

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

39

XUNTA DE GALICIA





39

XANEIRO - ABRIL  
2005

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

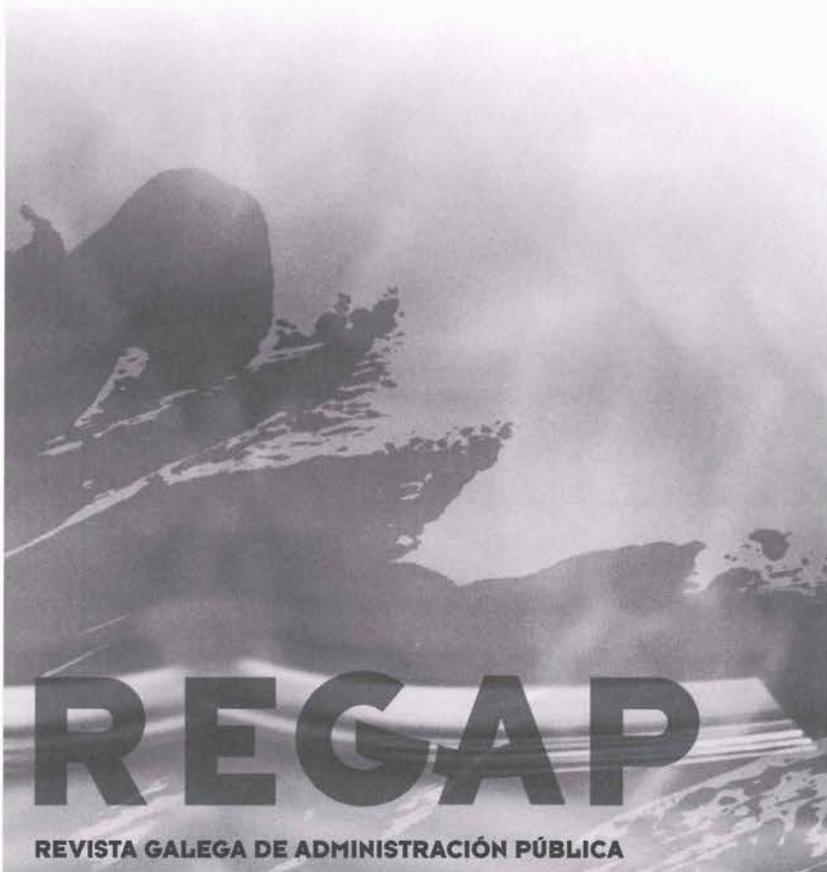
*Deseño gráfico:* uqui lllll cebra

*Imprime:* Litoror

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



## **D**IRECTOR

**Domíngalo Bello Janeiro**

*Director da EGAP*

## **S**ECRETARÍA TÉCNICA

**José Luis Mínguez Goyanes**

*Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia*

## **C**ONSELLO

**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 Faña Medín**

*Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña*

**Luciano Fariña Busto**

*Conseillero 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*

**Luis Rodríguez-Ennes**

*Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo*

**Juan Rodríguez Yuste**

*Conseillero 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*

# SUMMARY

Perfecto Yebra Martul-Ortega	<i>In memoriam</i> de D. Carlos Gilberto Díaz Otero	13
------------------------------	---	----

## STUDIES

Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor	Corporate arbitration nowadays	21
José Manuel Otero Lastres	Arbitration and industrial property	47
José Manuel Pérez Fernández	The origin of the so-called mercantile town planning. The tools for town planning and their types	67
M <sup>a</sup> Teresa Carballeira Rivera	Introduction of projects in non building land. Legal system of the projects of supramunicipal interest. The autonomous town planning. Special reference to the Galician legal system. Consideration of the environmental factor	81

## NOTES AND COMMENTS

Manuel Antonio Crespo Pérez	Legal system of the notification of the administrative action	109
Xavier Boltaina Bosch	The jurisdiction of the autonomous communities to regulate the administrative situations and the extinction of the relation of service of their civil servants	163
Faustino Martínez Fernández	County council municipalities and consortia	183
Xulio Ferreiro Baamonde	Offices for the assistance of victims (The grounds for their introduction within the Galician Autonomous Community)	211

## JURISPRUDENCE

Pablo González Mariñas	The final date for presentation of documents within the contentious-administrative civil action under the protection of the Spanish Rule of Civil Procedure: articles 128.1 LJCA and 135.1 LEC (with regard to the decision by the Supreme Court of 28 April 2004, referee Mr Yagüe Gil)	251
------------------------	--	-----

# SUMARIO

Perfecto Yebra Martul-Ortega	<i>In memoriam</i> de D. Carlos Gilberto Díaz Otero	13
------------------------------	---	----

## ESTUDOS

Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor	El arbitraje societario hoy	21
José Manuel Otero Lastres	Arbitraje y propiedad industrial	47
José Manuel Pérez Fernández	El origen del llamado urbanismo comercial. Los instrumentos del urbanismo comercial y sus modelos	67
M <sup>a</sup> Teresa Carballeira Rivera	Implantación de proxectos no solo non urbanizable. Réxime xurídico dos proxectos de interese supramunicipal. O urbanismo autonómico. Especial estudo da lexislación galega. Consideración do factor ambiental	81

## NOTAS E COMENTARIOS

Manuel Antonio Crespo Pérez	Réxime xurídico da notificación dos actos administrativos	109
Xavier Boltaina Bosch	La competencia de las comunidades autónomas para regular las situaciones administrativas y la extinción de la relación de servicio de sus funcionarios públicos	163
Faustino Martínez Fernández	Mancomunidades e consorcios	183
Xulio Ferreiro Baamonde	As oficinas de asistencia ás vítimas (bases para a súa implantación na Comunidade autónoma de Galicia)	211

## XURISPRUDENCIA

Pablo González Mariñas	O prazo de presentación de escritos no proceso contencioso-administrativo ao amparo da Lei de axuízamento civil: os artigos 128.1 da LXCA e 135.1 da LAC [a propósito da sentenza do TS do 28 de abril de 2004, relator Sr. Yagüe Gil]	251
------------------------	--	-----

## PARLIAMENTARY CHRONICLE

- 259 \_\_\_\_\_ The social and democratic rule of law and their  
parliamentary diffusion within the Galician case **Xosé Antón Sarmiento Méndez**

## ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- 285 \_\_\_\_\_ Tribute to Mr José Luis Meilán Gil  
A Coruña, 15/12/2004 **Marta García Pérez**
- 295 \_\_\_\_\_ Conferences on Agricultural Law  
Lugo, 16-17 November 2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**

## BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 321 \_\_\_\_\_ *Information about the juridical-social ideology of a Galician  
erudite (With regard to the study by Luis Rodríguez Ennes  
Fray Martín Sarmiento and the Law world)*  
Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005) 166 ps **Ramón P. Rodríguez Montero**
- 339 \_\_\_\_\_ *Rethinking the autonomy. Study of the reform of the  
Galician Statute of Autonomy*  
X. A. Sarmiento Méndez, coord., J. I. Marquina Sánchez,  
J. J. Fernández Rodríguez, V. A. Sanjurjo Rivo  
and M. Martínez García  
University of Vigo, 2005) 269 ps **Juan José Vázquez Gestal**
- 345 \_\_\_\_\_ *Alienage and immigration:  
uridical and socio-economical aspects*  
Presno Linera, Miguel Ángel [coord.]  
Tirant, 2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- 351 \_\_\_\_\_ *The administrative reform from the citizen*  
Arenilla Sáez, Manuel  
INAP, Madrid, 2003 **Miguel Anxo Bastos Boubeta**

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

- O estado social e democrático de dereito e as súas  
259 \_\_\_\_\_ proxeccións parlamentarias no caso galego **Xosé Antón Sarmiento Méndez**

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Homenaje a don José Luis Meilán Gil  
285 \_\_\_\_\_ A Coruña, 15/12/2004 **Marta García Pérez**
- Crónica das Xornadas sobre o dereito agrario  
295 \_\_\_\_\_ Lugo, 16-17/11/2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Noticia sobre el ideario jurídico-social de un ilustrado gallego  
(a propósito del estudio de Luis Rodríguez Ennes  
"Fray Martín Sarmiento y el mundo del derecho")*  
321 \_\_\_\_\_ Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005, 166 páxs. **Ramón P. Rodríguez Montero**
- Repensando o autogoberno.  
Estudos sobre a reforma do Estatuto de Galicia*  
Sarmiento Méndez, Xosé Antón (coord.)  
339 \_\_\_\_\_ Universidade de Vigo, Vigo, 2005, 269 páxs. **Juan José Vázquez Gestal**
- Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*  
Presno Linera, Miguel Ángel (coord.)  
345 \_\_\_\_\_ Tirant, 2004 **Xosé Antón Barreiro Pereira**
- La reforma administrativa desde el ciudadano*  
Arenilla Sáez, Manuel  
351 \_\_\_\_\_ INAP, Madrid, 2003 **Miguel Anxo Bastos Boubeta**



## *In memoriam* de D. Carlos Gilberto Otero Díaz\*

Perfecto Yebra Martul-Ortega

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Santiago

**A**unque no determinante, el escenario natural donde se adquieren las primeras vivencias, en muchos casos, encamina la vida de las personas. En un alto en medio del camino –San Fiz de Asma– donde el Miño discurre encañonado entre Portomarín y Ourense, donde comienzan a levantarse los vestigios de una sólida cultura representada en los antiguos cenobios e iglesias de Sta. María Pesqueiras, San Esteban de Ribas de Sil, San Salvador de Chantada, Diomondi, Atán, Chouzán o Coba –la llamada *Rivoira Sacrata*–, a muy poca distancia del puente romano de Blesar, donde el viejo camino trepa entre las viñas amuralladas en sus conocidos “codos” para salvar los altos valles a ambas márgenes del río, teniendo por el otro lado una tierra productiva desde los tiempos de la cultura castreña, que asciende hasta lo alto del Monte del Faro –en pleno corazón de Galicia–, donde Xan de Requeixo trovara sus “Cantigas de Amigo” al pie de la Capilla da Nosa Señora do Faro, y cuyo centro urbano fue *Plantada*, hoy Chantada, rodeada de la rica arquitectura de numerosos Pazos, muestra de esplendor e importancia pasada, Gilberto aprendió las primeras lecciones de economía.

Lo primero que conoció fue una economía de autoabastecimiento, en un país donde la castaña más que fruto era alimento, donde el cereal

podía proporcionar tanto un excelente pan de trigo, centeno o de "millo", donde el ganado vacuno brindaba tanto excelente carne o leche como magníficos quesos, y el cerdo era –y es!– manjar en cualquier mesa, donde la huerta y los frutales son complemento, todo ello sin olvidar el vino de la "ribera". El vestido era posible confeccionarlo también con la lana o el tradicional cultivo de lino del país.

