional ditou sentenza con estimación parcial do recurso², polo que tardou case once anos en se pronunciar sobre esta pugna de competencias entre o Estado e a Comunidade autónoma de Galicia.

No seu relevante pronunciamento, esta sentenza, que anula parte da norma procesual, sinala que os parlamentos autonómicos poden introducir singularidades procesuais respecto ao que establecen as leis estatais, pero só as que «inevitabilmente» e de modo xustificado se deduzan das particularidades do dereito propio desa comunidade.

Tras analizar o contido dos catro artigos dos que se compoñía a cuestionada lei autonómica, o fallo argumenta que na súa maior parte a norma galega non se atén a ese límite, senón que reproduce principios da lei estatal ou regula de maneira inxustificada outros que xa se encontraban recollidos noutros textos legais do Estado.

O tribunal só declara constitucionais e válidos os preceptos que permiten acudir ao recurso de casación galego sen a necesidade de que o litixio sobrepase unha determinada cantidade de diñeiro e os que consideran como motivo acollerse a esa figura cando na sentenza que se recorra se descoñezan os «usos e costumes» que se estiman como unha fonte máis do dereito civil propio de Galicia.

¹ O Goberno socialista, que presidía entón Felipe González, decidiu presentar un recurso de inconstitucionalidade contra a Lei galega 11/1993 ao considerar que este texto legal invadía competencias reservadas en exclusiva ao Estado español.

² Sentenza do Tribunal Constitucional 47/2004, do 25 de marzo de 2004 (BOE nº 99, do 23 de abril de 2004).

Pode dicirse, en definitiva, que o Alto Tribunal declarou a inconstitucionalidade das sentenzas e resolucións susceptibles de casación e a competencia especial a favor do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, ao estimar que non existe ningunha especialidade do dereito civil propio que ampare esta regulación procesual. Non obstante, si mantivo a vixencia e constitucionalidade do apartado 21 do artigo 2 sobre o erro na apreciación da proba derivada do descoñecemento polo xulgador dos feitos notorios que supuñan infracción de uso ou costume, pola especial significación asignada a estes pola Lei de dereito civil de Galicia.

Con este fallo, o Tribunal Constitucional avalou que as sentenzas das audiencias provinciais de Galicia en materia de dereito civil galego, con independencia da súa contía litixiosa, poidan ser recorridas en casación ante a sala do civil do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e que a notoriedade dos usos e costumes do dereito civil galego siga integrando un motivo do recurso, o que resulta esencial para a supervivencia do dereito galego.

É de significar, por último, que a lei galega que regula o recurso de casación, anulada, así, en parte, pola mentada sentenza, fora promulgada dous anos antes de que se aprobara a Lei de dereito civil de Galicia, que, curiosamente, mereceu a anuencia do Goberno central ao non poñer ningún reparo nin a un só dos seus artigos. Polo tanto, resulta evidente que a decisión do Tribunal Constitucional sobre a anulación de varios preceptos desta lei relativa ao recurso de casación non afecta á norma suprema do dereito propio de Galicia.

Con independencia desta necesaria referencia previa ao recurso de casación galego e á sentenza do Tribunal Constitucional recaída sobre este, o comentario a estas xornadas non se debe cingir exclusivamente sobre esta cuestión en particular, pois este foro de estudo e debate desenvolveuse, como se indicou, con anterioridade ao citado fallo e o seu contido tivo como norte temático analizar, cun carácter máis amplo, as principais novidades da reforma da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, operada a través da Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, relacionadas coas competencias en materia de xustiza transferidas ás comunidades autónomas.

Ao respecto só quero adiantar que considero moi conveniente a creación de consellos territoriais do Poder xudicial no ámbito de cada Tribunal Superior de Xustiza³, o que ata o momento non se produciu. Este consello autonómico sería competente para velar polo bo funcionamento da Administración de Xustiza do seu territorio, con cantas facultades sexa

³ Así se puxo de manifesto tamén nas conclusións do «VIII Congreso de la abogacía española», celebrado en Salamanca, do 1 ao 4 de outubro de 2003.

necesario conferir para iso. A composición destes consellos territoriais debería facerse seguindo o modelo do órgano de goberno do Consello Xeral do Poder Xudicial e cunha presenza efectiva da avogacía, proporcional ao número de postos totais do órgano que asegurara un número plural de membros da profesión letrada.

Comentario xurídico ás xornadas

O tema xeral da reforma xudicial, aprobada no mes de decembro de 2003, que abordaron os relatores que participaron activamente nas xornadas celebradas no edificio administrativo da Xunta de Galicia na Coruña, os días 22 e 23 de marzo de 2004, articulouse en oito bloques temáticos onde se trataron, a través das súas ilustradas exposicións, os distintos aspectos e repercusións que a referida reforma trouxo consigo sobre os diversos ámbitos de cada especialidade profesional con que se nutriu o abano de conferencias.

1. O ámbito da competencia dos tribunais superiores de xustiza en materia de dereito civil: as peculiaridades do caso galego

En clara sintonía coa reflexión inicial manifestada, Domingo Bello Janeiro, catedrático de dereito civil e director da Escola Galega de Administración Pública, abriu o ciclo de intervencións cunha conferencia inaugural na que deixou claro o interese da Comunidade autónoma de Galicia en lograr o correcto e eficaz funcionamento do seu propio Tribunal Superior de Xustiza.

Expresión externa deste interese xa se recolle na previsión da Lei orgánica do poder xudicial de integrar na sala do civil e do penal deste tribunal un número determinado de maxistrados nomeados polo rei, por proposta do Consello Xeral do Poder Xudicial, que á súa vez os elixe de entre as correspondentes ternas de candidatos que aproban os respectivos parlamentos autonómicos.

Non obstante, sen descoñecer esta realidade, tampouco debemos esquecer que, con posterioridade á doutrina xurisprudencial sentada polo Tribunal Constitucional en diversas resolucións relevantes (SSTC do 14 de agosto de 1981, do 22 de xuño de 1982, ou 29 e 30 de marzo de 1990, por poñer un exemplo), o poder xudicial, como así sostivo o Alto Tribunal, é único para todo o Estado e, en consecuencia, non se pode falar *strictu sensu* dun poder xudicial nas autonomías. Ante o que se fai necesario recoñecer que tampouco os tribunais superiores de xustiza, que constitúen e se configuran como o único órgano xudicial claramente vinculado aos valores e principios autonómicos, se poden considerar como unha

manifestación do poder político das comunidades autónomas, senón, para os efectos, como un elemento máis a ter en conta respecto da organización xudicial única.

Nada máis lonxe, pois, da previsión constitucional que a proposta dalgunhas comunidades autónomas, singularmente no caso vasco, de configurar unha organización xudicial autonómica completa, incluíndo un consello xudicial que designe a todos os cargos xudiciais e fiscais, incluídos, desde logo, o Tribunal Superior de Xustiza autonómico, cuxas relacións co Estado español en materia de administración de xustiza se articulen a través dun marco de cooperación nos terreos que unilateralmente se consideren convenientes, todo o cal é contrario ás previsións constitucionais que, sen ánimo exhaustivo, reservan ao Estado a competencia exclusiva en materia de administración de xustiza (artigo 149.1-5); consagran un único órgano de goberno dos xuíces en todo o Estado (artigo 122.2) ou, en fin, proclaman que o Tribunal Supremo é o órgano xurisdiccional superior en todas as ordes (artigo 123.1).

Con todo, de total conformidade con Bello Janeiro, estas aseveracións non obstan o considerar as especiais peculiaridades que reúnen os tribunais superiores, pois a pesar de formar parte dun poder xudicial único e común a todo o Estado español, o certo é que non deixa de incidir na súa composición a configuración política do estado moderno no que vivimos, en tanto que o poder xudicial se ve directamente afectado polo Título VIII da nosa Constitución e pola descentralización de poderes que nel se prevé. Neste sentido, non é ocioso recordar que a Lei orgánica do poder xudicial dispón ao respecto que «el Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales en municipios, partidos provinciales y comunidades autónomas» (artigo 30) e que «la Comunidad Autónoma será el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia» (artigo 34).

De feito, resultaría complicado chegar a falar de centralización en referencia ao poder xudicial, por canto que este se articula funcionalmente nunha multiplicidade de órganos investidos da potestade xurisdiccional, coa clara intención de aproximación xurídica e de outorgarlle ao interesado unha maior accesibilidade á xustiza, convertendo desta maneira en operativo o dereito á xurisdición, cos que estes órganos teñen que encontrar a súa natural situación no territorio específico das distintas comunidades autónomas, aínda que disto non se deba inferir, tomando como apoio a doutrina constitucional, que sexan en esencia órganos do Poder xudicial da comunidade autónoma.

En canto ao ámbito territorial dos tribunais superiores de xustiza, hai que dicir que este achega un significado semellante ao que poden ter as circunscricións do Tribunal Supremo e da Audiencia Nacional (obviamente, nas materias concretas das que se ocupa), e moi diverso do que representaba o territorio para as antigas audiencias territoriais, no que actuaba

como elemento para a delimitación especial de competencias; en tanto que para os tribunais superiores de xustiza, o territorio vén constituír o soporte da institución política constitucional do autogoberno dunha determinada comunidade autónoma, cunha máis que evidente indispoñibilidade para os poderes estatais.

Á semellanza do Estado, o territorio da comunidade autónoma é un elemento constitucional básico e fundamental e non, como ocorre coa provincia, unha mera consecuencia da agrupación de concellos que o integran e unha división simplemente territorial para o xusto cumprimento das funcións de ámbito estatal. Como consecuencia, cómpre apreciar que o vínculo entre o Tribunal Superior de Xustiza e o territorio da comunidade autónoma é absoluto, mentres que o dos demais órganos xudiciais se configura como meramente relativo e funcional, agás o Tribunal Supremo e a Audiencia Nacional, sobre as súas respectivas circunscricións territoriais.

Esta circunstancia dos ámbitos territoriais da comunidade autónoma e do Tribunal Superior de Xustiza trae consigo un carácter de xeneralidade e non impide que se poidan crear salas do contencioso-administrativo ou do social, con xurisdición limitada a unha ou varias provincias limítrofes da mesma comunidade autónoma, en cuxa capital terá a súa sede, o cal se dispón no artigo 2.2 e 3 da Lei 38/1988, de planta e demarcación xudicial exclusivamente a Castela e León e Andalucía polo motivo de que nestas comunidades existían xa dúas audiencias territoriais.

Polo tanto, poderíase concluír, xunto co profesor Bello Janeiro, que os tribunais superiores de xustiza son e se constitúen como órganos xudiciais do Estado, pero non soamente iso, senón tamén órganos xudiciais das autonomías respectivas e que, aínda que con certas cautelas, isto vén supoñer, en definitiva, a proxección do sistema constitucional español de ordenación normativa do Estado sobre o poder xudicial.

E é que, se nos centramos no texto constitucional, o seu artigo 149.1.6ª atribúelle expresamente ao Estado a competencia exclusiva sobre a lexislación procesual, se ben engade a continuación unha significativa excepción cando di «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», sobre o que recaeu a importante sentenza do Tribunal Constitucional 127/1999, do 1 de xullo, que declara inconstitucional a disposición adicional 3ª da Lei galega de montes veciñais en man común, así como a sentenza de 25 de marzo de 2004, sobre a constitucionalidade de parte da Lei do recurso de casación en materia de dereito civil.

Polo que se refire ás peculiaridades do caso galego, e no que afecta ás competencias do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no ámbito específico do noso dereito foral, a Lei de dereito civil de Galicia achegoulles

aos galegos un texto normativo que ofreceu adecuada resposta, longamente demandada, ao amplo conxunto das intensas relacións privadas tipicamente propias da nosa comunidade. Por iso, aínda que con anterioridade á súa aprobación a casación civil era case puramente nominal, non só no marco de actuación do noso propio Tribunal Superior, senón na práctica totalidade dos tribunais superiores de xustiza, aínda naqueles correspondentes a comunidades autónomas con dereito propio, a súa posibilidade de permanencia viva soamente lle podía vir por dous camiños: o de actualizar a concepción do dereito civil autonómico e o de revisar as competencias que tiñan atribuídas.

2. O Estado autonómico e o Poder xudicial

A interrelación entre o Poder xudicial e as autonomías foi a perspectiva desde onde se observou todo o obxecto de estudo que configurou a oportunidade destas xornadas e este foi tratado de forma específica por Jesús Souto Prieto, presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, e polo investigador Xulio Ferreiro Baamonde.

Este último relator afrontou a súa exposición, á súa vez, desde distintos puntos de vista: a posibilidade da asunción de competencias en materia de xustiza nos estatutos de autonomía, a adaptación da Administración de Xustiza ao Estado autonómico, a coñecida cláusula subrogatoria, as competencias das comunidades autónomas no que respecta á propia administración da Administración de Xustiza, a participación da comunidade autónoma respectiva no establecemento das demarcacións territoriais, o principio de ocaso das instancias no ámbito autonómico, ou o uso do idioma propio na Administración de Xustiza.

Neste sentido, Ferreiro Baamonde destacou a adaptación do Poder xudicial e da estrutura da Administración de Xustiza á división realizada polo desenvolvemento do Estado das autonomías e a progresiva adquisición de facultades en materia de xestión de medios materiais e persoais.

Así mesmo, comentou que, de cara á evolución futura da cuestión, a maioría da doutrina se mostra favorable a unha profundación na vertebración autonómica da Administración de Xustiza, sempre baixo o respecto do principio de unidade xurisdiccional. Entre as propostas formuladas para conseguir tal impulso autonómico está a mesma descentralización do goberno do Poder xudicial, mantendo a configuración do Consello Xeral do Poder Xudicial como órgano único de goberno deste, a través do incremento de competencias a favor das comunidades autónomas naquelas materias que non incidan directamente na potestade xurisdiccional, e por medio da desconcentración, dalgunha maneira, da propia estrutura do Consello Xeral do Poder Xudicial, por exemplo, mediante a creación de consellos territoriais delegados deste –como xa tiven a oportunidade

de indicar na reflexión previa ao presente comentario-, ou a través dunha estrutura máis descentralizada⁴.