La "feria" o el mercado bimensual de la villa permitió a Gilberto estudiar la microeconomía. Este era un lugar ideal para conocer la formación del precio de las cosas, porque oferta y demanda lo fijaban sin interferencias de multinacionales, o la más rebuscada propaganda. Podríamos decir que era un precio puro. Pero en una zona de tránsito, en el corazón de Galicia, también el comercio exterior resultaba asignatura cercana para el aprendizaje, puesto que era lejana la fama de la exportación de los famosos vinos de Amandi y Esperón a la antigua Roma.

Pero no todo se reduce al sector primario. Durante la década de los 60, a los pies de su casa, verá Gilberto surgir el poderío industrial de la época con la producción de energía eléctrica del Salto de Belesar. Y también empezará a constatar –lo que después reflejará en sus escritos– como ese potencial salía de Galicia para producir riqueza en otras regiones españolas, mientras que su Concello permanecía en la penumbra de la escasa luz que malamente producía una obsoleta fábrica entre las peñas del río Asma.

Es fácil constatar que la enseñanza primaria y el bachillerato de Gilberto en Chantada contaron con terreno abonado. Y también que con su marcha para estudiar Derecho en la Facultad de Derecho de Santiago en 1951 se iniciaría una ascendente carrera. También a partir de ese momento se le empezaría a conocer por Don Carlos, aunque para su familia y para sus amigos permanecería el patronímico de su niñez, correspondido con una devoción filial por su parte en una continua presencia en su país de origen.

Terminada la licenciatura en 1956, la vocación de Carlos Otero Díaz está perfectamente definida: la economía, no a secas, sino la economía política, donde el hombre juega un papel muy importante y que reflejará en su tesis doctoral *La influencia de la Economía en el Derecho*. Es que Carlos Otero no sólo tuvo en sus primeros años esa ocasión magnífica de aprender y captar, sino también conocer profundamente las relaciones humanas en una tierra donde la propiedad, el arrendamiento, la aparcearía, la servidumbre, por poner unos ejemplos del derecho común, tienen un valor –de subsistencia, incluso– que en Galicia han sido protagonistas de pleitos cuando no de muertes. En esta tesis, convertida después en libro, el autor va a mostrar no sólo sus profundos conocimientos del Derecho y de la economía, sino también, va a marcar un punto de partida a otras investigaciones posteriores para el conocimiento de los fenómenos económicos.

En este tiempo ya está Carlos Otero incorporado a la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela como Adjunto interino de Economía y Hacienda donde permanecerá hasta 1961, para trasladarse en ese año a la Facultad de Derecho de Madrid, primero como Profesor Ayudante de Economía Política y, posteriormente, como Profesor Adjunto interino, hasta la obtención de la Cátedra en 1964. Durante este período completa su formación económica bajo la dirección del prestigioso Catedrático de Economía Política, D. Jesús Prados Arrarte. De esta época saldrá su conocido trabajo *Perspectiva histórica de la represión de la usura*.

Pero no conforme con la limitación que siempre supone el conocimiento de una economía nacional, marcha a Roma como becario de la Fundación Juan March para ampliar sus conocimientos de economía general e internacional y allí trabaja en la Facultad de Economía y Comercio de Roma en 1962-1963 bajo la dirección de los mundialmente conocidos Profesores Volrico Travagliani y Cesare Cosciani, realizando una investigación sobre el desarrollo económico italiano, experiencia esta, que después le será de gran utilidad en sus estudios de la economía de Galicia. Carlos Otero aparecerá ya en las publicaciones extranjeras, concretamente en el *Bolletino Informativo Dell' Instituto Giuridico Spagnolo in Roma*, con su trabajo *La teoría empiriocrítica del diritto*.

En una brillante oposición obtiene en 1964 la colación de Catedrático de Universidad, concretamente la Cátedra de Economía Política y Hacienda Pública de la Universidad de Santiago, con la que vuelve a su Galicia natal y en la que permanece ininterrumpidamente. Imparte su primera lección magistral como Catedrático en el Salón Artesonado de Fonseca desarrollando el sugestivo y difícil tema ya tratado por Pigou, de las "economías y deseconomías externas". Posteriormente sería publicado en los "Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro", en el *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, bajo el título "Visión tradicional del concepto de economías y deseconomías externas".

Así inicia e imparte Carlos Otero docencia hasta completar sus 25 años en la Cátedra. Son muchos los alumnos que han tenido ocasión de beneficiarse de sus conocimientos en su especialidad, de su claridad expositiva y del trato amable, cordial y, sobre todo, humano, que Don Carlos siempre ha mostrado a quien a él se acerca preguntando una duda o por un examen no muy afortunado.

Después de figuras tan prestigiosas como Colmeiro, Brañas y Amando Castroviejo que detentaron en el pasado siglo y principios del presente la Cátedra de Economía y Hacienda, se viene a cubrir un larguísimo período de interinidad, donde la *vacatio* de la Cátedra y la transitoriedad fueron la norma y no la excepción. Así, Carlos Otero se encuentra con un panorama desolador de carencias, falta de bibliografía, de interés por los estudios de economía, de personas que se dediquen a la misma, y, sobre todo, plan-

teamientos serios y rigurosos de los problemas que aquejaban a la economía en general y a la economía gallega del momento.

Empieza entonces Carlos Otero una frenética carrera por la geografía galaica de divulgación y concienciación con reuniones, conferencias, simposios, congresos, para resaltar la importancia de la economía para el desarrollo económico de Galicia. Los títulos bastan para avalar sobradamente esta afirmación: *Comercio exterior y desarrollo económico* -1966-; *Ideas para el desarrollo económico de Galicia* -1966-; *Incentivos y rémoras fiscales al desarrollo regional (consideración especial del caso de Galicia)* -1967-; *Efectos económicos y sociológicos del turismo en Galicia* -1967-; *La agricultura, premisa del desarrollo económico de Galicia* -1968-; *La agricultura gallega ante el desarrollo* -1968-; *A industrialización de Galicia* -1969-; *Apariencia y realidad del desarrollo económico de Galicia* -1972-; *Galicia: la Gran Área de Expansión Industrial* -1974-; *Caracteres esenciales de la agricultura gallega* -1977-; *Procesos autonómicos y economías de mercado: el caso de Galicia* -1979-; *El primer presupuesto de Galicia autónoma* -1980-; *Visión histórica de los actuales procesos autonómicos (Caso especial de Galicia)* -1981-; *Territorio e amministrazione autonoma in Galizia: la scelta ottimale del capuluogo* -1985-; *Galicia frente a la C.E.E.* -1986-; *La adhesión de España al MEC y su impacto en la transformación económica y jurídica de Galicia* -1987-. Pero no solamente la preocupación de Carlos Otero por la situación económica de Galicia se manifiesta en las publicaciones mencionadas, a las mismas debe añadirse diversos informes sobre el "Programa de Desarrollo Regional de Galicia" (PDR) 1986-1990, los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de 1987 y las líneas de ayuda de la Comunidad Autónoma de Galicia y la Ley de Incentivos Regionales de 1987.

Pero Carlos Otero es consciente de que esta densa labor analítica no es suficiente para superar el abandono de los estudios económicos en Galicia, que tal superación sólo puede alcanzarse mediante la institucionalización de los mismos. Así, en 1967 Carlos Otero asume la ardua tarea de poner en marcha la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, siendo Decano-Comisario de la misma hasta 1969. Por primera vez los estudios económicos adquieren rango universitario en Galicia. Pero, además, esta labor de dotar a los estudios económicos de los centros adecuados va a ser continuada como Director de la Sección de Extensión Universitaria en 1967, como Director del Colegio Universitario de Vigo en 1972, Vicedecano de la Facultad de Derecho en 1973 y como Director de los Departamentos de Disciplinas Económicas, de Economía Aplicada y de Economía Política y Hacienda Pública en un período que comprende desde 1977 hasta 1986. A esta labor de servicio dentro de la Universidad de Santiago deben añadirse sus largas etapas al frente de la dirección de los Cursos de Verano de Vigo 1970-1975 y de los Cursos de Verano de la Universidad Internacional del Atlántico, Poio, Pontevedra, 1984-1989.

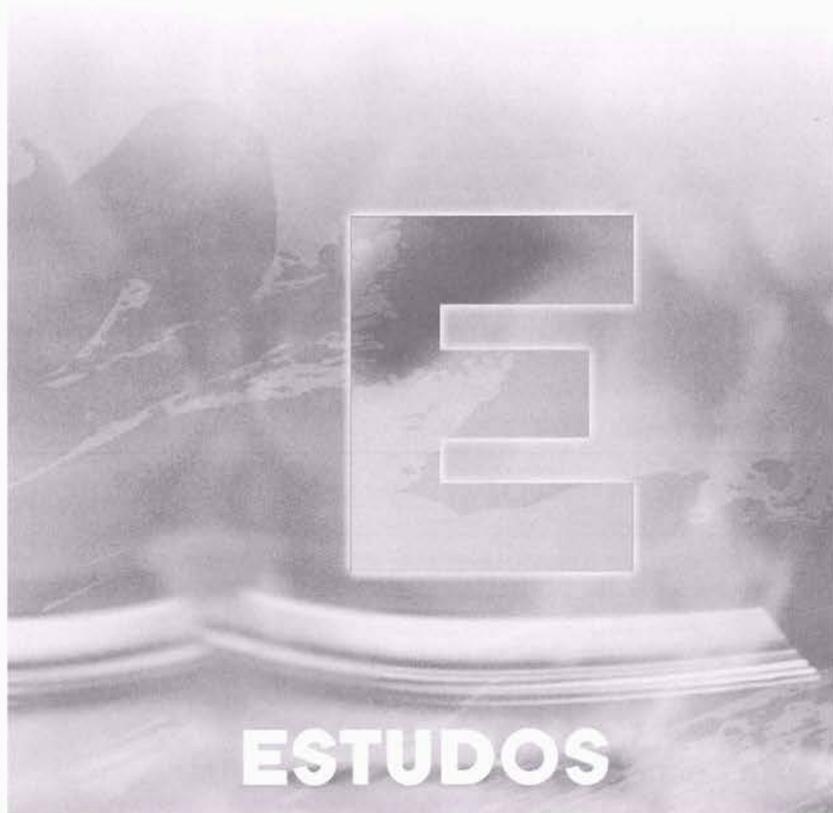
Sin embargo, hay otras facetas en las que Carlos Otero ha tenido un papel decisivo de creación de la arquitectura económico-administrativa de la economía gallega. He de referirme necesariamente a su etapa de Conelleiro de Economía e Facenda da Xunta de Galicia en el momento en que se parte de cero y allí está Carlos Otero, igual que ocurriera con la Facultad de Económicas, para levantar una Administración que carecía de cualquier clase de precedentes. Y esta historia se vuelve a repetir ahora con su reciente responsabilidad como primer Presidente del Consello de Contas de Galicia, donde nuevamente van a caer sobre sus espaldas el reto de poner en marcha esta institución prevista en el Estatuto de Autonomía de Galicia.