Pola súa parte, Souto Prieto, como non podía ser doutro modo, detívose en analizar a organización e funcionamento dos tribunais superiores de xustiza, que se regulan no artigo 152.1 da Constitución e aos que se refiren todos os estatutos de autonomía, agás o de La Rioja, o cal non impediu a súa xeneralización mediante a Lei orgánica do poder xudicial, que o contempla nos artigos 70 e seguintes.

Estes tribunais superiores adoptan o nome da comunidade autónoma respectiva e estenden a súa competencia ao ámbito territorial desta, onde representan a culminación da organización xudicial. No caso de Galicia, no capítulo 3º do título 1º do Estatuto de autonomía, que fai referencia ao «poder galego», regúlase o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no que se integrará a actual Audiencia Territorial e repite que culminará a organización xudicial no seu ámbito territorial ante o que se esgotarán as sucesivas instancias procesuais, para referirse a continuación ao presidente do mencionado tribunal, que será nomeado polo rei por proposta do Consello Xeral do Poder Xudicial.

Os tribunais superiores de xustiza estarán integrados por un presidente, que será tamén presidente da sala do civil e do penal, polos presidentes de sala do contencioso-administrativo e social e polos maxistrados que en cada momento fixe a Lei de planta.

Nestes tribunais superiores desenvólvense, fundamentalmente, funcións de carácter xurisdiccional, aínda que tamén se dispoñen órganos aos que se encomendan tarefas de tipo gubernativo tocante ao goberno dos correspondentes órganos xurisdiccionais do territorio.

3. A especialización da carreira xudicial. Especial referencia aos xulgados do mercantil

O Consello Xeral do Poder Xudicial ten a competencia exclusiva sobre a provisión dos destinos xudiciais, así como sobre a especialización de xuíces e maxistrados, polo que, unha vez sentados polo lexislador os criterios xerais a través da nova Lei orgánica do poder xudicial, todos os problemas da súa implantación terán que ser resoltos a través de medidas regulamentarias e materiais emanadas do Consello.

E, como resaltou Eduardo-Ángel Perdiguero Bautista, maxistrado e letrado do Consello Xeral do Poder Xudicial, un dos puntos básicos do Pacto de Estado para a reforma da xustiza é o de apostar pola especialización no exercicio da función xudicial. Para corroborar este punto o rela-

⁴ Solucións apuntadas polo propio Consello Xeral do Poder Xudicial no *Libro blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.

tor serviuse da intervención do ministro de Xustiza ante a Comisión de Xustiza e Interior no Congreso dos Deputados con data do 14 de febreiro de 2001, cando sinalaba que:

«una justicia requiere, en primer lugar, una nueva organización judicial con modificaciones importantes para descongestionar y reducir con ello retrasos y dilaciones, recuperar en lo posible la justicia más próxima al ciudadano, ajustar la organización a la carga de trabajo existente en cada parte del territorio nacional, asumir las especializaciones que requiere nuestro tiempo y ordenar el sistema de recursos».

Na citada comparecencia, o ministro de Xustiza continuaba afirmando que para a mellora da xustiza resulta decisivo aprobar un novo estatuto de todo o persoal que a protagoniza: dous xuíces, dous fiscais, dous secretarios e oficiais, así como dous auxiliares e axentes. En tal sentido, sinalaba que formularía con detalle numerosas propostas, que terían como selo común o reforzamento da preparación, o trazado dunha carreira incentivadora, a revisión do sistema retributivo e a preocupación pola especialización.

Polo outro lado, nesta idea de especialización para acceder a determinados cargos xudiciais o propio ministro facía referencia á necesidade de substituír o criterio de promoción na carreira xudicial da antigüidade polo de mérito e especialidade, así como á permanencia en ordes xurisdiccionais ás que se aspiraba⁵. E sinalaba, así mesmo, que era indispensable potenciar a idea de carreira, coa superación do exclusivo criterio da antigüidade e por medio da incorporación dos criterios de mérito, formación, especialización, rendemento e calidade do traballo, como criterios de promoción e de adxudicación de destinos e, en consecuencia, de mellores niveis retributivos.

De feito, a reforma da Lei orgánica do poder xudicial, operada pola Lei 19/2003, do 23 de decembro, aposta decididamente pola especialización, como se reflicte xa desde a súa *Exposición de motivos* cando fala de que

«la decidida apuesta por la profesionalidad de Jueces y Magistrados recogida en el Pacto de Estado (...) hace imprescindible la modificación del sistema de ingreso en la Carrera Judicial, así como la extensión a nuevos supuestos de los principios de mérito, formación y especialización para la adjudicación de los diferentes destinos, superándose así el exclusivo criterio de antigüedad».

⁵ Estas últimas palabras do ministro de Xustiza pronunciadas no ano 2001 son tamén recordadas por MAGRO SERVET, V.: «La especialización penal en el acceso a la Audiencia Nacional en la reforma de la LOPJ», *Diario la Ley*, nº 5905, o 2 de decembro de 2003.

De igual xeito, o artigo 326.1 da Lei orgánica do poder xudicial establece o seguinte:

«El ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la carrera judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos».

Perdiguero Bautista explicoulles aos oíntes as particularidades da especialización da carreira xudicial tanto na orde contencioso-administrativa coma na orde xurisdiccional social, na orde civil e penal, así como na de menores. Non obstante, sobre o que máis se detivo foi respecto á especialización da carreira xudicial na orde mercantil, dada a enorme repercusión que implicou a específica e recente creación dos xulgados mercantís.

Modificada pola Lei orgánica para a reforma concursal, a Lei orgánica do poder xudicial atribúelle ao xuíz do concurso xurisdicción exclusiva e excluínte naquelas materias que se consideran de especial transcendencia para o patrimonio do debedor, aínda que sexan de natureza social, así como as de execución e as cautelares calquera que sexa o órgano do que dimanaran. O carácter universal do concurso xustifica a concentración nun só órgano xurisdiccional do coñecemento de todas estas materias, cuxa dispersión quebranta a necesaria unidade procedemental e decisoria.

Ao Consello Xeral do Poder Xudicial corresponderalle unha selección e preparación rigorosa dos xuíces que vaian ocupar este tipo de órgano xurisdiccional, a cuxo fin se prevé un sistema de especialización preferente no que se deberán superar probas tendentes a acreditar un coñecemento específico da materia.

Así, o artigo 329.4 da Lei orgánica do poder xudicial, redactado conforme a Lei orgánica 19/2003, dispón que:

«los concursos para la provisión de los Juzgados de lo Mercantil se resolverán a favor de quienes, acreditando la especialización en los asuntos propios de dichos Juzgados obtenida mediante la superación de las pruebas de especialización que reglamentariamente determine el Consejo General del Poder Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón. En su defecto, se cubrirán con los magistrados que acrediten haber permanecido más años en el orden jurisdiccional civil. A falta de éstos, por el orden de antigüedad...».

Mentres que para os órganos colexiados, o artigo 330.5.b) da mesma lei sinala que

«si hubiere una o varias secciones de las Audiencias Provinciales que conozcan en segunda instancia de los recursos interpuestos contra todo tipo de resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Mercantil, tendrán preferencia en el concurso para la provisión de sus plazas aquellos magistrados que, acreditando la especialización en los asuntos propios de dichos juz-

gados, obtenida mediante la superación de las pruebas selectivas que reglamentariamente determine el Consejo General del Poder Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón. En su defecto, se cubrirán por los magistrados que acrediten haber permanecido más tiempo en el orden jurisdiccional civil. A falta de éstos, por los magistrados que acrediten haber permanecido más tiempo en órganos jurisdiccionales mixtos».

4. O procurador dos tribunais: as súas funcións

Para referirse a esta cuestión que mellor que o procurador e decano do Ilustre Colexio Oficial de Procuradores da Coruña, Javier Sánchez García, quen reflexionou en torno á dimensión privada e pública da representación procesual a través da procuradoría e a súa relación co mundo da avogacía.

A Administración de Xustiza constitúe un servizo público do Estado e a prol deste, velando polos intereses dos cidadáns, tanto en canto ao éxito das súas pretensións como a manter un principio de igualdade entre as partes, pola complexidade dos diferentes procesos, faise necesaria a intervención de profesionais que actúen no proceso, técnicos en dereito, ben representando ás partes, ben asesorándoas. Esta actuación, coñecida na nosa doutrina procesual como «postulación procesual», engloba dúas institucións de enorme tradición na vida xurídica: a que representa a parte no proceso, denominada procuradoría, e a que a asesora, a avogacía.

O fundamento e a existencia de ambas as institucións xustifícase na complexidade que representan as leis e os diferentes procedementos, debido ao descoñecemento por parte dos cidadáns tanto das leis coma dos diferentes trámites procesuais que aconsellan a intervención de técnicos en dereito capacitados para suplir a actividade das partes, evitando os múltiples traslados aos órganos xudiciais e salvagardando os principios básicos de igualdade e de indefensión no proceso.

Unha e outra institución teñen predefinido o seu labor ao longo do procedemento xudicial. A avogacía concentra a súa tarefa na dedicación e preocupación ao estudo dos asuntos desde a vertente substantiva do dereito. A procuradoría, especialista en dereito procesual en constante comunicación coa avogacía, desenvolve as súas funcións sobre a base da achega de datos, notificacións e instrucións sobre o asunto, é dicir, actividades que non constitúen a xestión estritamente defensora pero que requiren permanente atención e dilixencia, perfecto coñecemento da oficina xudicial e que estea en contacto directo con esta, velando polos intereses e dereitos do seu representado e prestando a colaboración necesaria, á súa vez, con ela, coa garantía a través da súa presenza no proceso do principio de igualdade entre as partes e coa súa comunicación co órgano xurisdiccional que permita un normal desenvolvemento e despacho dos asuntos.

Polo conseguinte, o principio xeral, agás as excepcións reguladas nas leis procesuais, é a intervención obrigatoria do avogado e procurador no proceso. Esa intervención non só supón unha garantía do interesado elevada á categoría de dereitos fundamentais pola Constitución (artigo 24.2), senón que implica tamén unha facilitación do propio procedemento, dada a súa condición de colaboradores da Administración de Xustiza.

Os procuradores, na súa condición de representantes das partes e de profesionais con coñecementos técnicos no proceso, deben garantir de maneira activa unha representación de calidade, rápida e eficaz dos dereitos e intereses lexítimos dos cidadáns no desenvolvemento do proceso, «sin cuya colaboración no sólo se resentiría gravemente el normal funcionamiento del mismo, sino que resultaría de imposible cumplimiento las garantías de efectividad y defensa que impone la Constitución a la Tutela Judicial» (sentenza do Tribunal Constitucional do 1 de outubro de 1993).

En opinión de Sánchez García, a modernización da procuración permitirá unha representación do cidadán de maior calidade ante a xustiza e contribuirá, de acordo coa vixente Lei de axuizamento civil, ao dereito de todos á tutela xudicial efectiva e ao anhelo e necesidade dunha nova xustiza civil caracterizada precisamente pola efectividade.

A necesidade da súa reforma aparece así contemplada no *Libro blanco de la Justicia*, onde o Consello Xeral do Poder Xudicial se pronuncia a favor da ampliación das súas funcións ao dicir que:

«entendemos que en nuestro país debería considerarse la conveniencia de tender a un sistema en el que, manteniendo la figura del Procurador como representante de los Ciudadanos ante los Tribunales, pudiera el mismo asumir otros cometidos de colaboración con los órganos jurisdiccionales y con los abogados directores de la defensa de las partes en el procedimiento, concretamente en el marco de los actos de comunicación en las fases procesales de prueba y ejecución y en los sistemas de ventas forzosas de bienes embargados, en los términos y con las limitaciones que se establecen en otras partes de este estudio»⁶.

5. A xurisdición competente para coñecer accións de responsabilidade civil fronte a unha Administración pública no caso da existencia dun seguro de responsabilidade civil

Baixo a denominación «Do mito de Sísifo», José Manuel Busto Lago, profesor titular de dereito civil e maxistrado suplente da Audiencia Provincial da Coruña, referiuse sobre este tema e extraeu, entre outras, as conclusións que seguen a continuación, que o levaron finalmente a explicar o motivo desta denominación sobre a cuestión.

⁶ CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL: *Libro blanco...*, ob. cit., páxs. 35 e 36.

Na Lei orgánica 19/2003, do 23 de decembro, o lexislador tomou conciencia da realidade do seguro de responsabilidade civil das administracións públicas, se ben, fíxoo estritamente no ámbito da atribución de competencia xurisdiccional para coñecer daquelas demandas dirixidas conxuntamente fronte a unha Administración pública e o seu asegurador, descoñecendo a posibilidade de exercicio da acción directa polo prexudicado exclusivamente fronte a este último, suposto no que, indubidablemente, se terá que recoñecer a competencia dos órganos da orde xurisdiccional civil. Isto último supón unha fenda no sistema de unidade xurisdiccional que, desde hai anos, vén perseguindo establecer o lexislador español a prol da orde contencioso-administrativa. En palabras de Busto Lago, «la roca de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas rueda, de nuevo, hacia el *valle* del orden jurisdiccional civil».

Para o relator é unha reforma lexislativa máis coa que o lexislador non conseguiu pechar as vías –as *fugas* do sistema– para que a xurisdición civil resulte competente para axuizar supostos de responsabilidade civil das administracións públicas. Para estes efectos, parece que a única posibilidade de pechar aquela fenda pasa por afrontar a regulación do contrato de seguro coas necesarias adaptacións que require o caso do asegurado que teña natureza de Administración pública e, no caso de estimarse adecuado, suprimindo a posibilidade de exercicio da acción directa exclusivamente fronte ao asegurador nestes supostos, se ben ten que ponderar que suporía a supresión dun dereito autónomo do que, con carácter xeral, goza o prexudicado cando o axente do dano ten asegurada a súa responsabilidade civil.

E é aquí onde Busto Lago identifica o tema do seu relatorio co «mito de Sísifo», en tanto que o lexislador parece condenado, «cual Sísifo contemporáneo»⁷, a non conseguir o seu ansiado obxectivo de manter o coñecemento da responsabilidade civil das administracións públicas, en todo caso, no seu cómodo ámbito da xurisdición contencioso-administrativa. Rematou a súa exposición dicindo «creamos a Homero cuando subrayaba que Sísifo era el más sabio y prudente de los mortales y apelemos a su *prudencia*» (á do lexislador).