Cierto es que la labor de Carlos Otero no se reduce a unas cuantas páginas escritas y a una burocracia académico-administrativa, ha ido mucho más allá en la búsqueda del factor humano imprescindible para poder hablar de economía y de hacienda. Esto no puede hacerse desde el sólo esfuerzo personal, por muy meritorio que sea –caso del Profesor Otero Díaz–, si no existen, además, economistas y hacendistas, es decir, si no se transmite el saber a otras personas para que a su vez lo impartan y lo continúen, quiero decir, también es necesario ejercitar el oficio de Maestro, para disponer de un plantel de personas que sigan con el quehacer académico universitario. Así, de la mano de Carlos Otero no solamente se han realizado un sinnúmero de tesis doctorales y trabajos menores, sino que a su lado se han formado numerosos catedráticos y profesores titulares: Iglesias Suárez, Faiña Medín, Moldes Teo, Caramés Viéitez, Fernández Caínzos, Constenla Acasuso, Álvarez Corbacho, Cuadrado Roura, Emilio Paredes, Xavier Olariaga, Antonio Eiras, Alberto Gago y quien suscribe, aunque posteriormente haya optado por el campo jurídico-financiero y tributario.

Por último, no debe faltar en este currículum la mención de la pertenencia de Carlos Otero a distintas asociaciones nacionales y extranjeras, tales como la Asociación Española de Derecho Financiero; la Asociación Internacional de Derecho Fiscal; y el Instituto Internacional de Hacienda Pública. Ha pertenecido también a la *American Economic Association* y a la *Public Choice Society*.

Si fuese posible glosar con brevedad esta fecunda y dilatada carrera académica del Catedrático Carlos G. Otero Díaz, sería haciendo una distinción entre un *ante* y un *post* de la economía y de la hacienda en Galicia coincidiendo con el año 1966 en que Carlos Otero completa su formación exterior y vuelve a Galicia. Creo que por parte de su Facultad de Derecho de Santiago, de la sociedad gallega en general, de cuantos hemos trabajado a su lado, hay motivos más que suficientes para hacerle público nuestro agradecimiento. Me complace a mí iniciarlo con las líneas que anteceden. ■





**ESTUDOS**



# EL ARBITRAJE SOCIETARIO HOY

Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

## 1. Introducción

El arbitraje societario se encuentra envuelto en una vieja polémica en la que se discute, fundamentalmente, la posibilidad de acudir al arbitraje para solucionar los conflictos derivados de la impugnación de acuerdos sociales y, en general, de aquellos que afecten a la vida corporativa de las sociedades mercantiles. Durante décadas, la casi unánime opinión doctrinal y jurisprudencial era partidaria de la negativa a la posibilidad de acudir al arbitraje<sup>1</sup>. Por un lado, el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder

---

<sup>1</sup> Vid. Uría y Garrigues (*Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3<sup>o</sup> edición, tomo I, páginas 256 y 782 y ss). Posteriormente, la principal doctrina mercantil seguirá manteniendo "tampoco parece posible someter a arbitraje la validez de los acuerdos sociales" y añade que "ha de estimarse, por todo ello, que sigue siendo correcta la práctica que era habitual en determinados registros mercantiles, antes de la reforma de la ley, de exigir que en la cláusula arbitral se hiciera expresa salvedad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales". (Uría/Menéndez/Olivencia, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 365 y 366). Efectivamente, la Resolución de la DGRyN de 27 de abril de 1989 RJA [1989, 3408] F<sup>o</sup> Jco. 4<sup>o</sup> señala "en efecto, pretender aplicar esta institución en bloque, vulnera principios básicos del orden público por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de los Jueces y Tribunales ampliando las funciones que constitucional o legalmente les sean encomendadas (artículo 117-4.º de la Constitución Española); la actuación conjunta de los artículos 9, 10, 27-4.º, 28 y 31 de la Ley de Arbitraje invocada, podría dar

Judicial manifestaba que: “en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1°. Con carácter exclusivo [...] en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español [...]”. Por otro lado, el art. 70.2 de la vieja LSA, de 17 de julio de 1951, indicaba que “será juez competente para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el de primera instancia correspondiente al lugar donde se hubiere celebrado la Junta General de Accionistas”. La jurisprudencia y la doctrina entendieron que la mención “con carácter exclusivo”, con exclusión de cualquier otro, en ambos preceptos legales obligaba a cerrar la puerta a la arbitrabilidad de tales conflictos. Asumieron que tenía carácter de indisponible el derecho subjetivo de impugnación, interpretando que el arbitraje no podía ser cauce válido para el ejercicio del mismo.

Entre 1951 y la actualidad hay una larga marcha y una profunda evolución en nuestro ordenamiento jurídico. El espíritu que se respiraba en

---

lugar a la introducción de los órganos jurisdiccionales en cometidos ajenos a su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como es el de coadyuvar o suplir en actuaciones procesales los mecanismos de actuación de las personas jurídicas. Razonamientos análogos podrían hacerse en relación con la hoy vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”.

Un notable estudio sobre la posible impugnación de acuerdos sociales mediante el procedimiento arbitral puede encontrarse en Vicent Chuliá, “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *Revista General del Derecho*, nº 646-647, jul.-ag. 1998, págs. 9355 y ss. Es de destacar que este autor ha sido de los pocos que ha defendido la arbitrabilidad de estas controversias (*Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, páginas 359 y ss.). Junto a este autor es necesario mencionar la tímida y limitada apertura de Muñoz Planas que consideró respecto a la impugnación de acuerdos sociales que “aún tratándose de una opinión tan difundida algunos datos de la experiencia real me han hecho dudar, sin embargo, de si ese absolutismo jurisdiccional que se predica el más adecuado, siempre y en todo caso, a las exigencias de la práctica y por lo mismo he llegado a pensar sencillamente, a mi juicio, en el propio carácter genérico de su enfoque y resolución, aplicable indiscriminadamente a toda sociedad anónima, con abstracción de sus singulares características tipológicas”. Sostiene, así, Muñoz Planas que esta postura restrictiva de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, es plenamente aplicable a las sociedades abiertas –grandes sociedades anónimas– y no así a las sociedades anónimas familiares o a las sociedades cerradas –sociedades de responsabilidad limitada– (“Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles” en *Estudios de Derecho Mercantil*, en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, Madrid, 1978, págs. 453 y ss.). A pesar de esta evolución, la opinión mayoritaria en la doctrina venía avalada por la jurisprudencia del TS –(sirva de ejemplo las conocidas sentencias de 15 de octubre de 1956 [RAJ 11956. 3396]; de 27 de enero de 1968 [1968, 550]; de 21 de mayo de 1970 [1970, 3584] y de 15 de octubre de 1971 [1971, 3956] y de la DGRyN).

Hoy, *vid.* el magnífico libro de Pilar Perales Viscosillas, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Thomson-Aranzadi, 2005.

1953 al regular en nuestro país el arbitraje de derecho privado, en pleno monopolio jurisdiccional del Estado, congruente con las entonces vigentes Leyes Fundamentales, es radicalmente distinto del Constitucional de la Ley reguladora igualmente del arbitraje en 1988, en el cual acudir al arbitraje es un ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad: quien voluntariamente pacta un convenio acepta de común acuerdo someter sus diferencias a un tercero.

Durante años resultaba chocante que la doctrina del derecho mercantil manifestara sus recelos a la permeabilidad arbitral en materia de sociedades<sup>2</sup>. Parecía olvidado el art. 3.1 del Código Civil cuando indica que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". No se entendía bien la exclusión del arbitraje en los temas societarios, y muy en concreto en lo que hiciera relación a la constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas o los conflictos derivados de los acuerdos o decisiones de sus órganos<sup>3</sup>, incluyendo al respecto las correspondientes consecuencias derivadas de la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español.

## 2. El nuevo punto de partida

En 1998, en concreto por resolución del 19 de febrero, la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>4</sup> se hace eco del nuevo espíritu constitucional y de la correspondiente implantación del arbitraje en la vida jurídica española. Contra viento y marea en la doctrina española, se establece una doctrina que puede ser considerada como el punto de partida para el análisis en el futuro del arbitraje societario: "un pacto com-

---

<sup>2</sup> Incluso derogado el procedimiento especial de impugnación establecida en la antigua LSA la oposición doctrinal al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales se continúa manifestando: "ciertamente que, al haber suprimido el proceso especial de impugnación que la ley tenía establecido antes de la reforma, desaparece con ello uno de los argumentos en que se apoyaba la improcedencia del arbitraje en esta materia. [...]. Pero, aún así seguimos pensando que esta materia tiene carácter indisponible" Uría/Menéndez/Olivencia, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, pág. 365.

<sup>3</sup> Hoy en día y a pesar de los avances que se señalarán más adelante, posturas doctrinales restrictivas, cuando no opuestas, a la arbitrabilidad de impugnaciones de acuerdos sociales (*vid.* entre otros Botana Agra, "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas", *Derecho de los Negocios*, enero de 1999, págs. 9 y ss.; y Neila, "A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales", *La Ley*, 1999-3).

<sup>4</sup> (4) RJA [1998, 1118].

promisario extrasocial o no inscrito vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación, la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”.

Dos meses más tarde, por sentencia de 18 de abril de 1998, la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>5</sup> recoge textualmente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y da un paso más adelante estableciendo que “esta sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo, [...] el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos [...]”.

Con una doctrina tan clara, no podía menos que esperarse una reforma procesal de gran calado en la materia. Ésta llega en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>6</sup>, que publicara el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 7, 8 de enero. Se da al traste con la regulación procesal de la impugnación de los acuerdos sociales introducida en 1951, para establecer que “para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 118.1 LSA)<sup>7</sup>. En esa línea se derogan los

---

<sup>5</sup> RJA [1998; 2984] y *La Ley* [1998, 4466]. Vid. el comentario de García Varela a esta sentencia en sumisión a arbitraje de la nulidad de la Junta de accionistas a impugnación de acuerdos sociales (*La Ley*, 1998-4).

<sup>6</sup> Previamente a la Ley 1/2000, la Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas (BOE n.º 170 de 17 de Julio) ya establecía en su Disposición Adicional Décima lo siguiente: “1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad. 2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes”. Y todo ello con independencia de remitir el art. 31.5 de la Ley de Cooperativas a los arts. 118 a 121 de la LSA en cuenta a impugnación judicial de acuerdos sociales.

<sup>7</sup> En su redacción dada por la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

arts. 119, 120, 121 y 122, párrafo 1º, de la vigente LSA<sup>8</sup>. En su momento, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina mercantil olvidó la permeabilidad arbitral en nuestras instituciones como consecuencia del nuevo espíritu constitucional de nuestro ordenamiento jurídico en democracia. Hoy, sin embargo, el estado del cambio es manifiesto<sup>9</sup>.

### 3. El refuerzo del arbitraje en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

La polémica doctrinal sobre la arbitrabilidad o no de la impugnación de los acuerdos sociales pertenece ya, por fortuna, a la historia del derecho español<sup>10</sup>. Sin embargo, la lectura de los diferentes manuales<sup>11</sup> y trabajos sobre la materia permiten entender la difícil y larga trayectoria del arbitraje en España. Se puede hablar de una oposición, a veces radical, de grandes maestros del Derecho a los cambios que supone el paso del monopolio jurisdiccional del Estado a la actividad de la sociedad civil en materia de solución de conflictos por vía arbitral. Así, se comprenden también las dificultades que tuvo el proyecto de Ley de Arbitraje de 1988, primero en la Comisión General de Codificación, después en el propio Ministerio de Justicia y a lo largo del trámite parlamentario hasta su aparición final en el *Boletín Oficial del Estado*.

El texto regulador del arbitraje de 1988 fue un verdadero revulsivo en el ordenamiento jurídico español<sup>12</sup>. Sin embargo, no faltan voces que lamentan el hecho de que no haya tenido en la práctica la trascendencia que los impulsores del arbitraje deseaban en su momento.

A la Ley de Arbitraje se le impusieron condiciones y resortes muy alejados de la agilidad que exigía. En concreto, existían dos temas procesales que impedían la seguridad jurídica al pactar el convenio de arbitraje y dificultaba el eficaz funcionamiento práctico del procedimiento arbitral. La excepción de arbitraje prevista en el art. 11 de la Ley de 1988 se convirtió

---

<sup>8</sup> En virtud de la Disposición Derogatoria Única, apartado 2, número 2º, de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

<sup>9</sup> Vid. Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, 13º edición, Valencia, 2000, págs. 147 y ss. y 302 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. Nota 3 *supra*.

<sup>11</sup> Uría, incluso en recientes ediciones de su *Derecho Mercantil* (Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 323) continúa citando, sin mayor precisión, las sentencias del TS opuestas a la arbitrabilidad de estas controversias. Sánchez Calero en sus *Instituciones de Derecho Mercantil*, (15ª ed., Edersa, Madrid, 1991) no hacía referencia a la cuestión, limitándose en recientes ediciones (23ª ed., McGrawhill, Madrid, 2000, pág. 278) a mencionar la STS de 19 de Abril de 1998 y la resolución de la DGRyN de 19 de febrero.

<sup>12</sup> Vid. Cremades, B., "España estrena nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, 1989-1, 1103.

en una verdadera ruleta procesal al encardinarse en el complejo funcionamiento de las excepciones dilatorias y perentorias en el llamado proceso de menor cuantía que había introducido la reforma de 1984<sup>13</sup>. Por otro lado, el legislador de 1988 suprimió de forma expresa y con una finalidad clara de política legislativa los artículos que en el proyecto inicial de Ley regulaban las medidas cautelares conexas con el procedimiento arbitral.

El buen funcionamiento de la excepción declinatoria de arbitraje es el verdadero talón de Aquiles en la práctica del arbitraje. El convenio de arbitraje tiene una eficacia positiva que permite solucionar los litigios por vía arbitral, y también una eficacia negativa para evitar que los conflictos sometidos a arbitraje sean conocidos por un juez distinto del querido por las partes en el convenio arbitral. Sólo cuando queda clara la relación entre árbitros y jueces, sólo entonces puede hablarse de seguridad jurídica. Ya en 1988, el art. 11.1 de la Ley de Arbitraje afrontaba de forma clara el tema diciendo que “el convenio arbitral obliga a las partes a pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese invoque inmediately la oportuna excepción”. En su párrafo 2º, el art.11 regulaba la posible renuncia al convenio arbitral por aceptación tácita de la jurisdicción: se entenderá que las partes renuncian al arbitraje pactado, quedando expedida la vía judicial cuando “[...] interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”.

La Ley 34/1984, de 6 de agosto, reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil, dando especial protagonismo al llamado juicio de menor cuantía en cuya regulación el art. 687 establecía de forma clara que “el demandado propondrá en la contestación todas las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias y, si se mantienen, el juez resolverá sobre todas en la sentencia, absteniéndose de hacerlo en cuanto al fondo del pleito, si estimase procedente alguna de las dilatorias que lo impidan”. De esta forma, el que fuera demandado deberá contestar *ad cautelam* interponiendo todas las excepciones que tenga a su favor, sin correr el riesgo de manifestar exclusivamente la excepción de arbitraje en su condición de dilatoria<sup>14</sup>. La práctica convirtió el convenio de arbitraje en una ver-

<sup>13</sup> Vid. García Varela, *op. cit. supra* y STS de 27 de octubre de 1998 *infra*.

<sup>14</sup> Sin embargo, y a título de ejemplo, la STS de 27 de octubre de 1998 (1998, 8160) establece: “como en el proceso a que este recurso se refiere, el demandado señor S.O., después de personado en el juicio, no se limitó a proponer en forma la oportuna excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (8ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino que, al contestar a la demanda, adujo también la excepción de inadecuación de procedimiento y, sobre todo, se opuso a la demanda en cuanto al

dadera ruleta procesal, dando lugar a múltiples y variadas decisiones judiciales en torno a la excepción de arbitraje. Gran parte de la desconfianza frente al arbitraje radicaba en esta situación de inseguridad jurídica.

Con acierto, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil indica de forma clara en su art. 39 "apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte. El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia". Y para dejarlo bien claro, su Disposición Final Octava da nueva redacción al art. 11 de la vigente Ley de Arbitraje, indicando que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, "[...] siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria". Los demandados no podrán realizar, insiste, sin perjuicio de renunciar al convenio arbitral "[...] después de personados en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria".

El legislador de 1988 quiso expresamente privar al procedimiento de arbitraje de la cooperación judicial en materia de medidas cautelares. La política legislativa parecía indicar que quien se sometía voluntariamente a arbitraje quedaba privado de las medidas cautelares propias de todo procedimiento, sea judicial o arbitral. Algún día habrá que contar las incidencias del largo camino de obstáculos que tuvo el proyecto de Ley de Arbitraje. Lo cierto es que sólo por una labor interpretativa de los jueces españoles se consiguió en la práctica medidas cautelares para proteger el propio procedimiento arbitral o la eventual eficacia del laudo que se dictara en su momento oportuno<sup>15</sup>. De esta forma, los que firmaban en

---

fondo de la misma, haciendo todas las alegaciones que tuvo por conveniente, ha de entenderse forzosamente, por precepto imperativo del transcrito artículo 11.2 de la citada Ley arbitral, que ambas partes renunciaron al arbitraje: la entidad actora al interponer la demanda, y el demandado al no limitarse, después de personado en el juicio, a proponer en forma la oportuna excepción, sino realizar las demás actividades procesales que anteriormente han sido dichas, por lo que, al no haberlo entendido así, la sentencia recurrida, es evidente que ha infringido el citado artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje, lo que ha de comportar, como al principio se dijo, la estimación de este motivo primero, con lo que deviene innecesario al examen del segundo".

<sup>15</sup> Incluso durante la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953 se había planteado, en algunos casos con "fortuna", la adopción de medidas cautelares por los tribunales españoles en apoyo de procedimientos arbitrales (vid. Cremades, B., "Evolución reciente du Droit español en matière d'arbitrage", *Revue de l'Arbitrage*, 1988, págs. 235-236). Más recientemente podíamos encontrar decisiones en este sentido en el Auto del Juzgado de Primera Instancia del Puerto de Santamaría (Cádiz) y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1991 (vid. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1991, págs. 276 y ss) y el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid, de 28 de junio de 1999 (*Foster Wheeler Trading Company AG y Foster Wheeler Trading Company AG S.A. contra National Company for Fishing and Marketing*).

España convenios de arbitraje sabían que su seguridad jurídica en materia de medidas cautelares estaba muy en entredicho. Y todos somos conscientes en la práctica de la importancia jurídica y sobre todo psicológica que la adopción de medidas cautelares tiene para las partes en conflicto.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regulación clara sobre la materia en el art. 722: "medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros. Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el art. 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud de encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los tratados y convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles".

Entendemos que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil supuso en la vida práctica del arbitraje mayor claridad y seguridad jurídica. Tras su entrada en vigor, desaparecen las dudas en cuanto a la excepción declinatoria de arbitraje y las partes que hubieran pactado un convenio arbitral sabrán que no van a ser discriminadas en un futuro a la hora de solicitar judicialmente la adopción de medidas cautelares.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, recoge estos avances legislativos y en materia de medidas cautelares da un paso adelante. Faculta a los árbitros para adoptarlas, según se desprende en el artículo 23:

"1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto de litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos."

La Ley de Arbitraje del 2003 nada dice del arbitraje societario. Su silencio está siendo interpretado y suplido por una muy creativa labor jurisprudencial de nuestros jueces y tribunales.

#### 4. Medidas cautelares en el arbitraje societario

La práctica se encarga de enseñarnos la dificultad que posee el intento de esquematizar las posibles medidas cautelares que puedan ser necesarias en un proceso arbitral, cualquiera que sea la materia objeto del litigio.

La doctrina mercantilista alababa la regulación de la LSA en materia de impugnación de acuerdos sociales porque permitía la solicitud de suspensión del acuerdo impugnado (art. 120 de la LSA hoy derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la anotación preventiva de la demanda en la hoja que la sociedad tiene abierta en el Registro Mercantil (art. 121 LSA hoy también derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil)<sup>16</sup>.

Sin duda, tales objetivos se pueden hoy conseguir por vía cautelar, de acuerdo con la nueva regulación establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje.