⁷ «Los dioses habían condenado a Sísifo a empujar sin cesar una roca hasta la cima de una montaña, desde donde la piedra volvería a caer por su propio peso. Habían pensado con algún fundamento que no hay castigo más terrible que el trabajo inútil y sin esperanza» (CAMUS, A.: *El mito de Sísifo*, Ed. Alianza / Editorial Losada, Madrid / Buenos Aires, 1981, páx. 157 [edición original, *Le mythe de Sisyphe*, Ed. Gallimard, París, 1951]).

6. Abstención e recusación de xuíces e maxistrados

Ante o feito de que Carmen Calvo Sánchez, decana da facultade de dereito e catedrática de dereito procesual da Universidade de Salamanca, non puido desenvolver o tema por circunstancias alleas á súa vontade, tal e como estaba inicialmente previsto por parte da organización das xornadas, Antonio Fraga Mandián, xuíz decano dos colexios de maxistrados da Coruña, foi o encargado de desenvolver finalmente a cuestión da abstención e recusación de xuíces e maxistrados.

«De la abstención y la recusación» é o título IV do primeiro dos libros da Lei de axuizamento civil que abrangue do artigo 99 ao 128. Nestes preceptos contense non a disciplina global de ambos os institutos procesuais, senón, unicamente, a regulación dos diferentes procedementos a través dos cales se ten que canalizar a abstención e a recusación dos xuíces e maxistrados, así como tamén a dos secretarios xudiciais, oficiais, auxiliares e axentes da Administración de Xustiza e dos peritos⁸. É, ademais, aos procedementos de abstención e recusación regulados na Lei de axuizamento civil a onde se remiten as leis de procedemento das restantes ordes xurisdicionais (artigo 54).

En canto ás súas características xerais, a abstención e a recusación constitúen dous instrumentos procesuais tendentes a salvagardar a imparcialidade dos órganos xudiciais con respecto ás partes intervinientes nun determinado proceso, así como tamén a dos demais funcionarios que forman parte da Oficina Xudicial e a dos peritos que presten os seus servizos no respectivo procedemento. Do Ministerio Fiscal, en cambio, a lei unicamente prevé a súa abstención, nunca a súa recusación.

A través do primeiro dos referidos instrumentos procesuais, calquera dos indicados funcionarios e persoas en quen concorra algunha das causas legais de abstención e recusación previstas na lei poderá, de oficio ou de *motu proprio*, absterse de continuar intervindo no proceso do que se trate. Pola contra, por medio do segundo será algunha das partes procesuais (ou o Ministerio Fiscal nos procedementos nos que interveña) quen solicite que o funcionario ou a persoa en cuestión afectada por algunha causa legal de abstención e recusación sexa afastada do proceso, sen posibilidade de que volva a intervir neste no que reste da súa tramitación.

Os orzamentos e a finalidade perseguida por ambos os institutos son, pois, análogos. A esencial diferenza entre eles radica tan só no procedemento para canalizar unha e outra, así como na natureza imperativa ou de orde pública da abstención, que fai que esta constitúa un deber ou obriga exercitable de oficio por xuíces e maxistrados contraria ao carácter

⁸ Sobre a abstención do Ministerio Fiscal a Lei de axuizamento civil remite ao disposto no seu respectivo estatuto orgánico.

puramente potestativo da recusación, que determina que sexan unicamente as partes procesuais quen ostenten o dereito a promovela.

7. A policía xudicial. O secretario e a oficina xudicial

Agustín J. Pérez Cruz Martín, catedrático de dereito procesual da Universidade da Coruña e maxistrado suplente da Audiencia Provincial da Coruña, referiuse ao tema da policía xudicial mentres que a cuestión do secretario xudicial e a oficina xudicial foi obxecto de análise por Juan José Martín Álvarez, secretario xudicial e director xeral de Xustiza da Xunta de Galicia, que actuou en substitución de Eduardo Ortega Martín, maxistrado e xefe do gabinete do presidente do Consello Xeral do Poder Xudicial.

A oficina e o secretario xudicial posúen unha recente configuración dada pola amentada Lei orgánica 19/2003, consecuencia do tamén mencionado Pacto de Estado para a reforma da xustiza, suscrito polas principais forzas políticas o 28 de maio de 2001, e que tiña como un dos seus máis claros obxectivos realizar un esforzo profundo de mellora e modernización da nosa xustiza, ofrecendo así resposta a unha demanda inequívoca da cidadanía que debía comezar por aqueles que dedican a súa vida profesional ao servizo da xustiza.

Pois ben, coa reforma da Lei orgánica do poder xudicial puxéronse as bases de moi relevantes novidades ao introducirse unha importante reforma da oficina xudicial, do corpo de secretarios xudiciais e dos corpos funcionariais de oficiais, auxiliares e axentes xudiciais, que acadan a súa propia denominación, pois agora reciben o nome de *xestión procesual e administrativa e de auxilio procesual*, todos integrantes do chamado *personal colaborador e auxiliar da secretaría xudicial*.

Desde a óptica das comunidades autónomas con competencias transferidas como a galega, dúas son as notas que Martín Álvarez subliñou desta reforma:

- 1.- O principio de distribución competencial na xestión da Administración de Xustiza entre o Estado e as comunidades autónomas.
- 2.- A oficina xudicial como instrumento de organización e o secretario como responsable en materia de coordinación coas administracións públicas competentes en materia de xustiza.

En primeiro lugar, a reforma introduce elementos que permiten afirmar que o traspaso de funcións deixou de ser unha transferencia de mera xestión, onde non existía capacidade normativa en relación coa xestión dos medios persoais, cuestión que agora se fai posible e compatible co mantemento do carácter nacional dos corpos funcionariais.

Neste sentido, esta reforma procesual é coherente, a diferenza da de 1985, coa distribución competencial que fai participar plenamente as

comunidades autónomas na xestión dos medios persoais e materiais de xustiza.

Se algún tipo de receo existía sobre esta participación, o relator considera que quedou desterrado pola lóxica dos feitos, debido a que a xestión autonómica se exerceu de maneira responsable, cun esforzo notable desde o punto de vista do investimento público, e coa mostra eficaz na análise e solución das tradicionais carencias da nosa Administración de Xustiza, tendo en conta a súa proximidade aos seus problemas cotiáns.

Por iso, e como preconiza o punto vixésimo segundo do Pacto de Estado para a reforma da xustiza, debe proseguir o traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado ao resto das comunidades autónomas que a día de hoxe non posúen estas funcións.

En segundo lugar, a reforma supón un cambio na organización da Administración de Xustiza, a través do que é o seu fundamental instrumento organizativo, a oficina xudicial.

Nesta materia as administracións territoriais xestoras –ben sexa o Ministerio, ben sexan as comunidades con competencias– terán unha ampla marxe de actuación para axeitar o deseño organizativo da oficina xudicial ás necesidades de cada territorio e á demanda que posibles modificacións procesuais puideran xerar.

De igual maneira, a figura do secretario, como responsable en materia de coordinación coas administracións públicas competentes en materia de xustiza, está recollida no parágrafo terceiro do novo artigo 452 da lei, cando di que «los Secretarios Judiciales colaborarán con las Comunidades Autónomas con competencias asumidas para la efectividad de las funciones que estas ostentan en materia de medios personales y materiales, dando cumplimiento a las instrucciones que a tal efecto reciban de sus superiores jerárquicos. Para una mejor coordinación podrán constituirse Comisiones Mixtas de Secretarios Judiciales y representantes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos territoriales».

8. O Consello Xeral do Poder Xudicial: as súas competencias

Por último, Enrique López López, maxistrado e vogal portavoz do Consello Xeral do Poder Xudicial, comentou as características básicas e as competencias do Consello Xeral e concretou que este constitúe un órgano constitucional, independente dos demais poderes do Estado, autónomo na súa organización e funcionamento, ao que atribúe o goberno do Poder xudicial –aínda que non o monopoliza, senón que o comparte cos órganos de goberno interno dos tribunais– en ámbitos de aplicación do estatuto legal dos xuíces e a inspección do exercicio da función xurisdiccional, cuxa competencia, en suma, non é xurisdiccional, senón organizativa e ins-

trumental para garantir a independencia do Poder xudicial suxeito exclusivamente ao imperio da lei.

Coa creación do Consello Xeral do Poder Xudicial pretendeuse dotar a este poder dun órgano de goberno autónomo que asumira en boa medida, e de forma independente, as competencias que tradicionalmente lle corresponderan ao Goberno, a través do Ministerio de Xustiza; aínda que este –e así mesmo os consellos de goberno das comunidades autónomas que asumiron competencias na materia a través dos seus respectivos estatutos de autonomía– segue conservando importantes funcións en materia de medios persoais e materiais da Administración de Xustiza.

Polo que se refire ás súas competencias, tendo en conta as modificacións sufridas pola Lei orgánica 19/2003, estas foron clasificadas sistematicamente por Enrique López de acordo ao seguinte esquema:

1.- Funcións relativas ao nomeamento de altos cargos: proposta de nomeamento do presidente do Tribunal Supremo e do Consello Xeral do Poder Xudicial; proposta de nomeamento de dous maxistrados do Tribunal Constitucional; audiencia no nomeamento do fiscal xeral do Estado. Así mesmo, correspóndelle o nomeamento do secretario xeral do propio Consello Xeral do Poder Xudicial e do persoal dos servizos administrativos dependente deste.

2.- Atribucións en materia de selección, formación, perfeccionamento, provisión de destinos, ascensos, situacións administrativas e réxime disciplinario de xuíces e maxistrados. Nomeamento dos xuíces, mediante orde e presentación a real decreto, referendado polo ministro de Xustiza, dos nomeamentos dos maxistrados do Tribunal Supremo, presidentes e maxistrados.

3.- Inspección de xulgados e tribunais. O artigo 107 da Lei orgánica do poder xudicial dispón que o Consello Xeral terá entre as súas competencias a «inspección de Juzgados y Tribunales», mentres que no artigo 171 especifica que «ejerce la superior inspección y vigilancia sobre todos los juzgados y tribunales para la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia».

4.- Función consultiva. O Consello Xeral do Poder Xudicial deberá informar dos anteproxectos de leis e disposicións xerais do Estado e das comunidades autónomas que afecten, total ou parcialmente, ás materias relacionadas co poder xudicial ou ao exercicio da función xurisdiccional. Así mesmo, a petición das Cortes xerais ou das asembleas lexislativas das comunidades autónomas, informará das proposicións de lei ou emendas que versen sobre estas materias (*vid.* artigo 108 da Lei orgánica do poder xudicial).

5.- O Consello Xeral do Poder Xudicial deberá elevar anualmente ás Cortes xerais unha memoria sobre o estado, funcionamento e actividade

do propio consello e dos xulgados e tribunais, que incluíra as necesidades que, ao seu xuízo, existan en materia de persoal, instalacións e recursos en xeral, para a correcta realización das funcións que a Constitución e as leis orgánicas lle asignan ao Poder xudicial.

6.- Publicación oficial da colección de xurisprudencia do Tribunal Supremo.

7.- Elaboración, dirección da execución e control do cumprimento do seu propio orzamento.

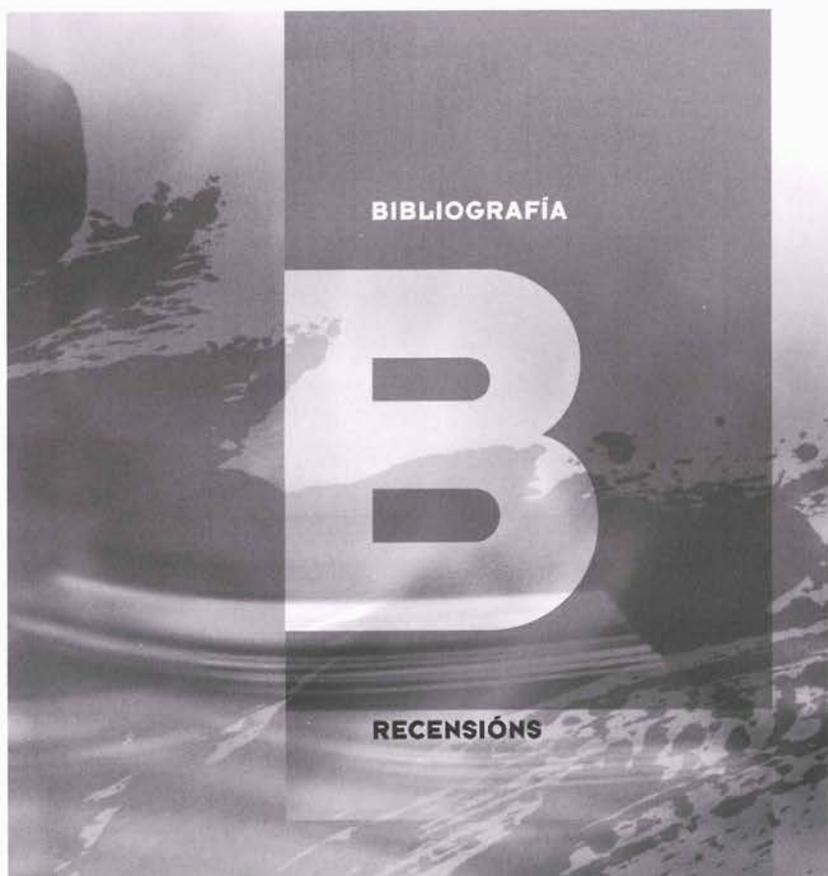
8.- Potestade regulamentaria para ditar regulamentos sobre o seu propio persoal, organización e funcionamento, e os que sexan necesarios para a execución ou aplicación da Lei orgánica do poder xudicial, así como naqueles casos nos que estean expresamente permitidos nesta, sempre dentro do seu ámbito de competencias.

9.- O artigo 108.4 dispón, conforme o artigo 124.4 da Constitución, que o Consello ten que ser oído preceptivamente sobre o nomeamento do fiscal xeral do Estado.

10.- O Consello tamén asumiu competencias implícitas, non xa en relación coa garantía da independencia, senón co aseguramento da efectividade da tutela xudicial: en relación coa organización da oficina xudicial, a dotación das bibliotecas xudiciais e de medios informáticos para o acceso á xurisprudencia e lexislación, e, incluso, as suxestións ao Goberno ou ao Parlamento da adopción de medidas de orde lexislativas.