Además, los propios árbitros podrán adoptar medidas cautelares en sus decisiones procesales y laudos arbitrales, que sucesivamente puedan ir dictando a lo largo del procedimiento de arbitraje hasta la decisión en el laudo final. Es bien sabido que los árbitros están legitimados para adoptar tales medidas cautelares, pero no puede tampoco olvidarse el que la legitimación de la actividad arbitral radica única y exclusivamente en la voluntad de las partes<sup>17</sup>. A diferencia de lo que subyace en toda decisión de un juez estatal, el árbitro carece del *imperium* judicial para imponer sus decisiones. Por ello, la parte que desee solicitar medidas cautelares deberá tomar una decisión: la de acudir a la cooperación judicial o la de solicitar su adopción ante los propios árbitros, de acuerdo con sus intereses y teniendo en cuenta los puntos fuertes y débiles de las actuaciones judiciales o arbitrales en su caso.

En materia de impugnación de acuerdos sociales es lógico que nos cuestionemos cuál haya de ser el título formal típico que permita su entrada en el Registro Mercantil. Sin duda, el mandamiento judicial podrá ordenar la anotación de demanda arbitral o suspensión de ejecución de

---

<sup>16</sup> Vid. *supra* nota 8.

<sup>17</sup> Las partes pueden acordar otorgar este poder al tribunal arbitral, ya sea en la cláusula arbitral contenida en un contrato, en un acuerdo arbitral separado, ya sea por referencia a las normas y reglamentos de la institución a la que se encomienda la administración del arbitraje. Así, en el art. 9 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Española de Arbitraje establece "carácter Ejecutivo del Laudo. El Tribunal Arbitral aplicará el presente reglamento y dictará las ordenanzas o resoluciones necesarias para que el laudo que se dicte, sea susceptible de ejecución legal". En el ámbito internacional es bien conocida la norma del Reglamento CCI que otorga esta facultad a los árbitros, salvo acuerdo de las partes en contrario (art. 23 del vigente Reglamento de Arbitraje CCI). Hoy, el mencionado art. 23 de la Ley de Arbitraje es claro al respecto.

acuerdo o cuantas medidas cautelares considere oportuno; el juez fijará, además, las necesarias fianzas o cauciones. Por el contrario, quien solicite del tribunal de arbitraje medidas cautelares tendrá que tener muy en cuenta el hecho de que la decisión arbitral en materia cautelar deba superar la calificación formal del Registrador Mercantil y por lo tanto pedirá al tribunal arbitral que la decisión adopte la forma de laudo y tenga en cuenta las exigencias del derecho registral español, es decir la de un laudo registrable.

## 5. Algunas cuestiones relativas al convenio arbitral

Es de prever que una buena parte de las sociedades mercantiles españolas procedan gradualmente a incluir en sus estatutos convenios de arbitraje. En un primer momento, será muy conveniente la cooperación de cuantos operadores intervienen en el tráfico mercantil para elaborar cláusulas estatutarias lo más adecuadas posible a las exigencias de la vida societaria. Las Cámaras de Comercio y organizaciones empresariales deberían emprender de inmediato una labor conjunta con los profesionales del Derecho y muy especialmente con los Notarios y Registradores mercantiles para divulgar contenidos posibles a tener en cuenta por los redactores de los estatutos sociales en la idea de que, surgido el conflicto, las partes deberán estar y pasar por lo redactado en materia arbitral en los estatutos sociales. En cualquier caso, se pueden adelantar ya algunas cuestiones que, con carácter específico, puedan plantearse en el convenio de arbitraje societario.

La vieja doctrina mercantil puede reaparecer, a la hora de modificar los estatutos vigentes, para introducir una cláusula arbitral. ¿Basta la mayoría o se exige la unanimidad de los socios? A mi juicio, la doctrina clara del Tribunal Supremo no deja lugar a dudas respecto a la no-necesidad de unanimidad. Acudir al arbitraje no supone renuncia a tutela jurisdiccional, ni hay merma de derechos o renuncia a los que ya se tenían. Implica única y exclusivamente una opción, de entre las previstas en el Ordenamiento jurídico, para solucionar los litigios societarios. A mi juicio, es una pura y simple modificación de estatutos, que habrá que realizar en el caso de la sociedad anónima conforme a lo establecido en los arts. 103 y 144 de la vigente LSA, al igual que el art.158 del Reglamento del Registro Mercantil. Si se ha de olvidar la condición de indisponible del llamado derecho subjetivo de impugnación, que justificara en su día la prohibición del arbitraje societario, difícil, por no decir imposible, resulta justificar la merma de derechos o renunciaciones a los que ya se tenían por el hecho de pactar el arbitraje en lugar de la solución jurisdiccional.

El convenio arbitral vincula a las partes que han suscrito y, por lo tanto, plantea el problema del posible sometimiento de terceros al arbitraje pac-

tado para litigios que pudiéramos denominar intracorporativos. El convenio de arbitraje es un contrato<sup>18</sup> y como todo contrato debe tener un objeto. Los terceros sólo estarán vinculados a la sumisión arbitral si la controversia, que es el objeto del contrato arbitral es una controversia de naturaleza societaria. Por ejemplo, el conflicto que pudiera surgir entre usufructuario y nudo propietario con relación a las acciones de la sociedad en cuyos estatutos se hubiera adoptado un convenio arbitral. Habrá que estar a cada caso y analizar en concreto qué tipo de controversia para poder determinar si entra o no bajo la cobertura causal del convenio arbitral.

El art. 2 de la Ley vigente de Arbitraje indica que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme al derecho". Qué materias son de libre disposición dejan un amplio campo a la jurisprudencia de nuestros tribunales que magistralmente ha recogido en su libro Pilar Perales (*Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, págs. 127 y ss). Frente a "los fantasmas del interés social, orden público, afectación de terceros e inoperatividad de las normas" (pág. 189), no quedan temas intocables a la libre disposición en conflictos societarios: transmisión de acciones o participaciones sociales, situación jurídica de los administradores sociales, materias relacionadas con el derecho de voto o el reparto de dividendos u otros beneficios de los socios o valoración de acción o participación. De la misma forma que el Tribunal Supremo admite la impugnación de acuerdos sociales como materia susceptible de arbitraje, también lo puede ser la nulidad de la sociedad o su disolución al igual que los problemas que puedan surgir sobre aportaciones sociales o desembolsos de derechos pasivos.

No han faltado en la doctrina quienes han equiparado el arbitraje con la sociedad familiar o, en general, con la pequeña o mediana sociedad mercantil, excluyendo en consecuencia del arbitraje a la gran sociedad

---

<sup>18</sup> Ya apuntaba Guasp que "indudablemente, puesto que se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, el concepto del contrato, siempre que se le dé un significado amplio, aquel clásico *duorum vel plurium in idem consensus* es, desde luego, el termino propio donde el arbitraje se puede asentar. No hay inconveniente en hablar del arbitraje como un pacto o como un contrato. Su sede propia será, pues, la regulación de los contratos dentro del Código Civil" (*vid. El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 23 y 24).

La concepción contractualista del arbitraje fue acogida por el Tribunal Supremo ya desde la antigua sentencia de 11 de abril de 1932 RJA [1932-33, 1004] y ha sido reiterada posteriormente (*vid. respecto a la jurisprudencia del TS y del TC a Cerdón Moreno, El Arbitraje en el Derecho español: interno a internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 32 a 34, y en general respecto a las teorías procesalistas y contractualistas).

Hoy, véase la perspectiva histórica analizada magníficamente por Pilar Perales, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, págs. 35 y ss.

anónima y sobre todo a la que cotiza en Bolsa<sup>19</sup>. Difícilmente resulta mantenible esta opinión a la luz de la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo antes analizada de 18 de abril de 1998<sup>20</sup>, que en este punto recoge la Resolución de 19 de febrero del mismo año de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>21</sup>. Si un convenio arbitral se incluye como pacto estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición. De forma que cualquier novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior. Estoy convencido de que en este punto la práctica caminará en la línea de expansión de la arbitrabilidad que han señalado otros ordenamientos jurídicos para la solución intracorporativa de los conflictos. La figura del arbitraje administrado por instituciones serias, como son las Cámaras de Comercio, puede ser verdadera protección de los minoritarios en la gran sociedad anónima. Un método ágil de solución de litigios es su mejor garantía frente a la lentitud y costosidad de los procedimientos judiciales.

<sup>19</sup> Vid. Muñoz Planas, *supra* nota 1.

<sup>20</sup> Cfr. La Ley alemana de Sociedades Anónimas (*Aktiengesellschaft Gesetz*, de 6 de septiembre de 1905-BGBl. I S. 10891) que establece en su § 23.5: "los estatutos (*Die Satzung*) sólo podrán apartarse de las disposiciones de la presente ley, cuando así se permita expresamente. Se admitirán disposiciones complementarias de los estatutos, salvo que la presente ley contenga una regulación cerrada". *Die Satzungen* de las sociedades anónimas alemanas tienen una doble función: de un lado contiene los acuerdos de los fundadores respecto a la fundación de la sociedad anónima (escritura de constitución), y de otro lado contiene la norma fundamental de la sociedad (*Verfassung der AG*) que regula el aspecto organizativo, así como el conjunto de obligaciones y derechos de los socios (*vid. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, tomo 4, CH Beck, Munich, 1988, pág. 33). El contenido de los estatutos aparece taxativamente fijado en §23.1 a 4 por lo que de acuerdo con la norma transcrita y dado el contenido cerrado de los estatutos no cabe la cláusula de sumisión a arbitraje, sí cabrá, sin embargo, el acuerdo extraestatutario. El compromiso arbitral no podrá, sin embargo, comprender la impugnación de acuerdos sociales pues el §246.3 AktG establece que "*zuständig für die Klage ist ausschliesslich das Landgericht in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren sitz hat*". Siendo una norma idéntica al art. 118.1 LSA –vigente hasta el 8 de enero (1937)– entiende que no cabe el recurso al arbitraje (*vid. también Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, tomo 4, CH Beck, Munich, 1988, págs. 461-462).

Sin embargo, en las sociedades de responsabilidad limitada la cláusula estatutaria es perfectamente válida y aplicable a supuestos de impugnación de acuerdos sociales (*vid. Reaschke-Kessler en "Arbitrability and Company Law-the German, Swiss and Austrian Perspective"* – conferencia impartida por el autor en el seno Grupo sobre Arbitraje y ADR de la IBA que se celebró en Amsterdam el pasado septiembre, siendo el título de la ponencia marco Arbitraje y Derecho Societario. La información sobre ésta y las demás conferencias de la ponencia marco se pueden encontrar en la página web: <http://www.ibanet.org>). Cfr. BGH WM 1966, 1132/1133 (*für GMBH*) citada en *Münchener Handbuch, op.cit.*, pág. 462, nota 45.