11.- Aquelas outras competencias que lle atribuían as leis: así, entre outras, en relación co amparo aos xuíces e maxistrados que se sintan atacados na súa independencia, cos nomeamentos de xuíces substitutos e maxistrados suplentes, a resolución dos recursos contra os acordos dos órganos de goberno interno ou o informe dos recursos en materia de responsabilidade por funcionamento anormal da Administración de Xustiza.

12.- Finalmente, e de maneira especial, a competencia en materia de selección e formación, inicial e continuada, dos xuíces e maxistrados. 



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

Gallaecia: romanización y ordenación del territorio

Luis Rodríguez Ennes

Dikinson, Madrid, 2004

A pegada do imperio romano na construción xurídico-política e na evolución histórica de Galicia constituíu unha vez máis o eixe central deste pequeno libro do profesor Rodríguez Ennes, que abunda na que foi unha das súas fundamentais liñas de investigación durante, polo menos, os últimos dez anos. É certo que os límites da provincia romana *Gallaecia* moi pouco teñen que ver coa configuración territorial da nosa Comunidade autónoma, como o propio autor lembrou de novo, pero iso non é óbice para que amose como a romanización se sentiu no noso contorno máis próximo.

É unha obra rigorosa, científica á vez que divulgativa, e cun importante aparato crítico. As afirmacións que se formulan, as máis das veces recollendo as diversas hipóteses que se construíron sobre as escasas fontes directas coas que se conta, susténtanse nun estudo previo moi intenso. Pode dicirse, así pois, que o libro refunde en poucas páxinas moito traballo previo, foxe das conclusións apresuradas e contense para non introducir no discurso datos superfluos ou que non se correspondan estritamente co obxecto da investigación.

Pero é algo máis ca un libro ortodoxo dentro da disciplina romanística. Escrito con sinxeleza, como se escriben as obras máis complexas, non só queda ao alcance de eruditos ou estudosos da disciplina. Non é casual que quen asina

estas páxinas pouco máis coñeza daquela que os estudos cursados na facultade de Dereito de Santiago, precisamente como discípulo do prof. Rodríguez Ennes, e algunhas lecturas posteriores illadas. A obra resulta moi accesible para o público en xeral e moi adoutrinadora para xuristas, para historiadores e para todos os que sintan algo de curiosidade sobre os cimentos políticos, xurídicos, administrativos e socioeconómicos da nosa Galicia actual. Porque, ademais, non decae no seu interese en ningún momento e resulta entretida, con multitude de datos que aproximan o lector ao mundo antigo desde unha perspectiva máis humana, cotiá e popular. É, neste sentido, un libro de historias de colectivos, de pobos e de sociedades, máis ca de grandes personaxes.

Despois dun percorrido histórico polas diversas e sucesivas divisións de *Hispania*, comezando pola República e incidindo con especial atención na organización provincial correspondente á época de Augusto, lixeiramente modificada en tempos de Caracalla e remodelada en profundidade con Diocleciano, o autor alude á cuestión que constituíu unha causa eficiente da conquista romana: a explotación de minerais preciosos. A abundancia de ouro, estaño e prata provocou unha explotación intensiva, especialmente nos albores da época imperial. O libro dá conta das principais técnicas de explotación mineira, así como das durísimas condicións de vida e de traballo, cunha mortalidade moi elevada e a unha idade moi temperá. Principalmente engrosado por man de obra escrava, o continxente ao servizo das explotacións auríferas, estanníferas e arxénteas foi progresivamente asistindo á incorporación de *peregrini* e de *liberi mercenarii*, máxime a causa do recurso a técnicas extractivas máis sofisticadas que requirían de man de obra máis cualificada, aínda que estes profesionais contaban con condicións de vida e traballo considerablemente mellores, como poñen de manifesto os achados arqueolóxicos en xacementos como os de Vipasca ou Riotinto. Polo demais, o autor describe a presenza militar, así mesmo acreditada sen ningunha dúbida, aínda que resultan discutibles as funcións a que se destinaba, acaso simplemente de vixilancia e policía, acaso, tamén, dirixida a certos aspectos relacionados coa industria extractiva.

En canto á titularidade mineira, os xacementos eran considerados *ager publicus*, explotados mediante concesións perpetuas outorgadas a cambio de certas contraprestacións monetarias ou en especie. En todo caso, é un ámbito excluído do concepto de dominio quirritario por parte dos particulares. Durante a República, con toda probabilidade as *societates publicanorum* desempeñaron un papel protagonista na administración mineira e, a partir de Augusto, os procuradores provinciais, ou ben procuradores especificamente designados –*procuratores metallorum*–, cuxas competencias e rango variaban considerablemente duns casos a outros.

Evidentemente, a sobreexplotación, pero tamén a aparición de xacementos máis saturados noutros confíns do Imperio, produciron un progresivo declive na industria extractiva en *Hispania*. Como queira que sexa, xa para entón a romanización deixara unha pegada absolutamente decisiva, e tamén na *Gallaecia*, aínda

que esta se relativizou máis do debido. Os conventos *Lucensis*, *Bracarensis* e *Asturicensis* e a progresiva aparición das leis municipais romanas foron outros tantos feitos decisivos, xa entroncando con outras épocas históricas, que foron conformando unha realidade sociocultural da que somos herdeiros e debedores.

En definitiva, unha rebusca por algún dos nervios centrais deste libro, breve pero intenso, debe ser bastante para transmitir os seus moitos valores. Obra de cita para os estudosos, de consulta para curiosos e de lectura amena para os afeccionados á historia e ao dereito, a súa publicación non debería pasar desapercibida. Que eu contribúa nunha modesta medida a iso, satisfáime plenamente, e máis satisfará a quen atendan o consello de entreterse un anaco non moi longo con ela.

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de dereito do traballo
e da seguridade social
Universidade de Vigo*

El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho

Mauricio Fioravanti (ed.), tradución de Manuel Martínez Neira

Editorial Trotta, Madrid, 2004, 231 pp.

○ mundo do dereito e o da historia do dereito están rodeados de paradigmas explicativos, verdades conceptuais ideadas por nós coa finalidade de comprender, razoar e xustificar (no caso de que sexan posibles) os interrogantes que a realidade pon ante nós, moito máis complexa e polimórfica do que a primeira vista se poida crer. Falamos de feudalismo, de capitalismo, de reinos, de testamentos, de contratos, de responsabilidade, de conceptos e categorías todos eles acuñados coa nosa mentalidade para tratar de explicar a mentalidade do pasado. ¿É lexítima esta imposición do noso modo de ser cara a outras formas de existencia que, en principio e só en principio, son alleas, cronoloxicamente falando? –outra cousa é a perdurabilidade no tempo, a sedimentación–. Exercicio de retrospección saudable que pode cometer abusos, obviar certas coñecementos formais, comezando polo propio léxico correspondente ao período histórico estudado, proxectar categorías actuais sobre os momentos temporais nos que aquelas non foran sequera esbozadas. Pero un exercicio necesario. Coñecer é dicir primeiro, e logo, clasificar e ordenar. Todo coñecemento é froito da conxunción entre o suxeito que coñece e o obxecto coñecido. Non hai verdadeiros límites ao subxectivismo. Aceptada esta premisa, débese buscar, cando menos, a pluralidade, xa que a obxectividade é un labor de tolos ou de imbéciles. O mesmo acontece co formalismo que algúns xenios peninsulares e insulares tratan de alegar como fundamento da arbitrariedade máis descarnada e máis ab-

soluía ante a ausencia doutros argumentos, fóra dos crematísticos. O estado moderno é un destes paradigmas, un destes intentos explicativos no que converxen posicións discrepantes, tanto no que se refire ao fondo (os seus perfís, a súa idiosincrasia, a súa esencia,...) coma á forma (o aparato externo no que este se encarna, a súa realidade tanxible). ¿Que é o estado moderno e cales son as súas proxeccións, as súas rutas dentro da súa xa secular existencia? A resposta podémola encontrar neste libro que agora imos comentar.

Atopámonos ante unha sa e complexa contribución, froito da confluencia de diversas liñas de estudo, coas miras postas na explicación dun proceso complicado e dinámico, que funde as súas raíces na Baixa Idade Media, madura e sazónase ao longo da Idade Moderna e desemboca no estado que hoxe coñecemos coas debidas adaptacións e matizacións. Falamos de *estado moderno*, termo que, desde a formulación de Burckhardt, deu lugar a ríos de tinta, mares de ensaios e océanos de construcións interpretativas á busca do espírito teórico e práctico desta realidade conceptual que nos ocupa. Desde os que insisten na súa necesaria adxectivación cronolóxica e proxección ao longo de todos os períodos históricos, incluso o medieval que, para a nosa mentalidade, pode parecer do que o estado representa (Mitteis, Von Below) ata os que afirman que basta simplemente para falar de estado só o substantivo, sen necesidade de aditamentos, xa que antes do século XV non houbo unha superestrutura política con estes caracteres (Carl Schmitt); desde os que propugnan un complemento político (Tomás y Valiente e o seu «Estado absolutista», que non absoluto, tendente á liberación dos lazos do dereito e á proxección dun poder real superior sobre os restantes poderes medievais que con el coexistían) ata os que negan a realidade a este corpo ata a chegada do liberalismo total do século XIX (Clavero, Lalinde); desde os que esixen o requisito do dereito como articulador deste, no sentido de sometemento aos seus ditados do facer de todo operador público, ata os que afirman que é o estado do privilexio, da non xeneralidade da norma, da prerrogativa e da particularidade xurídica; desde quen o concibe como algo estático ata quen fai o propio insistindo na súa vivacidade, na súa evolución e na súa capacidade de mímese e de cambio. As augas son, pois, bastante turbias e a claridade conceptual esixe depurar plenamente ante que realidade nos atopamos. Libro de perfís, de indicios, configurado ao xeito dun tratado ou manual para estudantes, básico pero sen excluír o rigor científico e intelectual, a obra é o resultado da unión de varios esforzos dos máis insignes representantes da escola florentina, agrupados arredor da figura do profesor Paolo Grossi. O profesor Maurizio Fioravanti, un dos máximos expertos europeos en doutrina constitucional, coordinou con acerto a edición, encomendando a cada un dos integrantes do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* a reflexión sobre a materia ou o perfil do estado que lle era máis próximo. O libro non é ambicioso. Proclámao o editor no prólogo: hai unha finalidade docente que encarna o ideario dos autores que é «ofrecer una síntesis de los elementos y aspectos jurídico-institucionales que consideramos esenciales para el desarrollo

de cualquier curso universitario dedicado a las ciencias humanas, sociales, jurídicas y políticas, en los que se estudie, de distinta manera y con diversa perspectiva, la historia de las edades moderna y contemporánea» (p. 9). O estado descomponse en varias categorías: Constitución, dereitos, xustiza e administración, códigos, propiedade e contratos, traballo e empresa, xustiza criminal e relacións internacionais. ¿Como se articula esta realidade nova con toda esta gama plural de realidades? Con innovacións e con contraposicións aos modelos preteritos do Antigo Réxime. Interesa destacar a idea de tránsito, de cambio, de mutación institucional. A historia non é nunca un punto e á parte. O esquema das palabras é o mesmo. Nominalismo sen reparos. Cambia o significado interno daquelas. O estado, continúa Fioravanti no prólogo, manifesta como o «moderno tiene hoy un resultado articulado y complejo, por no decir excesivamente crítico (...). El resultado actual diverge claramente de esa particular versión de lo moderno que había triunfado entre los siglos XVIII y XIX: el Estado liberal de Derecho, el Estado nacional soberano, la ley del Estado como primera fuente del Derecho y como primera garantía de los derechos, la afirmada plenitud del Derecho estatal codificado, la administración pública como personificación del mismo Estado soberano» (p. 11). Neste intercambio histórico, o novo e o antigo danse a man. O noso estado é herdanza do estado de dereito que emerxe da revolución liberal de finais do século XVIII, pero, ao mesmo tempo, recibe a influencia do anterior, do estado xurisdiccional, moitos de cuxos aspectos volven florecer.

Comeza a primeira colaboración, debida ao propio Fioravanti, baixo a rúbrica, «Estado y Constitución» (pp. 13-43), coa forxa do ideario estatal nos seus máis sinalados aspectos. O proceso é continuo. Desde o século XVI ata o estado democrático actual succédense vinculacións diferentes e plurais. Son case seis séculos de periplo e, evidentemente, non hai unha identidade total entre o poder que exerce un señor nos albores da estatalidade e o que emana do estado absoluto dos séculos XVII e XVIII ou da Revolución Francesa. Fioravanti constrúe a súa idea de estado sobre a idea de goberno, un goberno que desde o século XIII comeza a deseñar uns perfís característicos. Este consiste na conxunción de varios elementos: un señor que exerce as atribucións do *imperium* (xustiza, tributación e servizo de armas, fundamentalmente), con referencia a un territorio máis ou menos amplo e extenso (non un simple conglomerado de terras), cunha asemblea representativa que limita o poder e colabora na articulación da propia sociedade estamental, e coa presenza de regras, de orixe consuetudinaria, que comezan a redactarse por escrito, baixo a forma dunha sorte de contrato entre o señor e as forzas sociais e/ou políticas presentes no territorio. Pero, ¿bastan simplemente estes aspectos para que se poida falar de *Estado*? Hai que engadir algunha precisión máis. É necesario que a conformación deses elementos se organice dun modo peculiar. Territorio si, pero un territorio en sentido político, «objeto de dominación de un señor, que ahora trasciende la suma de las tierras que en él están comprendidas» (p. 15); asemblea si, pero non unha

assemblea ao estilo medieval con funcións de auxilio e de consello, senón que vai máis alá e controla, limita e intervén nos asuntos máis complexos (os tributarios) para os seus propios intereses. Regras sí, pero regras que non recollen o novo, senón o antigo, que «pretenden disciplinar por escrito los ámbitos de poder del señor, de la asamblea y de las fuerzas agentes, con el propósito de definir en su totalidad el modo de gobierno del territorio» (p. 15). Aparece, pois, o estado cando se integran estes elementos no sentido apuntado, isto é, cando «tenemos una realidad territorial gobernada cada vez más en su conjunto, y cada vez de manera más institucionalizada, según reglas escritas que fijan el lugar de cada uno (...). El Estado como gobierno de un territorio, que actúa de manera cada vez más disciplinada y reglada, con la intención de reunir las fuerzas operativas sobre ese territorio, de reconducirlas a una perspectiva común» (p. 15). O papel do dereito como factor aglutinante do proceso construtor e creativo é notorio. Incluso podemos afirmar que é a clave da bóveda do novo edificio do poder. Cómpre un avance conceptual: falta a soberanía. O estado non pode quedar reducido a unha simple práctica organizada de goberno dun territorio, senón que necesita fusionarse co «principio-guía de la soberanía» (p. 16). Non é tanto como se exercitan eses poderes, senón o porqué se exercitan así, dese modo puntual e novidoso. O fondo, de novo, o fondo do poder, non a forma.

Ese estado non é lineal. O amplo período observado, de case seiscentos anos, permite observar tres modelos sucesivos que se superpoñen, sen eliminar os antecedentes. Coexistencia, pois, de superestruturas. Primeiramente, aparece o «Estado Jurisdiccional», encarnación do paradigma ao que se referiu no seu momento Pietro Costa. O estado primeiro é, sobre todo e polo legado medieval, un estado que xulga exclusivamente. A súa extensión cronolóxica prodúcese ata finais do século XVIII. Tres notas anímanos: o corporativismo (a unidade vai precedida das partes que a compoñen: o gobernante debe presupoñer a existencia de todo un conglomerado de corpos intermedios, de raizame variada e plurais denominacións); un dereito común, non único, superior respecto aos demais, sobre os que incide con ánimo reformista, non derogador; e un goberno unitario, que quere a uniformidade, cuxa actuación por antonomasia é a xurisdiccional, «que permite de manera más bien elástica gobernar una realidad territorial compleja, esencialmente con la intención de mantener la paz, de asociar y mantener en equilibrio las fuerzas existentes» (p. 18). O estado non ten intención de cambiar a realidade. É, sobre todo, pacificador, conservador do estado de cousas que se recibiu do pasado. Coincide co estado absolutista, pero non é un estado pasivo: ao longo dos seus séculos de existencia pasou a asumir novas tarefas no campo fiscal e militar creando burocracias máis directamente dependentes do soberano, promove actuacións relativas ás obras públicas, á beneficencia, etc. A corte prodúcese coa Revolución Francesa. O artigo 3 da famosa *Declaración dos dereitos do home e do cidadán*, de agosto de 1789, proclama o aspecto máis relevante: a fundamentación do poder pasa agora do monarca á nación, na que reside esencialmente toda a soberanía. Corte radical. Aparece un novo mo-

delo de estado. É o estado de dereito e todos os seus corolarios: aplicación clara e uniforme da lei, a aparición da Administración pública, conformación dun estado legislativo e administrativo, fronte ao modelo xudicial anterior, a igualdade de todos os suxeitos de dereito, proclamación de dereitos fundamentais e inviolables. Agora si o dereito se converte en ordenador. Xa non hai ánimo de defensa, senón de progreso, de evolución, de innovación. A Constitución convértese na receptora deses aires de cambio, o texto no que se encarna o ideal liberal, sen pecado concibido. O século XX determina un novo avance: o estado democrático cuns perfís que acentúa a participación da cidadanía responsable.

O papel capital que a constitución desempeña aparece intimamente ligado aos modelos de estado que se esbozaron. Así, ao estado xurisdiccional correspóndelle un tipo de constitución estamental, cuxa misión é a de conformar «un ordenamiento general capaz de organizar el proceso de gobierno y las relaciones entre los distintos poderes y sujetos agentes del territorio» (p. 30), isto é, coordinar os diferentes corpos, que acaba desembocando nunha forma mixta que envolve formas de goberno moderadas e equilibradas. O prototipo é Inglaterra coas súas tres ramas do Parlamento (monárquica, aristocrática e popular), pero nada impide que se evolucione (e aquí o papel intelectual de Bodin é capital) cara a unha fórmula de carácter absolutista cuxo paradigma é Francia. A idea de soberanía, entendida como ese poder perpetuo e absoluto, cristaliza no modelo francés, coa fusión entre o Estado e o propio titular deste. A frase de Luis XIV é clara neste sentido: o Estado son eu, e a soberanía correspóndelle, perténcelle, ao titular da Coroa. De aí arrincan todos os poderes, as forzas, os dereitos, as prerrogativas. Fronte á Constitución estamental, o estado de dereito contrapón unha Constitución de corte liberal, con tres premisas esenciais, tomando como referencia a *Declaración francesa* de 1789: a presunción de liberdade (artigo 5), que crea un círculo de intimidación inatacable polo poder a favor da cidadanía; a reserva da lei para restrinxir ou limitar ese ámbito anterior (artigo 4); e, sobre todo, a idea da Constitución como garantía dos dereitos e da separación dos poderes (artigo 16), como peche protector de todo o sistema. Un novo elemento incorpórase mercé á conxunción de todos estes principios: a noción de poder constituínte, como esa soberanía en movemento, en acción, que ten como cometido e logro esencial a articulación coherente do texto constitucional do que derivan os perfís anteriormente indicados. A iso axuda a primacía da lei (xa non da xurisdición) e a soberanía que aparece exemplificada nesta. O último arquetipo constitucional é o democrático, creación do século XX, con Weimar á cabeza, onde se colocan nun primeiro plano a idea dos principios fundamentais e a inviolabilidade dos dereitos que, así mesmo, reciben este cualificativo. Pasouse dun equilibrio, expresado na xurisdición «porque era la que mejor se adaptaba a la realidad de las cosas, la que menos pretensiones unilaterales de dominio expresaba, la que mejor servía en la búsqueda de puntos de equilibrio inspirados por el principio de la justa atribución a cada uno de espacios y derechos proporcionados» (p. 39), a unha nova realidade «democrá-

tica» que pretendía «reforzar la práctica de la mediación pacífica en los conflictos, tutelando la integridad de la estructura plural del cuerpo social y evitando, así, las interpretaciones unilaterales, claramente mayoritarias, de los destinos de la comunidad política» (p. 40). Un desexo de inspirarse na historia para a nova formulación da Constitución europea (¿felizmente? aprobada en recentes datas) conclúe o magnífico esbozo da doutrina constitucional que Fioravanti nos presenta.

Segunda evolución (ou revolución) vinculada ao estado: os dereitos. Ocúpase deles Pietro Costa (pp. 45-64). A importancia destes, desas pretensións lexítimas que se recoñecen a cada un dos integrantes dunha comunidade política, é esencial para a articulación xurídica desta. Unha sociedade, di Costa, ordénase determinando os dereitos e os deberes dos seus membros e, viceversa, a identidade político-xurídica dos suxeitos encontra nos dereitos a súa principal marca (p. 46). ¿Como se produce ese periplo? O Antigo Réxime amosa realmente a un só suxeito titular de dereitos: o soberano. Todos os demais arrincan del e na medida que a súa soa vontade así o dispón. O cambio nace da doutrina e dous son os elementos doutrinarios esenciais, a xuízo do autor, o iusnaturalismo e o modelo británico. No primeiro dos casos, a conformación desa diferenza entre o «estado de natureza» e o «estado social» marca a vinculación do segundo ao primeiro, no sentido de recoñecer a existencia dunha hipotética condición humana na cal «el individuo revela sus caracteres originarios, más allá (antes) de cualquier relación de poder y obediencia» (p. 47). As dúas características básicas, piares da propia individualidade, que marcan o perfil xurídico que ten que presentar todo suxeito son a liberdade e a igualdade. Contra elas, ningún modelo político pode facer nada. O Parlamento, no caso de Inglaterra, será o encargado de resolver este problema de protección, tutelando a un mesmo tempo as súas propias prerrogativas, e dos dereitos dos súbditos. Coke dá o primeiro paso. Séguenlle toda unha pléiade de interpretacións varias: os *levellers*, Cromwell, o propio Milton. Pero a liberdade adquire novos matices. «Libertad como espacio protegido, libertad como participación política, libertad como libre expresión del pensamiento» (p. 49). Chegamos a Locke. Xunto á liberdade aparece outro novo pilar: a propiedade. Inglaterra leva á práctica estes postulados. Son eses tres valores o eixe da orde, o sustento de todo o enramado político-social. Di Costa: «Inglaterra constituye, sin embargo, una anomalía respecto al continente europeo, donde la concentración absolutista del poder no había sido eficazmente contestada por ninguna institución representativa, la religión gozaba todavía de un inmediato valor de legitimación, la libertad y la tolerancia cedían frente a la razón de Estado y los antiguos vínculos jurídicos y económicos continuaban impidiendo la movilidad social y la circulación de los bienes» (p. 51). Fronte aos desatinos reformistas dos ilustrados, o proceso que inicia Francia en 1789 vira as tornas. É xa unha auténtica revolución. Os dereitos (novamente a *Declaración francesa* de 1789) non son creados pola Constitución, nin polas leis, nin pola soberanía. Os dereitos son declarados, é dicir, preexisten á

constatación da vontade nacional expresada no texto constitucional. O poder non crea, nin xera, nin innova, nin alumea esas liberdades, senón que as asume como propias e encara unha nova tarefa: a declaración, o recoñecemento, a defensa e a promoción. Xa non hai unha creación graciosa, unha prerrogativa por parte da soberanía ou do soberano. Desde o instante mesmo en que a soberanía reside na propia colectividade, esta non renuncia en ningún instante aos dereitos inherentes a cada un dos seus membros (son claras as diferenzas neste punto entre a visión de Hobbes e a de Locke; Rousseau consegue un equilibrio entre ambas as dúas ao falar das «liberdades civís»). Pero hai máis, hai que permitir esa actuación da soberanía. Os dereitos pónense en movemento e reclaman unha presenza activa da cidadanía. O sufraxio cobra todo o protagonismo nas súas vertentes activa e pasiva. O binomio liberdade-privada e liberdade-propiedade dá paso a un terceiro elemento: a liberdade-participación, a liberdade política. O cambio revolucionario francés corre paralelo á mutación económica que sofre a Europa decimonónica. A Revolución Industrial contribúe a sepultar as bases sociais do Antigo Réxime, ao mesmo tempo que emerxen os problemas derivados da eclosión do proletariado. Ese novo modelo social, derivado da nova forma de produción, fai a súa aparición no campo dos dereitos coa necesaria vertebración dunha sensibilidade aguda cara á nova problemática nacente. Caben tres posturas (pp. 58-59): a defensa intransixente da propiedade e da liberdade, modelo que representa Spencer, as que co xogo da demanda e da oferta son capaces de multiplicar a riqueza colectiva e de incrementar a civilización (a pobreza non é un problema real, senón unha simple cuestión de tempo); a visión que propugna a actuación do Estado para protexer os suxeitos máis debilitados («El Estado debe sostener a los sujetos débiles, mediar en el conflicto social para evitar que se comprometa la existencia del orden y favorecer la integración», p. 59); e a máis drástica e radical concepción que cuestiona a orde social e os réximes existentes. Tres estratexias de resultados desiguais. A última muda a idea dos dereitos, entendidos na súa vertente absolutamente subxectiva, individual e particularizada. Agora o dereito perfecto do individuo soamente se pode materializar cunha intervención da colectividade, non subsidiaria, non residual, senón principal. O dereito ao traballo é acaso o exemplo máis notorio. Os dereitos sociais cobran carta de natureza. O século XX, con Weimar de ariete, representa un novo avance. Os dereitos civís, os dereitos políticos e os dereitos sociais únense no novo constitucionalismo, optimista e inconsciente, que fracasa ante o empuxe do totalitarismo de ambos os signos, que como nota común non lle negan ningún papel ao individuo na construción da nova (e, por sorte, efémera) orde. Tras a Segunda Guerra Mundial, a práctica iniciada en Alemaña consolídase e hoxe as constitucións e os instrumentos internacionais acabaron por recoñecer a importancia basilar de cada un dos tres piares que se viñan forxando no pasado. Civilización, política e sociedade son inseparables na época actual.

O estado necesita actuar. Xorde un novo suxeito: a Administración. Luca Man- nori e Bernardo Sordí, autores dunha excelente historia do dereito administra-

tivo, achegan o seu punto de vista, resumindo traballos anteriores, en «Justicia y Administración» (pp. 65-102). O poder público, comezan afirmando, polo menos desde os últimos douscentos anos, exprésase de tres modos: a lei, como mandato abstracto e xeral; a sentenza, como pronunciamento particular; e o acto administrativo, como intento descarnado de harmonización dos intereses públicos e particulares, que non satisfai as expectativas deste ou daquel suxeito particular, senón que se proxecta coa finalidade de realizar os seus propios fins como persoa xurídica pública: «La administración aparece como la acción del Estado, su momento operativo concreto; y el contenido de la función se identifica con la persecución de un interés público subjetivado que el Estado considera como propio y que está autorizado a hacerlo prevalecer, dentro de los límites de la ley, sobre cualquier interés privado» (p. 66). Un novo suxeito entre os lazos do poder, que o representa, que o actúa. A frase de Jellinek é sumamente gráfica: non pode haber estado sen administración. Poden faltar os xuíces, as normas, pero é preciso o aparato operador e dinámico. Pero, ¿existiu sempre esa idea novidosa de actuación? Novamente a Revolución Francesa marca as pautas e o ritmo. O Antigo Réxime, como xa se expuxo na achega de Fioravanti, non concibe de forma autónoma a Administración, o governativo, senón que todo iso aparece incardinado na idea de xurisdición. Esa comunidade dos séculos XVI ao XVIII aparece máis como sociedade que como universidade, máis como asociación de partes sumadas e agregadas que como unha real persoa nacente, diversa dos seus apéndices; o poder tende, sobre todo, a manter o equilibrio, a harmonía. Falta o suxeito que se encarga desta función. Finalmente, o dereito era algo xa dado, que debía servir de pauta para compoñer os conflitos individuais. A súa finalidade, a do poder público, era «explicitar y defender un orden jurídico inmanente y frágil al mismo tiempo» (p. 70). Calquera acto era, en resumo, resultado dun proceso. Toda actividade era unha actividade xurisdiccional, o que non impide que comecen a separarse, por vía de especialización, algunhas ramas, como as finanzas ou a policía, pero sempre cunha caracterización xurisdiccional («La actividad de administración, por lo que compete al Estado, continuó concibiéndose como averiguación de ilícitos y aplicación de sanciones», p. 73). É a finais do Antigo Réxime cando se comezan a albiscar algúns cambios por medio do emprego de novas técnicas de goberno, un goberno que conduce á práctica administrativa recentemente inaugurada: non é o oficio, senón a comisión, non «una delegación permanente y jurídicamente definida del poder, sino sobre un simple título procuratorio revocable en todo momento, que hacía del encargado una especie de *longa manus* del soberano» (p. 74). O goberno comisario, non oficial. Os intendentes son a mostra clara desta modalidade. Coa Revolución Francesa, destrúese o modelo corporativo e comézase a construír o estado máquina, un estado no que se configura un modelo unitario da distribución do poder, con circunscricións concéntricas (municipalidades, distritos, cantóns, departamentos), centralizador, de sometemento á lei, de creación dunha persoa que representa ao estado e que fai seus os seus propios intereses. Deslindase o campo xudicial