<sup>21</sup> Vid. *supra* nota 4.

Las economías modernas en las sociedades democráticas de hoy en día están asistiendo a una expansión gradual y progresiva del dominio objetivo de lo arbitrable. En algunos casos, como en la práctica judicial norteamericana se lleva el tema hasta situaciones límites al permitir la arbitrabilidad de los llamados derivados sobre la base del convenio de arbitraje estatutariamente establecido<sup>22</sup>. Incluso, se llega a admitir la práctica en los Estados Unidos de la llamada *class arbitration*<sup>23</sup> por analogía de la llamada *class litigation*, ciertamente alejada de la tradicional formación del jurista español. A mi juicio, la inclusión en pacto estatutario inscrito evita las dudas sobre *la voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje que formalmente exigía la derogada Ley de Arbitraje; en este caso, la voluntad inequívoca hay que buscarla en el pacto estatutario más que en la voluntad del socio, en la noción subjetiva que provoca, de acuerdo con la nueva doctrina, una subrogación en la posición del socio anterior.

Con dificultad podríamos omitir hablar del arbitraje en el caso de grupo de empresas cuando hacemos referencia al convenio en el arbitraje societario. Bien es verdad que el tema no ha aparecido con fuerza todavía en lo que pudiéramos llamar arbitraje doméstico en España. Donde se presenta cada vez con mayor frecuencia es en el arbitraje internacional<sup>24</sup>. La idea de grupo de empresas no hace sino trasladar al derecho la innegable realidad de una entidad económica única, aunque estratégicamente actúe a través de sociedades mercantiles. Con frecuencia tribunales de arbitraje internacionales analizan el problema, tanto desde la óptica de la legitimación activa para demandar en arbitraje como desde la legitimación pasiva de ser demandado: diferentes construcciones se utilizan para adaptar la formalidad de la contratación a la realidad económica societaria. No han faltado quienes con la debida cautela cuestionan la conveniencia en determinados casos de levantar el velo de las sociedades para responsabilizar a quien efectivamente ha tenido un protagonismo contractual. Al final, los diferentes tribunales de arbitraje que han tenido que enfocar

---

<sup>22</sup> En los países de Common Law System una *derivative action* es una acción excepcional que se inicia por un grupo minoritario de accionistas, actuando estos en su propio nombre, pero solicitando la tutela judicial o arbitral para la sociedad de la que son accionistas. Es de sobra conocido el caso Salomon, en el que la New York District Court estableció que la reclamación ejercitada mediante un acción derivativa caía dentro del ámbito de la cláusula de arbitraje [*In Re Salomon Inc Shareholder's Derivative Litigation*, Fed. Sec. L. rep. (CCH) P98, 454 (S.D.N.Y. sept. 30, 1994)].

<sup>23</sup> Sobre este tema *vid.* la conferencia impartida por Pierre Bienvenu en el seno Grupo Arbitraje y ADR de la IBA. La información sobre esta conferencia se pueden encontrar en: <http://www.ibanet.org>.

<sup>24</sup> *Vid.* Fouchard/Gaillard/Goldman "Traité de l'arbitrage commercial international", Litec, Paris, 1966, págs. 299 a 305 y *Association Suisse de l'Arbitrage, Bulletin Special*, series n° 8, 1994.

el tema toman su decisión no tanto por argumentos doctrinales, sino que es el resultado de una valoración de diferentes hechos. Cuando con la mayor cautela se hace saltar la limitación societaria de los firmantes del convenio arbitral, se ha hecho siempre por comprobar una intervención real y práctica de la sociedad no firmante del convenio arbitral en la negociación del mismo, en la firma y sobre todo en la ejecución de los acuerdos contractuales.

No se puede hoy en día hablar de arbitraje y grupos de empresas sin hacer referencia a la enorme importancia que han cobrado en la práctica arbitral internacional los arbitrajes basados en tratados de derecho internacional público para la protección de las inversiones, tanto de carácter bilateral como multilateral<sup>25</sup>. Los tribunales de arbitraje están entendiendo que tales tratados y, muy especialmente, los bilaterales hoy tan frecuentes en las relaciones entre Estados hasta el punto de que el Banco Mundial reseña la existencia de más de 2.200 tratados bilaterales en la materia<sup>26</sup>. Son base más que suficiente para iniciar un procedimiento de arbitraje de derecho internacional privado<sup>27</sup>. Los Estados que suscriben tales tratados, junto a determinadas garantías y protecciones del inversor, formulan una oferta pública de someterse a arbitraje respecto de los litigios que pueda tener el inversor del otro país contratante. De forma que, en la práctica, el hecho de presentar una demanda de arbitraje implica en sí aceptación individualizada de la oferta pública realizada por el estado receptor de la inversión<sup>28</sup>. De esta forma se están llevando a cabo arbitrajes de derecho internacional privado sobre convenios de arbitraje –cuya base se encuentra en los tratados internacionales y en la oferta pública realizada en los mismos, siendo las partes demandantes o demandadas, en su caso, Estados soberanos. Su participación en estos arbitrajes se debe en la mayoría de los casos al hecho de ser titulares de las empresas o de las sociedades holding estatales; es decir, de los grupos de empresa de propiedad pública.

---

<sup>25</sup> Existen diversos tratados multilaterales relativos a la promoción y protección de las inversiones, por ejemplo, la *World Trade Organization* (el antiguo GATT, surgido de la Ronda de Uruguay, 1993-1994), la iniciativa de la OCDE para establecer un Tratado Multilateral sobre Inversiones (MAI) o tratados de ámbito regional o sectorial como el NAFTA, el Pacto Andino y MERCOSUR de un lado y el GATS (*General Agreement on Trade in Services*) y el Tratado de la Carta de la Energía del otro.

<sup>26</sup> Una lista actualizada de los Tratados Bilaterales celebrados hasta 1996 puede encontrarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm>.

<sup>27</sup> Vid. Cremades B., "Promoting and protecting international investments", en *International Arbitration Law Review*, vol. 3, Issue 3, jul., 2000.

<sup>28</sup> Vid. Cremades B., "Arbitration in investment treaties: public offer of arbitration in Investment Protection Treaties" en *Liber Amicorum Karl Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2000, y la bibliografía allí citada.

El art. 119, párrafo 2 de la LSA, hoy derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecía que todas las impugnaciones basadas en causas de anulabilidad que tengan por objeto un mismo acuerdo se sustanciarán y decidirán en un solo proceso; las impugnaciones basadas en causas de nulidad que se ejercitaren dentro del plazo de caducidad de las impugnaciones de acuerdos anulables se acumularán a estas. Es decir, el legislador quería un laudable sistema de acumulación de impugnaciones de los acuerdos sociales. El artículo 222.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil establece que “las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieran litigado”. Pactado el convenio arbitral, la acumulación tiene su base en el propio convenio de arbitraje. De ahí la importancia de que la redacción de los correspondientes pactos estatutarios se realice de forma clara regulando el funcionamiento del procedimiento arbitral<sup>29</sup>. Quizá, también añadir la conveniencia en este punto de dar preferencia al arbitraje institucional sobre el llamado arbitraje *ad hoc* para así permitir que la institución administradora del arbitraje pueda tener muy en cuenta la exigencia de acumulación de procedimientos de arbitraje. Este es un tema muy importante para el futuro del arbitraje societario en España y por ello conviene insistir una y mil veces en la redacción del convenio arbitral, que sea el producto de la experiencia y no el de la genialidad de los asesores jurídicos que intervengan.

En el caso de que el pacto estatutario silenciara el tema de la acumulación de impugnaciones o lo estableciera en forma que pudiéramos

---

<sup>29</sup> A continuación se transcribe el texto de una posible cláusula estatutaria de arbitraje:

“1.- Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria, y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.

2.- Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se sustanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.

3.- La Corte Española de Arbitraje no nombrará árbitros, en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

4.- En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte Española de Arbitraje fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.

5.- Los socios, por sí y para la sociedad que constituyen, hacen constar futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte”.

denominar patológica, corresponderá a los tribunales decidir dicha acumulación. Bien es verdad que la Ley de Arbitraje no se manifiesta al respecto. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil analiza en el art. 74 y ss. la llamada acumulación de procesos. Lo hace, como es lógico, sin distinguir entre proceso judicial o proceso arbitral lo cual puede permitir la vía a la creatividad jurisprudencial para en el futuro proceder a la acumulación de tales procesos arbitrales. En cualquier caso, siempre queda la posibilidad de solicitar medidas cautelares, con arreglo a los arts. 721 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, requiriendo la cooperación judicial para la acumulación de impugnaciones de acuerdos sociales. En materia de arbitraje, la jurisprudencia de nuestros jueces y tribunales ha abierto camino al andar y en los temas decisivos han provocado regulaciones legislativas. Estoy convencido de que también en este punto la jurisprudencia española consolidará una eficaz cooperación judicial en ayuda de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje cuando la redacción del convenio no fuera específica o clara para los supuestos que exijan la acumulación de procedimientos arbitrales.

Esta es quizás una de las más graves lagunas de la nueva Ley de Arbitraje. La no-regulación de la consolidación judicial de procedimientos arbitrales ha dificultado el arbitraje en temas complejos, como puede ser en ciertos casos el arbitraje societario

## 6. Aspectos concretos de carácter procedimental en el arbitraje societario

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El arbitraje societario tiene aspectos relevantes respecto del procedimiento normal en el que se desarrollan los arbitrajes. En unos casos, como consecuencia de las nuevas tecnologías, que afectan tanto al arbitraje en sí como al mundo de las sociedades. En otros, la presencia misma del Registrador Mercantil puede determinar especificidades dignas de algún comentario breve.

Las nuevas tecnologías afectan al arbitraje societario de forma directa y muy específicamente en lo que hace relación a los dominios en Internet y al arbitraje *on line* asunto este último en el que las Cámaras de Comercio españolas están embarcadas en proyectos de alta importancia.

Es bien sabido que la atribución de los nombres de dominio de segundo nivel bajo los genéricos de primer nivel *.com*, *.net* y *.org*, fue inicialmente gestionada por la compañía norteamericana *Network Solutions Inc.*<sup>30</sup> Su política fue la de otorgar los nombres de dominio al primero que

Solicitud de suscripciones a EDITORIAL GALILEIA.