do campo administrativo, cos conseguintes problemas de control, de loita contra as inmunidades do poder, na frase xa célebre de García de Enterría, que os franceses resolven coa fórmula de autocontrol administrativo que incorpora o Consello de Estado e os consellos derivados (órganos da propia Administración para controlar a aquela, desvinculados de calquera outra función de xestión). O legado francés esténdese por toda Europa nunha clara «transformación del orden antiguo» (p. 84). O estado máquina, entendido como estado de dereito, ordenado a través da lei, da orde xurídica, chega ao seu máximo esplendor na primeira metade do século XIX. Os efectos da industrialización cambian o papel do poder. Xorde o estado providencia, cuxo modelo é a Alemaña de Bismark e novamente Inglaterra. ¿Que notas presenta este cambio? O estado deixa de ser un simple executor das leis e comeza a interesarse pola prestación de servizos á colectividade, entre os que se contan a instrución, a hixiene, a sanidade, a auga, o gas, a electricidade, o transporte, a planificación do territorio, a Seguridade social, a asistencia, a disciplina no traballo, a industria, a mariña, a minaría, etc. Xa non hai un só perfil xurídico, de mero executor ou cumpridor do ordenamento, senón que se cambia a perspectiva e se camiña abertamente cara á intervención (nalgúns casos, asumida dun modo fragmentario e ocasional, promovida polo nacemento dos problemas sociais e económicos puntuais e concretos): «Junto a la administración que ejercita según formas autorizadas las funciones tradicionales de ordenación, se perfila una administración de distribución en la que se condensa la magna empresa cooperativa de servicios públicos» (p. 91). A actividade xurídica e a actividade social danse a man. O estado asume como propias as esixencias da solidariedade social. Este modelo non tiña máis que crecer e devir nunha terceira modalidade de administración: a intervencionista (de novo Weimar, pero antes Querétaro). Xa non é só executor, xa non é só servidor, agora é empresa. Entra na economía con forza, como un novo suxeito actuante. De simple suxeito político pasa a ser un suxeito económico. As consecuencias non se fan esperar: «Los modelos decimonónicos son arrollados: se borran los límites entre lo público y lo privado; lo estatal y lo comercial, hasta este momento drásticamente separados, comienzan a confundirse; Estado y mercado interactúan recíprocamente cada vez en mayor medida» (p. 95). Estado en acción, estado no que actúa a administración directa e a xustiza distributiva. Un novo Leviatán emerxe ante os nosos ollos porque esa asunción de competencias implica a aparición de novas burocracias e de novos modelos administrativos. A administración imperativa e procedemental deu paso á administración da prestación, «una administración directa privada de funciones de monopolio, pluralista, fragmentada, muy metida todavía en el polo estatal, muy diseminada a lo largo de un difuso límite con la sociedad y con la economía, que ya no opera necesariamente según estatutos publicistas y preparada para ser absorbida en el cauce del derecho común» (p. 98). A evolución recente permitiu contemplar a demolición deste estado de cousas. Camiñouse cara á fuxida do dereito público, cara á privatización de sectores anteriormente puntuais e estraté-

xicos, cara ao desmantelamento desa perspectiva social e asistencial que o estado debe cumprir, fiel á súa esencia, fiel ao seu espírito.

O cambio no dereito e na súa formulación e creación ten reflexo na aparición dunha novidosa maneira de formular as normas: os códigos. Paolo Cappellini ocúpase deste paradigma (pp. 103-125), onde se advirte un intento de síntese respecto ao que o código significa: cambio formal e cambio material no dereito, de raíces ilustradas, novo suxeito creador das normas (en canto que inspirador e responsable da súa erección: a burguesía). A codificación é herdanza, pero reformulada ou revisitada. Mutación nos piares: xa non é a xustiza como dereito, senón a lei como xustiza a que marca a pauta. Conclúese cunha nova referencia ao horizonte europeo que se debuxa ante nós. Desenvolvendo dous temas abundantemente tratados na súa longa produción científica, Paolo Grossi perfila os dous piares esenciais sobre os que se constrúe a orde xurídica privada burguesa: «Propiedad y Contrato» (pp. 127-136), complemento da colaboración de Cappellini (ou mellor, concreción). O tránsito é claro: das propiedades do Antigo Réxime a unha propiedade única, grande e libre, para finalmente desembocar na contemporaneidade noutra constelación de propiedades. O mesmo acontece nos contratos que acaban perfilándose nun só modelo contractual, encarnación desa liberdade á que aspiraba a burguesía en todas as ordes da vida: «Ya no importa la elección de este o aquel esquema contractual, importa el acuerdo, cualquier acuerdo. Si, naturalmente, continúan ofreciéndose a los particulares tipos contractuales como compraventa, arrendamiento, mutuo, etc., antes y por encima de ellos existe una categoría general que reconoce y premia el libre consenso, el contrato, un contenedor genérico e indefinido que puede recoger todas las manifestaciones consensuales de los particulares con sólo dos límites, representados por los motivos que el Estado, en la tutela del orden público y de las buenas costumbres, entiende ilícitos» (p. 134). Modelo iusnaturalista e napoleónico, leal ao espírito dunha colectividade social concreta e puntual. O modelo, de todos modos, chega a quebrar en épocas recentes pola aparición dunha sociedade de masas fronte á sociedade elitista decimonónica anterior, e pola presenza de organismos colectivos que pretenden facer valer os intereses e dereitos das partes débiles (pp. 135-136). Contratos tipo e contratos colectivos supoñen innovacións construídas sobre a base do modelo contractual burgués, pero adaptados ás esixencias dunha nova sociedade: non prima o libre consentimento do suxeito, senón que se pon de relevo a función social e económica que cada figura contractual debe desempeñar. Non é banal ese esforzo do dereito por aprehender cos seus lazos a vida social. A especialización no campo do «Trabajo y Empresa» (pp. 137-158), explica a seguinte colaboración de Giovanni Cazzeta. O peso da sociedade industrializada xera esta pléiade de especialidades co afloramento de novos suxeitos protagonistas. Desde a prohibición do asociacionismo (coa Lei de Allarde e a Lei Le Chapelier, ambas as dúas en 1791), coa súa reivindicación da liberdade individual, pásase a un cambio nas relacións dos suxeitos actantes, no que predomina a desigualdade que

singulariza a práctica de todo o século XIX. Aquí a revolución é involución polo desexo, di Cazzetta, de suprimir os privilexios corporativos, de liberar o traballo, de conformar unha «organización económica armónica, caracterizada por la existencia de produtores individuais que, rotas las cadenas del pasado, se ponen de acuerdo obedeciendo la ley de un Estado que mero garante de su libertad. El sueño perseguido en los años de la revolución es promover una inmensa clase de pequeños propietarios y de productores independientes, una emancipación total del trabajo, una democracia de pequeños propietarios-productores» (pp. 138-139). A orde revolucionaria é un «himno al individualismo y a la autonomía de la voluntad que revelará toda su obstinación frente a la industrialización» (p. 139). Outro feito vén marcado pola concepción obxectiva do dereito mercantil, como orde xurídica dos actos de comercio, non dos comerciantes. Aparece un novo suxeito: a empresa, o empresario. É un individualismo restrinxido ou mediatizado pola creación desta nova categoría. Esta situación mantense ata que fan eclosión os conflitos sociais. Podemos cifrar no ano 1848 o momento do cambio. É a data das primeiras revolucións tipicamente sociais: fai a súa entrada Marx pola porta grande con ese fantasma que recorre unha Europa a medio camiño aínda entre o absolutismo e a verdadeira democracia (se é que esta existiu realmente no século XIX). Iso provoca a inversión dos valores, dos principios, e a unión con ese estado providencia, primeiro, (máis adiante, estado intervencionista) que acaba considerando a cuestión social como unha das súas prioridades. Xa aludimos a este aspecto. Pero a complexidade social non fai senón incrementarse. Non se detén, pois, neses campos. Resolta ou maquillada a solidariedade social, a primeira metade do século XX asiste a novas problemáticas, convertido o traballo nun elemento esencial da formulación das ideoloxías totalitarias (un traballo que nos fará libres, como rezaban os rótulos de entrada dos campos de concentración nacionalsocialistas). A protección dos consumidores, a problemática dos grupos de presión, dos monopolios, o cariz autoritario e burocrático que as empresas presentan, os equilibrios precisos para que se reduzan ou encarreiren os poderes económicos e sociais das grandes empresas transnacionais, entre outras cuestións, marcan unhas liñas claras de actuación. Como observa o autor acertadamente, «el Derecho abstracto e insensible a la economía del siglo XIX parece muy lejano de los escenarios actuales; del mismo modo parece cada vez más lejano un importante papel directivo del Estado. La complejidad actual impide que rígidas y abstractas tipificaciones jurídicas encierren eficazmente la realidad del derecho privado» (p. 157). De novo, a sociedade marca o camiño que o dereito trata a penas de regular. O dereito subordinado á dinámica acelerada da vida contemporánea.

«Justicia Criminal» (pp. 159-196) é a colaboración de Mario Sbriccoli, cunha declaración de principios tallante: «La historia de lo penal puede concebirse como la larga historia de la superación de la venganza» (p. 159), isto é, o camiño conducente á confección dos modos de resolución das controversias que se aparten dos mecanismos máis sinxelos, rudimentarios e primitivos para au-

toconpoñer os litixios. Partindo dunha xustiza penal «negociada» que buscaba o restablecemento do equilibrio violado, o resarcimento e a satisfacción das vítimas ou dos seus familiares, apoiada no consenso máis ca na certeza, vaise camiñando a medida que o Estado se fortalece (século XIV en adiante) cara a un modelo institucional hexemónico, de carácter exclusivamente público (aínda que sen anular os presupostos anteriores). Cobra protagonismo o tipo inquisitivo, que substitúe ao acusatorio, sustentado en catro presupostos técnicos (lei, acción, proba e pena), cunha sólida organización consolidada e co indiscutible complemento que supón a literatura doutrinal (as prácticas criminais que son «arquitrabes doctrinales de la jurisprudencia organizativa y la razón primera de su hegemonía. Aseverativas y descriptivas al mismo tiempo, desempeñan una doble función: legitimar con la *consuetudo practicandi* el procedimiento tal como es y dictarle al juez lo que debe decidir –si castigar o no, cómo y cuánto– ante la infinita casuística que se le puede presentar (...)» (p. 168). Hai unha clara simbiose de todos os operadores xurídicos neste sentido, desde o legislador ata os xuristas, desde a oficialidade ata a praxe. O esbozo dunha nova doutrina penal, que terá na *Constitutio Criminalis Carolina*, dada para o Imperio no ano 1532, ou nas ordenanzas de Luis XIV de 1680, as súas realidades máis conspicuas, achega novas ideas como a transferencia dos principios doutriniais á lexislación xeral, a visión preventiva xeral de todo o penal, as esixencias da orde pública (a perigosidade como prexuízo), etc. O modelo xurisdiccional, na súa vertente substantiva e adxectiva, vese enriquecido polas innovacións establecidas pola Inquisición romana, o cal non deixa de ser un paradoxo tendo en conta a lenda negra que sobre esta se verteu. Peculiares inflexións de estilo e prácticas (pp. 177-178) marcan esas visións un pouco heterodoxas fronte a posturas historiográficas máis clásicas e conservadoras. O século XVIII converte o dereito penal e o proceso penal no eixe das reformas. Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Verri, Filangieri, Pagano, Blackstone, Bentham, Sonnenfels, Hommel e Lardizábal, entre outros moitos, son os formuladores, creadores dun estado de opinión, que conduce a unha auténtica revolución dos moldes lexislativos e das súas creacións concretas, puntuais: humanitarismo, proporcionalidade, utilitarismo, responsabilidade persoal, racionalidade, laicidade, orde, certeza, seguridade e garantía, integran un acervo común, patrimonio de toda a Europa ilustrada. O proceso e o xuíz penal cambian os seus perfís: xa non se trata de máquinas orientadas a conseguir probas contrarias ao imputado, senón que se converten agora en garantes do exercicio da súa defensa. O Código penal francés de 1810 é o que dá o primeiro paso, non obstante os seus perfís antigos veñen acreditados pola súa severidade. A dulcificación opera a partir desa data, pero o estado liberal non pode renunciar á súa ideoloxía e á defensa desta polos medios que ten ao seu alcance. No que resta da súa colaboración, Sbriccoli traza un fresco rápido da situación vivida en Italia ao longo do século XIX, ata chegar aos nosos días, onde a incerteza se proxecta de novo, nesta época de cambios e modulacións, sobre o futuro do dereito penal, a súa construción ac-

tual, as súas inquietudes, as novas realidades ás que ten que atender, con este mundo semidesquiciado (ou xa completamente instalado na vesania) no que estamos instalados.