<sup>30</sup> Con el patrocinio del organismo federal norteamericano National Science Foundation, se creó INTERNIC (Internet Network Information Center), entidad encargada de asignar estos dominios, y gestionada por *Network Solutions Inc.* La coordinación

los solicitase. El resto de los dominios genéricos de primer nivel<sup>31</sup> eran –y siguen siendo– gestionados por determinadas entidades<sup>32</sup> mientras que los nacionales eran –y son– gestionados por entidades nacionales<sup>33</sup>. Esto provocó que se iniciara una carrera para apoderarse de los nombres de dominio con sufijos *.com*<sup>34</sup> más atractivos y con ello se iniciaron los primeros litigios que fueron de dos tipos: por infracción de marca<sup>35</sup> o por el fenómeno de la ciberocupación en virtud del cual personas adquieren dominios libres correspondientes a importantes marcas y a continuación ofrecen su venta al titular de la marca en cuestión por una suma elevada<sup>36</sup>. En 1998, el Gobierno Norteamericano acordó la creación de una entidad independiente, sin ánimo de lucro, encargada de gestionar los nombres de los dominios, y a finales de ese mismo año se constituyó, conforme al Derecho del Estado de California la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). La ICANN tenía un doble objetivo: poner fin en lo posible a las disputas surgidas, creando un sistema que permitiera resolver los conflictos con mayor facilidad, y ampliar el número de nombres de dominio de nivel superior para reducir el número de disputas, y solventar el problema de la escasez de nombres de dominio *.com*, *.net* y *.org* libres<sup>37</sup>.

---

global de todas las direcciones de Internet correspondía a la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), ahora sustituida por ICANN (*vid. infra*).

<sup>31</sup> *.mil*, *.gov*, *.int* y *.edu*.

<sup>32</sup> Todas ellas, organismos federales norteamericanos, salvo el dominio *.int*, gestionado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

<sup>33</sup> En España se trata de ES-NIC, en un principio dependiente del CSIC, y desde el mes de febrero de 2000, del ente público Red Técnica Española de Televisión. La atribución de los dominios *.es* ha sido regulada por la Orden Ministerial de 21 de marzo de 2000.

<sup>34</sup> Al tratarse del dominio más popular, por su significado de “organizaciones comerciales”. En menor medida, la carrera se ha extendido a los dominios *.org* y *.net*, al irse agotando los dominios *.com* disponibles.

<sup>35</sup> El caso más popular se dió ante los tribunales de Londres, y es el Prince PCL v. Prince Sports Group Inc. High Court decision. July 30, 1997 CTLR, v. 3, 1997. Véase también Pitman Training Ltd, v. Nominet U.K. Ltd. And Pearson Publishing High Court decision, May 22, 1997 CTLR, v. 3, 1997. En España, véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Bilbao, de 28 de septiembre de 1999 (caso *ozú.com*).

<sup>36</sup> Véase, entre otros, los casos British Telecommunications PLC v. One In A Million Ltd. High Court decision, November 28, 1997. Court of Appeal decision. Jul. 23, 1998 (en el Reino Unido); o Panavisión Int'l, L.P. v. Toepen. 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996). En apelación, 9th Cir. Ct. App. 1998 (en Estados Unidos). En España, véase el Auto de Adopción de Medidas Cautelares del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo, de 2 de junio de 1999 (caso *nocilla.com*).

<sup>37</sup> Tras un largo proceso de negociaciones, ICANN finalmente alcanzó el pasado 16 de noviembre de 2000 el acuerdo de admitir, de forma experimental, siete nuevos nombres de dominio genéricos de primer nivel; *aero*, *biz*, *coop*, *info*, *museum*, *name*

Al objeto de resolver las disputas de la segunda clase de las expuestas (ciberocupación), la ICANN ha creado un procedimiento administrativo de resolución de controversias abierto a cualquier persona que considere que un determinado dominio infringe sus derechos de marcas debidamente registradas. Las normas sustantivas en cuya base se resuelven las controversias se encuentran en la Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy (UDRP)<sup>38</sup>. El solicitante de un dominio debe afirmar que los hechos manifestados en su solicitud de dominio son ciertos, que el registro del dominio no viola o infringe los derechos de un tercero, que el dominio no se está registrando con objeto de cometer una acción ilegal y que no se pretende usar el dominio conscientemente en violación de ninguna ley o regulación aplicable<sup>39</sup>. El solicitante se somete expresamente al procedimiento administrativo de resolución de disputas, si un tercero plantea una reclamación afirmando que el dominio en cuestión es idéntico o similar, de modo que causa confusión con una marca en la que el tercero ostente derechos legítimos; y el titular del dominio no ostenta derechos o intereses legítimos sobre el dominio; y que el dominio ha sido registrado y esta siendo usado de mala fe<sup>40</sup>.

El procedimiento administrativo de resolución de disputas se regula en las llamadas *Rules for Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* (RUDRP)<sup>41</sup>. El procedimiento administrativo se sustanciará a través de proveedores de servicios de resolución de disputas aprobados por ICANN<sup>42</sup>. Dichos proveedores tendrán un listado de panelistas procedentes de diferentes países, con prestigio reconocido y conocimiento de la materia. Con tales listas se podrán configurar los respectivos tribunales formados por una o tres personas<sup>43</sup>. Los panelistas podrán ser seleccionados de las listas de cualesquiera de los proveedores, independientemente del proveedor ante el que se sustancie la disputa<sup>44</sup>. A su vez, el proveedor de los servicios de resolución de disputas puede dictar sus propias normas procesales dentro de las pautas marcadas por la UDRP y las R-UDRP<sup>45</sup>.

---

y pro. Su puesta en marcha se llevará a cabo el 31 de diciembre de 2000, aunque no está previsto que comiencen a registrarse nuevos nombres de dominio hasta junio de 2001. ICANN ha reconocido que estos siete nombres supondrán una prueba para estudiar la viabilidad de aprobar nuevos dominios genéricos de primer nivel.

<sup>38</sup> La versión actual fue aprobada por la ICANN el 24 de octubre de 1999.

<sup>39</sup> UDRP § 2.

<sup>40</sup> UDRP § 4. (a).

<sup>41</sup> La versión actual fue aprobada por la ICANN el 24 de octubre de 1999.

<sup>42</sup> UDRP § 4.1. y R-UDRP 1.

<sup>43</sup> R-UDRP § 3. (b). (iv). Y § 5. (b). (iv).

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> R-UDRP § 1.

Es importante destacar que la resolución que se dicte en el procedimiento administrativo tiene un contenido muy limitado, tratándose únicamente de una orden dirigida al Registro del nombre de dominio para que este sea cancelado o transferido al solicitante, sin tomar decisión alguna respecto al derecho sobre los nombres implicados. Se prevé por ello la posibilidad de acudir en cualquier momento a los tribunales de justicia<sup>46</sup> 47.

Entre los cuatro proveedores de servicios de resolución de disputas, aprobados por la ICANN hasta la fecha, destaca hoy la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Los últimos datos aparecidos sobre solicitudes presentadas ante la OMPI son muy significativos: hasta el mes de octubre del año 2000 se habían recibido 1.489 solicitudes de inicio de procedimiento administrativo. En concreto, España es el tercer país contra el que más solicitudes se han iniciado; de las 1.489 solicitudes, 84 se dirigen contra residentes en España, estando por delante Estados Unidos con 775 y el Reino Unido con 124. España es, además, el cuarto país en número de solicitantes: 74<sup>48</sup> frente a los 735 de Estados Unidos, 141 del Reino Unido y 87 de Francia<sup>49</sup>.

Pese al buen funcionamiento administrativo de los proveedores de servicios de resolución de disputas, y muy especialmente de la OMPI, no faltan voces que reclaman la conveniencia de que en determinados sectores geográficos culturales se autoricen nuevos proveedores de servicios que tengan en cuenta la propia idiosincrasia. Al respecto, no sería de extrañar que pronto el mundo de habla español solicitara y obtuviera de la ICANN la aprobación de nuevos proveedores de servicios de resolución de disputas.

Internet plantea aspectos novedosos en materia de arbitraje y, en concreto, en lo que al arbitraje societario se refiere. El llamado arbitraje *on*

<sup>46</sup> UDRP § 4. (k). Es interesante destacar que la UDRP y las R-UDRP establecen un criterio propio de fuera aplicable en el pleito en cuestión, para evitar así pleitos en fueros exorbitantes.

<sup>47</sup> Basándose en estos argumentos, la Sentencia de 3 de mayo de 2000 del Tribunal de Distrito del Distrito Norte del Estado de Illinois, dictada en el caso *Weber-Stephen Products Co. V. Armitage Hardware and Building Suplí, Inc.* (n.º. 00 C 1738), llega a la conclusión de que las decisiones dictadas en los procedimientos administrativos al amparo de la ICANN no son vinculantes para los tribunales de justicia, aunque se abstiene de manifestar qué criterios de revisión podrían ser utilizados, y qué grado de cortesía o deferencia debe concedérseles.

<sup>48</sup> Importantes empresas españolas han conseguido la titularidad de nombres de dominio en manos de ciberocupas, gracias al procedimiento administrativo de resolución de disputas. Entre otros, *banesto.org* y *banesto.net*, *cortefiel.com* y *cortefiel.org*, *urality.com* o *hipercor.com*.

<sup>49</sup> *El Mundo*, 6 de noviembre de 2000.

*line* es una realidad cuya implantación se encuentra cada vez mas acreditada. Tanto en su aspecto de aplicación de la tecnología de Internet para la resolución de disputas en general, como el uso del arbitraje como forma específica de resolver las disputas en el comercio electrónico.

La aplicación de la tecnología de Internet en la resolución de las disputas puede realizarse en cualquier área de actividad, esté o no relacionada con el comercio electrónico. Establece determinadas ventajas al permitir reunir *on line* a personas de distintas partes del mundo sin que tengan que desplazarse, resolver controversias "en serie" cuando se trate del mismo tipo de disputas y de la misma naturaleza jurídica, reduce costes, logrando enjuiciar reclamaciones de pequeñas sumas que de otro modo no serían rentables reclamar y acelera los trámites.

El comercio electrónico tiene lugar en un escenario dado a multitud de controversias, al coincidir potencialmente multitud de elementos conflictivos: las transacciones pueden producirse a distancia, en el ámbito internacional, entre partes que no se conocen, y que, además, pueden ocultar su identidad; en muchos casos se trata de transacciones de baja cuantía sobre bienes intangibles y en las que el pago se realiza por medios electrónicos en redes abiertas. Estas circunstancias pueden crear un nivel de conflictividad e insatisfacción importante, siendo los consumidores y las pequeñas y medianas empresas más perjudicados. Sin embargo, los tribunales de justicia aparecen como poco adecuados, ya que ni los consumidores quieren litigación transfronteriza, ni los vendedores desean verse sujetos a todas las jurisdicciones del mundo donde tienen potenciales clientes. En muchas ocasiones se requieren soluciones rápidas que los tribunales no pueden dar y en otros casos se puede decir que tales tribunales estatales no están preparados técnicamente para resolver controversias sobre comercio electrónico.