Finalmente, Stefano Mannoni fálanos das «Relaciones Internacionales» (pp. 197-217), se o estado conseguiu impoñer a súa visión organizativa e xurídica no interior, transformar a realidade interna a través dun proceso de concentración de todas as potestades vinculadas á soberanía nun só suxeito (momento que se situou arredor dos séculos XIV e XV), era preciso un exercicio de autoafirmación de cara ao exterior, ás outras realidades estatais que o circundaban. Este triunfo prodúcese a finais do século XVII, cando os estados «concebidos como macro-personas y actores únicos del escenario internacional, se asientan definitivamente en el siglo XVII, derrotando de una vez por todas a sus rivales y recibiendo el crisma de su plena consagración ideológica» (p. 198). Con iso prodúcese a eclosión dunha nova maneira de disciplinar as relacións íntensas que se van xestar entre eses suxeitos poderosos: o dereito internacional fai a súa aparición como «discurso jurídico (...) convertido en la forma privilegiada de comunicación entre Estados, influyendo en su identidad y condicionando sus comportamientos» (p. 200). A construción desa nova orde atravesamos tres momentos. En primeiro lugar, a paz de Westfalia (1648) é o punto nacente (aínda que o momento fundacional se pode retrotraer ata a paz de Augusta de 1555) que se prolonga ata as guerras napoleónicas. Os nomes de Vitoria, Suárez, Gentile e, sobre todo, Grocio, crean o corpo doutrinal que se vincula ao complexo tema da navegación (o «mar aberto» do holandés fronte ao «mar pechado» de Selden). O *ius gentium* deséñase ao concibir de forma unitaria a comunidade internacional, á que se lle dá unha fonda cohesión mediante o dereito natural, incluíndo ao seu lado os costumes dos estados. Pero con diferenzas, con matices. O dereito natural como premisa ontolóxica, expón Mannoni, dun sistema xurídico internacional é inmutable, axiomático e evidente, mentres que o novo dereito de xentes, do que deriva a súa lexitimidade, aparece como variable e histórico: «Necesario el primero, como las leyes del universo, fruto del consenso de los Estados el segundo, pero ambos derecho en sentido estricto, es decir, formado de prohibiciones, mandatos y autorizaciones» (p. 204). A época clásica, en segundo lugar, aparece tras o congreso de Viena de 1814 e a partición da Europa absolutista tras a ruína da política imperial napoleónica, acadando ata o ano 1914, cando o sistema rebenta coa Gran Guerra, a proliferación de tratados internacionais, a codificación do dereito de guerra, o recurso frecuente á arbitrase, o que son mostras dese efémero triunfo dunha comunidade internacional responsable, involucrada na idea de paz e da orde que se precisaba nunha Europa convulsionada que deixaba a pasos axigantados de ser o centro do universo. A Gran Guerra marca o tránsito a novas modalidades de relación, nas que destacan o experimento que supón a Sociedade de Nacións (pp. 213-214), a tutela da paz (pp. 214-216) e a creación dunha xurisdición permanente (pp. 216-217), loables creacións e instrumentos que non deixan de ser tímidos e ino-

centes intentos por controlar, acoutar e cercar unha realidade, a internacional, onde os recentes acontecementos demostraron o pouco éxito do dereito, instalándose de forma clara nun limiar indeterminado onde a vontade dos estados (dalgúns deses estados), o seu capricho, os seus intereses ou os dos grupos que os apoian son os únicos argumentos explicativos de tan complexo enramado. As dúas guerras do Golfo amosan o perfil claro desta nova orde mundial dinamitada e ao azar das decisións discrecionais do inquilino da Casa Branca. ¿Serviu para algo a historia, o pretérito? Nin sequera como modelo que se debe imitar, nin sequera como referencia, como exemplo. O home segue sendo un lobo, acompañado de mísiles, minas antipersoais e supostas armas químicas, para os outros homes.

A obra conclúe cun apéndice bibliográfico vinculado a cada unha das colaboracións (pp. 219-223) e cun pequeno anexo biobibliográfico de cada un dos autores (pp. 225-227), broche de ouro dun pequeno, pero grande no fondo, no espírito e na realidade, traballo que demostra, unha vez máis, a madurez científica, os bos modos e a extraordinaria capacidade de traballo do grupo de Florencia, espello no que debería mirarse unha universidade española cada vez máis preguiceira, arbitraria e que se sente o embigo do mundo. Non se trata de profundar na realidade local ou parroquial, o cal é loable sempre que non se trate de desprazar o centro do universo ao propio feudo, impugnando a visión copernicana, senón de esbozar perfís xerais, extrapolables a outras realidades que permitan comprender e explicar as institucións máis alá das singularidades explicativas que os exemplos locais poidan matizar. Soamente así se pode facer unha historia do dereito e das institucións con maiúsculas, integrando coñecementos, perfís e conceptos, dun modo harmónico que conduza á reconstrución aproximada dun pasado no que non rexen leis, senón, na expresión de Paul Ricoeur, hipóteses xerais aproximativas.

Faustino Martínez Martínez

*Profesor axudante de Facultade
Universidade Complutense de Madrid*

La nueva Ley general tributaria

Rafael Calvo Ortega (director)

José Manuel Tejerizo López (coordinador)

Thomson Civitas, 2004

Esta obra colectiva é froito do traballo de varios catedráticos de dereito¹ tributario de distintas universidades españolas que quixeron abrir un debate necesario, e seguramente frutífero, sobre a nova lei sen agardar a súa entrada en vigor.

A Lei xeral tributaria é o eixe central do ordenamento tributario onde se recollen os seus principios esenciais e se regulan as relacións entre a Administración tributaria e os contribuíntes. A aprobación desta nova Lei xeral tributaria constitúe, sen dúbida, un acontecemento de excepcional² relevancia para todos os estudosos do dereito, e moito máis se a norma substituída é nada menos que de 1963.

A Lei xeral tributaria 58/2003 entrou en vigor o 1 de xullo de 2004, polo tanto, os distintos profesionais vinculados á materia tributaria, tanto da Administración coma os asesores fiscais, terán máximo interese no estudo da reforma

¹ Concretamente, Clemente CHECA GONZÁLEZ, Manuel FERNÁNDEZ JUNQUERA, Alfonso M. GARCÍA-MONCÓ, César GARCÍA NOVOA, Isabel GARCÍA-OVIES SARANDIESES, Manuel GONZÁLEZ SÁNCHEZ, José Luís MUÑOZ DEL CASTILLO, Eugenio SIMÓN ACOSTA e Manuel VEGA HERRERO.

² En palabras do director da obra, Rafael CALVO ORTEGA, «la promulgación de una nueva Ley General Tributaria constituye un hecho histórico de importancia indudable para el amplio mundo de la fiscalidad. Su vocación de permanencia frente a la mutabilidad de las leyes especiales y su contenido esencialmente conceptualista y sistematizador le garantizan un arco temporal de varias décadas».

integral operada. A norma substituída, a Lei 230/1963, do 28 de decembro, xeral tributaria, fora obxecto de diversas modificacións parciais que trataban de adaptar este texto legal aos cambios experimentados na evolución do sistema tributario. Pero era necesaria unha modificación completa que convertese a Lei xeral tributaria nunha verdadeira norma codificadora³, dotada dunha sistemática e dun contido axeitado aos procedementos de xestión tributaria actualmente empregados e ás novas tecnoloxías aplicadas ao funcionamento da Administración.

A nova lei presenta como principais obxectivos: reforzar as garantías dos contribuíntes e a seguridade xurídica; impulsar a unificación de criterios na actuación administrativa; posibilitar a utilización das novas tecnoloxías e modernizar os procedementos tributarios; establecer mecanismos que reforcen a loita contra a fraude, o control tributario e o cobro de débedas tributarias e diminuír os niveis actuais de litixiosidade en materia tributaria.

A nova Lei xeral tributaria será de aplicación a todas as administracións tributarias en virtude e co alcance que se eleva do artigo 149.1.1ª, 8ª, 14ª e 18ª da Constitución, sen prexuízo do disposto nas leis que aproban o convenio e o concerto económico en vigor, respectivamente, na Comunidade Foral de Navarra e nos territorios históricos do País Vasco. En definitiva, esta lei dítase ao amparo do disposto para as seguintes materias: 1ª, en canto regula as condicións básicas que garanten a igualdade no cumprimento do deber constitucional de contribuír; 8ª, en canto se refire á aplicación e eficacia das normas xurídicas e á determinación das fontes do dereito tributario; 14ª, en canto establece os conceptos, principios e normas básicas do sistema tributario no marco da facenda xeral; e 18ª, en canto adapta ás especialidades do ámbito tributario a regulación do procedemento administrativo común, garantíndolles aos contribuíntes un tratamento similar ante todas as administracións tributarias.

Na nova lei defínense, dun xeito didáctico, as obrigas, materiais e formais, que poden xurdir da relación xurídico-tributaria. Así, as obrigas materiais clasifícanse en: obriga tributaria principal, obrigas tributarias de realizar pagamentos a conta, obrigas entre particulares resultantes do tributo e obrigas tributarias accesorias, e, entre estas últimas, inclúense as de satisfacer o xuro de demora, as recargas por declaración extemporánea e as recargas do período executivo.

Establécese unha completa regulación do xuro de demora, destacando como principal novidade a non existencia de xuro de demora dende que a Administración incumpra algún dos prazos establecidos na propia lei para ditar a resolu-

³ Segundo o director desta obra colectiva, «en resumen, la LGT que entrará en vigor en este año de 2004, cumple satisfactoriamente su vocación codificadora. Esto no quiere decir que sosiegue la producción normativa cada vez más intensa y que obligue a una normación más pausada. La codificación ordena lo que hay en la vida jurídica y permite, por el conceptualismo y sistematización citados, una economía legislativa importante. Pero la garantía de una producción futura integrada y medida depende, en última instancia, del legislador y de su prudencia».

ción por causa imputable a ela, agás determinadas excepcións. Tamén se modifica a regulación das recargas do período executivo de modo que se esixirá unha recarga do 5 por 100, sen xuros de demora, se se ingresa a totalidade da débeda tributaria antes da notificación da providencia de prema; unha recarga do 10 por 100, sen xuros de demora, se se ingresa a totalidade da débeda tributaria e a propia recarga antes da finalización do prazo de ingreso das débedas apremadas; e unha recarga do 20 por 100 máis os xuros de demora se non se cumpren as condicións anteriores.

En canto aos dereitos e garantías dos obrigados tributarios reproducécese a lista contida no artigo 3 da Lei 1/1998, do 26 de febreiro, de dereitos e garantías dos contribuíntes, e incorpóranse novos dereitos como o dereito a empregar as linguas oficiais no territorio da Comunidade autónoma, o dereito a formular queixas e suxestións, o dereito a que consten en dilixencia as manifestacións do interesado ou o dereito a presentar calquera documento que se estime conveniente.

Un dos ámbitos onde se concentra unha parte importante das novidades que presenta a nova lei é en materia de aplicación dos tributos tanto na súa estrutura coma no seu contido. Poténciase o deber da información e da asistencia aos obrigados tributarios. Destaca como principal novidade o carácter vinculante de todas as contestacións ás consultas tributarias escritas e non só para o consultante senón tamén para outros obrigados tributarios sempre que exista identidade entre a súa situación e o suposto de feito formulado na consulta. Outórgaselle, tamén, carácter vinculante durante un prazo de tres meses á información da Administración sobre as valoracións de bens inmoebles que vaian ser obxecto de adquisición ou transmisión.

Tamén destaca a importancia outorgada ao emprego e á aplicación de técnicas e medios electrónicos, informáticos e telemáticos pola Administración tributaria para o desenvolvemento da súa actividade e as súas relacións cos contribuíntes, coa fixación dos principais supostos nos que cabe a súa utilización, cunha ampla habilitación regulamentaria. Así mesmo, poténciase a publicación de notificacións na Internet, que poderá substituír a efectuada tradicionalmente nos taboleiros de edictos.

A regulación das actuacións e dos procedementos de xestión tributaria é unha das principais novidades desta lei, dado o escaso número de preceptos que sobre esta materia contiña a Lei 230/1963, do 28 de decembro, xeral tributaria. Así, régúlanse, de forma aberta, as formas de iniciación da xestión tributaria e procédese, por vez primeira no ordenamento tributario, á definición de conceptos como o de autoliquidación ou o de comunicación de datos, así como o de declaración ou autoliquidación complementaria e substitutiva. Do mesmo modo, régúlanse, unicamente, os procedementos de xestión tributaria máis comúns, ao tempo que se permite o desenvolvemento regulamentario doutros procedementos de menor entidade para os que se acuña un elemental sistema de fontes.

En materia de actuacións e procedemento de inspección, destaca a detallada regulación do prazo de duración do procedemento inspector e os efectos do seu

incumprimento e, especialmente, a nova modalidade de actas con acordo que constitúe unha das principais modificacións que introduce a nova lei como instrumento ao servizo do obxectivo de reducir a conflictividade no ámbito tributario.

A nova lei leva a cabo unha revisión, en profundidade, do réxime sancionador da Lei 230/1963 co obxecto de incrementar a seguridade xurídica na súa aplicación e potenciar o aspecto subxectivo da conduta dos obrigados na propia tipificación das infraccións, de modo que as sancións máis elevadas queden reservadas aos supostos de maior culpabilidade.

Tipifícanse novas infraccións, como a solicitude indebida de devolucións omitindo datos relevantes e, ao mesmo tempo, inclúense infraccións reguladas ata agora en leis especiais como a comunicación incorrecta ou a non comunicación de datos ao pagador de rendas sometidas a retención ou ingreso a conta. Desaparece, en cambio, a tipificación xenérica como infracción de calquera incumprimento de obrigas ou deberes esixidos pola normativa tributaria, por esixencias do principio de tipicidade en materia sancionadora.

En canto á tipificación das sancións, co obxecto de aumentar a seguridade xurídica, establécense, en cada caso, os criterios de gradación aplicables e a porcentaxe fixa que representan, de modo que a suma de todos os concorrentes coincide coa sanción máxima que se pode impoñer.

Así mesmo, revísase o sistema de redución das sancións por conformidade ou acordo do contribuínte. Mantense a redución do 30 por 100 para o caso de conformidade coa proposta de regularización e inclúese unha redución do 50 por 100 para a nova modalidade de actas con acordo, sempre que non se impugne a liquidación nin a sanción na vía contencioso-administrativa e se ingrese antes da finalización do período voluntario, se se achegou, un aval ou certificado de seguro de caución. Tamén se inclúe, co obxecto de reducir o número de recursos contra sancións, unha redución do 25 por 100 para todos os casos, agás as actas con acordo, no que o importe da sanción se ingrese en prazo voluntario e non se interpoña un recurso contra a sanción, nin contra a liquidación.

Regúlanse todas as modalidades de revisión de actos en materia tributaria, establécese unha regulación máis detallada dos procedementos especiais de revisión e do recurso de reposición. Tamén, destaca a regulación no ámbito tributario do procedemento de revogación para revisar os actos en beneficio dos interesados.

Na regulación das reclamacións económico-administrativas amplíase a un mes o prazo de interposición e introdúcense igualmente importantes novidades coa finalidade de axilizar a resolución das reclamacións e diminuír o número de asuntos pendentes nos tribunais económico-administrativos. Neste sentido, destaca a creación de órganos unipersoais que poderán resolver reclamacións, en única instancia e en prazos máis curtos, en relación con determinadas materias e contías, ademais de intervir, dentro do procedemento xeral, na resolución de inadmisibilidades ou cuestións incidentais ou no arquivo de actuación no caso de caducidade, renuncia, desistencia ou satisfacción extraprocesual.

Por último, sinalar que, en materia de recursos extraordinarios, se establece un novo recurso de alzada para a unificación da doutrina contra as resolucións do Tribunal Económico-Administrativo Central, o que coñecerá unha sala especial de nova creación na que participan, ademais de membros do propio tribunal, o director xeral de tributos, o director xeral da Axencia Estatal de Administración Tributaria, o director xeral do departamento do que dependa funcionalmente o órgano que ditou o acto e o presidente do Consello para a Defensa do Contribuínte. Esta medida complementa a de carácter vinculante das consultas tributarias para facer efectiva a unificación de criterios na actuación de toda a Administración tributaria.

A modo de resumo do anteriormente exposto os motivos do cambio e a filosofía da nova norma son:

Razóns para modificala	Obxectivos da nova Lei
O seu carácter preconstitucional	Reforzar a garantía dos contribuíntes
A necesidade de regular os procedementos de xestión tributaria actualmente utilizados	Impulsar a unificación de criterios na actuación administrativa
A excesiva dispersión da normativa tributaria	Posibilitar o emprego das novas tecnoloxías e modernizar os procedementos tributarios
A conveniencia de axeitar o funcionamento da Administración ás novas tecnoloxías	Establecer mecanismos que reforcen a loita contra a fraude, o control tributario e o cobro de débedas tributarias
A necesidade de reducir a confluencia en materia tributaria	Diminuír os actuais niveis de litixiosidade en materia tributaria

Por iso, a nova lei xeral tributaria, que entrará en vigor este ano, cumpre satisfactoriamente a súa vocación codificadora. Isto non quere dicir que se pause a produción normativa cada vez máis intensa e que obrigue a unha regulación máis pausada. A codificación ordena o que hai na vida xurídica e permite, polo conceptualismo e sistematización citados, unha economía legislativa importante. Pero a garantía dunha produción futura integrada e medida depende, en última instancia, do lexislador e da súa prudencia.

Como di o autor na presentación da súa obra, unha nova lei xeral é sempre motivo de esperanza. Hai que desexar que esta que agora nace sexa un punto de arranque para o florecemento doutrinal que contribúa a unha creación e aplicación dos tributos máis xustos. Sucedeu en 1963 coa lei que cumpre agora os seus últimos días. Nesta confianza hai que recibir e saudar o novo texto.

Non é fácil xulgar unha obra deste tipo nunhas curtas liñas, pero doume por satisfeito se se contribúe a unha maior difusión desta.

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue

Michael Barzelay

University of California Press, Berkeley, 2001

Karl Marx ensinaba que o importante non era explicar o mundo senón transformalo. Os autores pertencentes á tradición da nova xestión pública fixeron todo o contrario, cambiaron o mundo (polo menos no que respecta ao funcionamento das administracións públicas) pero non explicaron suficientemente as razóns de tal cambio. Foi unha transformación máis ben intuitiva, pragmática se se quere, tomando ideas de aquí e de acolá, pero case que en ningún caso se explica cal é a filosofía que move eses cambios ou as razóns profundas que levan a este xiro de filosofía. Máis ben foi un proceso imitativo, seguir a moda. Se noutros países o fan nós non imos ser menos. De aí que sorprenda a aparición de libros como este de Barzelay, que quere estudar o fenómeno da aparición da nova xestión pública dende a súa filosofía e dende o diálogo interdisciplinar coa ciencia política, a economía institucional e, incluso, dende a filosofía da linguaxe.

Podemos distinguir tres grandes temas no libro. En primeiro lugar podemos destacar a preocupación do autor polo método que se segue para a análise teórica da nova xestión pública. O autor atópao na combinación da análise de caso e do método comparativo. A análise de caso é un método de corte cualitativo, desenvolto principalmente na Escola de Xestión de Harvard de onde provén orixinariamente o noso autor (agora está na *London School of Economics and Political Science*), que consiste no estudo en profundidade dalgunha experiencia concreta e, a partir de aí, explicar as interrelacións entre os feitos, o contexto histórico e, incluso, os factores de liderado persoal que influíron na resolución

do caso. O autor enriquece este método coa inclusión de comparacións con experiencias acaecidas noutros lugares e co establecemento de experiencias que serven como pauta de referencia para os demais casos. Barzelay usa os casos acabados das reformas administrativas de Gran Bretaña, Australia e Nova Zelandia como *benchmark* ou modelo para comparar cos casos doutros países con reformas menos ambiciosas como Alemaña, para tratar de determinar que pautas hai en común, que pode ou non ser extrapolado e cal é, en definitiva, a esencia que nos permite poder falar ben dun cambio na cultura administrativa ou ben da permamencia reformada do vello paradigma de Administración pública ou «administración pública progresista» que é como lle chama o autor. Para nós esta proposta metodolóxica é positiva pero insuficiente. Positiva porque consideramos que os métodos cualitativos son moito máis acaecidos para o estudo da Administración pública ca os cuantitativos, que o único que nos ofrecen son pautas e tendencias de evolución históricas pero que non nos permiten abordar a complexidade da problemática cotiá nin albiscar tendencias de futuro ao carecer da información que dá o coñecemento detallado do que ocorre no mundo político-administrativo (cambio de líderes, relacións humanas na Administración, crises económicas...) que en maior medida nos dan as técnicas cualitativas. Insuficiente porque aínda ofrecendo unha información de mellor calidade os estudos comparados de caso carecen dunha verdadeira teoría da acción administrativa equiparable a que, por exemplo, nos ofrece von Mises na súa *Acción Humana* a respecto da acción económica. Isto é aínda que carecemos dun coñecemento teórico integrado que nos permita deducir cales van ser as consecuencias das accións administrativas ou cales son as lóxicas de actuación dos actores administrativos. A teoría da axencia ou a *public choice*, ás que logo nos referiremos, son avances neste camiño pero aínda non foron quen de realizar unha teoría integrada da acción administrativa.

A segunda preocupación do libro é a narratividade, isto é, a preocupación por acadar unha linguaxe da xestión pública coherente e unificada que permita a crítica entre os autores, que evite ambigüidades e malos entendidos e que, polo tanto, permita construír un *corpus* unificado dentro da disciplina. Este é un obxectivo moi pouco tido en conta nesta área de coñecemento e que é máis importante do que a primeira vista pode parecer. Donald McCloskey escribiu hai uns anos un libro titulado *La retórica de la economía* que tivo bastante influencia no mundo das ciencias económicas no que se comparaban dous libros sobre historia económica e, a pesar de ser un deles moito mellor en información e argumentación, o que triunfou académica e popularmente foi o peor e só por ter unha retórica elaborada que o facía máis convincente. Algo semellante pretende o noso autor coa narrativa da xestión pública, gañar en rigor científico e en influencia.

O terceiro eixe do libro é o da integración da xestión pública dentro do marco da análise de políticas públicas. O autor considera as reformas administrativas como políticas públicas, isto é, decisións deliberadas por parte dos órganos políticos de modificar determinadas realidades no seo da Administración pública

con vistas a obter algún obxectivo determinado. O autor, en primeiro lugar, desvela que como toda política pública hai unha filosofía política, un conxunto de ideas que inician o proceso. Entre estas ideas destaca, especialmente, a ideoloxía do xerencialismo, ou pretensión (ao meu ver errada) de que as administracións públicas poden e deben ser xestionadas como entes privados. A esta ideoloxía o autor destaca a influencia relativa dos principios da elección pública, que supoñen egoísmo e autointerese nos actores políticos e burocráticos, e da nova economía institucional, que estuda os custos de transacción relativos dos diferentes entramados institucionais e os problemas de axencia dentro das organizacións. Ao desvelamento da ideoloxía que rixe a formulación das políticas de reforma administrativa o autor engade, en segundo lugar, a visión destas como un proceso político coas súas correspondentes etapas nas que os propósitos iniciais se van alterando de acordo coas circunstancias do contorno. As reformas administrativas na práctica diferirán moito no seu funcionamento de cómo foron concibidas, debido ás peculiaridades do seu subsistema político (actores, institucións, tempo...). En terceiro lugar, a Barzelay preocúpalle a medición dos *outputs* ou consecuencias directas das políticas de reforma administrativa e os *outcomes* ou consecuencias indirectas das políticas. É aí, neste aspecto, onde máis se botan de menos as ideas da escola austríaca respecto do intervencionismo, en concreto as ideas de von Mises expresadas no seu libro *Crítica del intervencionismo* ou por Henry Hazlitt en *La economía en una lección*. Barzelay cando fala de *outcomes* non deduce teoricamente cales poden ser as consecuencias a medio e longo prazo das reformas emprendidas, precisamente porque o método do estudo de caso non ten capacidade de predicir as consecuencias posibles destas reformas, senón só explicar o que xa pasou.

En conclusión o libro de Barzelay constitúe un avance positivo na liña de acadar unha teoría coherente da xestión pública, pero que se amosa aínda insuficiente para acadalo precisamente por cuestión de método. O estudo comparativo de caso é unha mellora a respecto dos métodos cuantitativos de estudar a xestión pública pero non é, parafraseando a von Mises, teoría senón historia. O estudo de caso descríbemos con gran riqueza o que aconteceu, que actores interviron ou cales eran as circunstancias pero isto é historia. Con este método non se pode deducir que é o que pode ocorrer noutros casos. Os únicos que poden pretender explicar as consecuencias probables e esperables dunha determinada decisión política son os métodos axiomático-dedutivos que propugna a escola austríaca de economía e que, por desgraza, aínda non están ben integrados na teoría da xestión pública. Mentres non se acade tal método seguiremos a facer historia, iso si unha historia cada vez mellor, que é o que nos ofrece Barzelay.

Miguel Anxo Bastos Boubeta

*Profesor titular de ciencia política e da administración
Facultade de ciencias políticas e sociais
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 mecanografiadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de ser o caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, coa súa listaxe 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 clasificar o artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ao 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 ao pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ao final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ao final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase a súa listaxe 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 todos os efectos.
15. Os autores comprométese a corrixir as 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

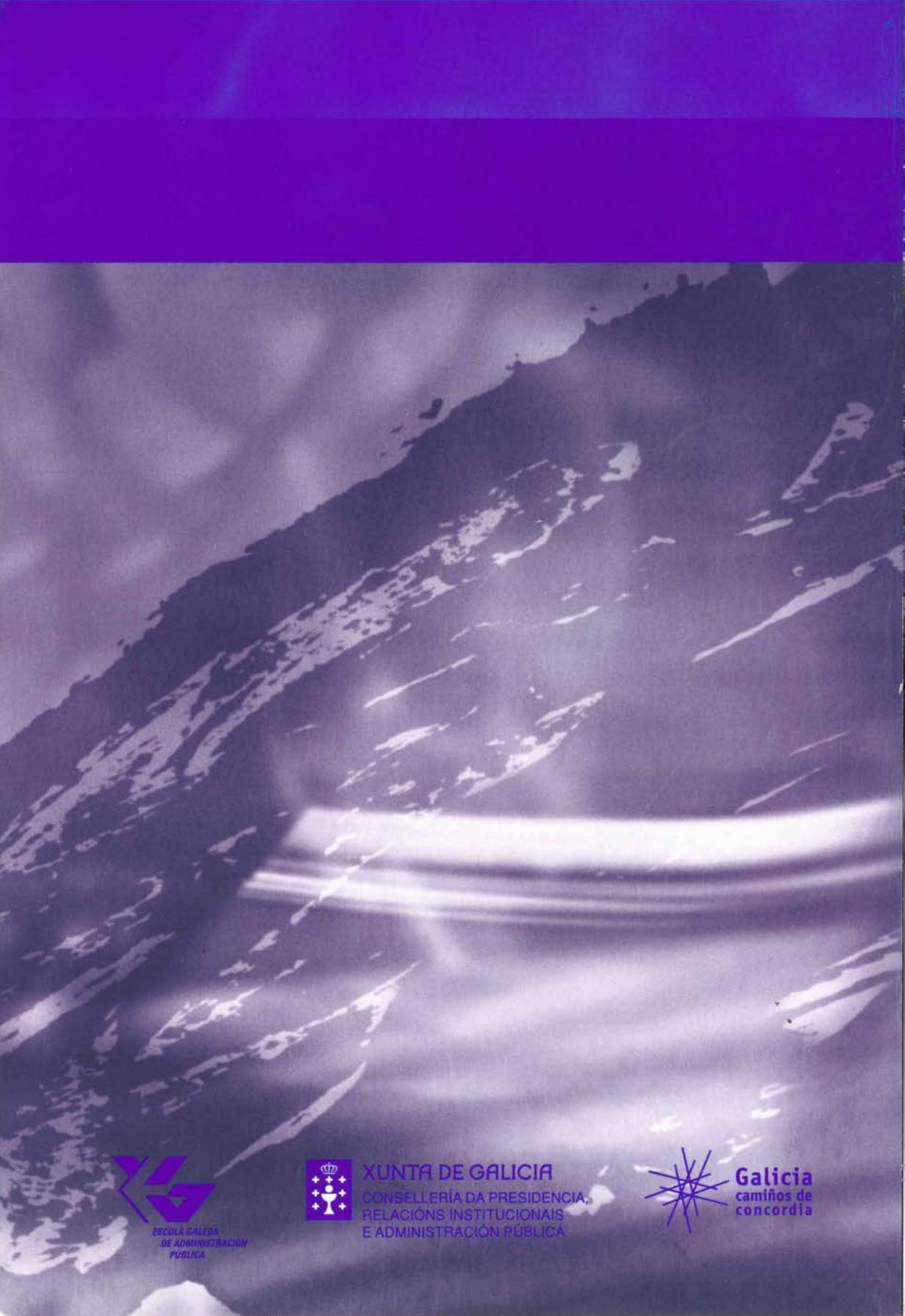
Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

38

XUNTA DE GALICIA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Galicia
camiños de
concordia