La implantación de un atractivo sistema para la solución de litigios *on line* por las cámaras de comercio españolas, conectadas a la actividad de las demás cámaras en el ámbito europeo, implica una concreta labor de captación y mantenimiento de la clientela. Su estrategia comercial debe tener un doble objetivo: la solución de los litigios en las relaciones B2C pasa por una captación de adhesiones empresariales al sistema y unos buenos servicios que en la práctica satisfagan las necesidades de los consumidores; por el contrario, en el ámbito nacional y unificado, habría que establecer un sistema específico para las relaciones B2B que pudieran interponerse eficazmente en las relaciones entre grupos empresariales. En cualquier caso se trata de un proyecto enormemente interesante, en el ámbito europeo, con fuerte implantación geográfica española y con la gran proyección internacional que las Cámaras de Comercio españolas pueden aportar, muy especialmente teniendo en cuenta la proyección latinoamericana del empresariado español.

13

21

47

67

81

109

163

183

211

REGAP

240

Las instituciones de administración de arbitraje deben, además de adaptarse tecnológicamente a las necesidades del momento, introducir campos de especialización en su actividad de administración de arbitraje. El arbitraje societario se va a constituir, sin lugar a dudas, en un campo fértil para el arbitraje en España y en concreto para la actividad de administración de dichos arbitrajes con carácter institucional. Especialmente, cuando el arbitraje societario tenga lugar en sociedades mercantiles de un cierto tamaño e importancia. Sería muy conveniente, en consecuencia, la colaboración eficaz y permanente de las instituciones arbitrales con los colegios profesionales y principalmente entre los abogados, fedatarios públicos y registradores.

Hablando de arbitraje societario surge la pregunta sobre la función de los llamados expertos independientes que, conforme a los arts. 38 LSA y 100 LSRL, son designados por el Registrador Mercantil. A mi juicio, no son verdaderos árbitros, son mandatarios para rellenar ciertas lagunas contractuales y cuya regulación camina en cierta forma por el sendero del arbitramento previsto en el art. 1447 CC. Su decisión forma parte del contenido contractual y, por lo tanto, revisable ulteriormente en vía jurisdiccional o arbitral.

Resulta lógico que cuando en un procedimiento arbitral se discutan acuerdos societarios los árbitros puedan plantearse ciertas cuestiones registrales que permitan en su día la plena efectividad del laudo que tengan a bien dictar. Es muy posible que acudan las partes y, en su caso, los propios árbitros al informe del Registrador sobre el alcance de los asientos registrales posibles consecuencias registrales de los acuerdos sometidos a su decisión. A mi juicio, el informe del Registrador carece de carácter vinculante y su aparición eventual en el procedimiento arbitral, personalmente o por escrito, no tiene otra condición que la de un experto en temas registrales. Su opinión será muy tenida en cuenta por los árbitros, pero insistimos sin que tenga carácter vinculante.

## 7. Sobre el laudo registrable

El destino lógico de un laudo en materia de impugnación de acuerdos sociales es la inscripción registral para su correspondiente publicidad. Con arreglo al art. 7.1 RRM y al art. 20.1 Ccom, la inscripción presume que el acuerdo es "exacto y válido". Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales Jurisdiccionales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración de su inexactitud o nulidad.

Quiebra así, en cierta forma, el valor entendido que tradicionalmente ha rodeado al arbitraje comercial. Se ha mantenido que el arbitraje, frente a la solución jurisdiccional, es un procedimiento para la solución de litigios eminentemente confidencial. Los árbitros y las instituciones de arbi-

traje están sometidos en su actuación al secreto profesional. E incluso las partes pueden incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la publicación de las diferencias sometidas a arbitraje. Como es lógico, el arbitraje societario exige las matizaciones propias de un procedimiento arbitral encaminado a la publicidad que supone la inscripción registral del resultado de la contienda.

Desde la óptica registral, cabe preguntarse por el título formal que permita su inscripción. Es bien sabido que con la nueva Ley de Arbitraje no se exige ya la protocolización notarial del laudo arbitral: "todo laudo deberá constar por escrito" (art. 37.3), aunque "podrá ser protocolizado notarialmente" (art. 37.8). En materia societaria creo que es altamente recomendable su protocolización notarial a efectos de mantener ciertas apariencias en su presentación registral. Sin embargo, no es una exigencia legislativa.

En principio, pues, el laudo que simplemente conste por escrito si afecta a materias societarias es susceptible de inscripción registral. Esto puede chocar a la conciencia jurídica tradicional pues resulta título inscribible sin protocolización notarial y sin ejecución judicial.

Los laudos que sean consecuencia de un arbitraje internacional deben, en principio, ser sometidos al procedimiento judicial de *exequátur* para que surtan efectos en España. La decisión judicial *exequaturizando* dicho laudo es sin duda título formal que permita su inscripción registral.

La duda surge respecto de los laudos arbitrajes dictados en procedimientos internacionales en los que las partes optaron por una sede arbitral en España o así se hubiera determinado por la institución administradora del arbitraje. A mi juicio, en aplicación del Convenio de Nueva York bastaría la certificación de la Cámara de Comercio Internacional, si fuera la institución administradora del arbitraje, para que pudiera inscribirse directamente en el registro Mercantil.

No sería acertado concluir el análisis del laudo registrable sin hacer una mención aunque sea breve sobre la calificación del Registrador. Con acierto ha dicho Luís Fernández del Pozo que el Registrador "no es una instancia revisora del laudo o de la función arbitral". Sin embargo, no veo clara la opinión también de Luís Fernández del Pozo cuando dice que el Registrador "[...] pronuncia un juicio de conformidad o disconformidad al Ordenamiento jurídico y, por ende, sobre la aptitud o no para la inscripción del laudo dictado<sup>50</sup>". A los efectos registrales: el laudo no tiene menos valor que la sentencia judicial. Por ello, debe ser acatado por el Registrador. El art. 122, en su párrafo 2º LSA mantenido en vigor por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, manifiesta que "la sentencia firme que

<sup>50</sup> Fernández del Pozo, "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 612, sep-oct. 1992, pág. 2051.

declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil” en la idea bien clara de que cuando habla de sentencia firme se está refiriendo tanto a la sentencia judicial como al laudo arbitral. En el caso del arbitraje internacional ello no supone otra cosa que la aplicación estricta del art. 3 del Convenio de Nueva York: “[...] reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada [...]”.

## 8. Unificación jurisprudencial

En la regulación del proceso específico que contenía la legislación de sociedades para la impugnación de los acuerdos sociales, legislación derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, latía una evidente preocupación por la unidad jurisprudencial. El viejo art. 119.1, párrafo 2º de la LSA establece de forma clara que “contra las Sentencias que dicten las Audiencias Provinciales procederá, en todo caso, el recurso de casación”.

El art. 477 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dice que sólo se podrá recurrir en casación cuando: (i) las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, con excepción del art. 24 CE; (ii) cuando la cuantía del asunto excediere de 25 millones de Pesetas; y (iii) cuando la resolución del recurso presente interés casacional. Se considerará que un recurso presenta interés casacional “[...]cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”.

La Ley de Arbitraje tiene al respecto una conclusión distinta, por partir también de una muy diferente filosofía legislativa. Las partes que se someten a la decisión arbitral de un tercero, desean que sea ese tercero y no un órgano jurisdiccional revisor el que decida la contienda. Por eso se dice que frente al laudo firme “sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes” (art. 43). En su caso, podrá ejercitarse contra un laudo definitivo la acción de anulación en los términos previstos por los artículos 40 y ss. de la Ley de Arbitraje.

Por supuesto, la decisión de la Audiencia Provincial en materia de anulación de laudos arbitrales no puede dar lugar al recurso de casación por “interés casacional” previsto en el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se está hablando exclusivamente de la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales que claramente no es el supuesto de recurso de anulación del laudo arbitral. Y tan es así, que el Tribunal Constitucional Español ha

dejado bien claro que cuando el Tribunal Supremo anulaba un laudo arbitral sobre la base de la Ley de 1953 no podía constituirse en Sala y dictar una sentencia en grado de apelación<sup>51</sup>. Ello supondría, a juicio del Tribunal Constitucional, una atribución de facultades jurisdiccionales por parte del Tribunal Supremo no deseada por las partes cuando suscriben un convenio arbitral, violando por lo tanto la tutela efectiva de los derechos garantizada por el art. 24 de nuestra Constitución: implícita en la "extralimitación jurisdiccional desde la perspectiva de la indebida atribución arbitral de fondo y de la exclusión del juez predeterminado por la Ley y el convenio de las partes".

Es lógico que la doctrina se preocupe por los problemas que pueda plantear en el futuro la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de anulación del laudo. Eventualmente, la reforma "de lege ferenda" no debe caminar por el establecimiento de casación sin más contra los laudos arbitrales sino que probablemente lo más apropiado, respetando el espíritu arbitral, sea el recurso en interés de la Ley. Es decir, el recurso ante el Tribunal Supremo por violación de la Audiencia Provincial de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o cuando resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El recurso en interés de la Ley, como es bien sabido, se interpone a efectos exclusivamente jurisprudenciales sin que quede afectada la ejecutoria. Sería bueno introducir el recurso en interés de la Ley, con una amplia legitimación para su interposición, a efectos de unificar la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero sin que el laudo arbitral quede afectado por dicha actividad doctrinal unificadora. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil habla del recurso en interés de la Ley en sus arts. 490 y ss. pero sólo respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de Ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. El tiempo nos dirá si la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de anulación del laudo arbitral no será solucionada por vía de posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la eventual discriminación que pudiera considerarse en las decisiones de las Audiencias Provinciales anulando laudos arbitrales respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales susceptibles de recurso de casación por interés casacional.

---

<sup>51</sup> STC de 16 de marzo de 1988 (Sala 2ª) RAJ (1998, 43). Este mismo criterio ha sido seguido y aplicado por las Audiencias Provinciales al conocer del recurso de nulidad establecido en los arts. 45 y ss. de la Ley de Arbitraje (*vid.* SAP de Madrid de 24 de septiembre de 1998 (Sección 20ª), RAJ (1998, 1805).

## 9. El arbitraje societario, verdadero debate de filosofía constitucional

Creo muy equivocado el planteamiento de quienes quieren favorecer el uso del arbitraje y otras formas alternativas de solución de litigios en España centrandó su atención en la congestión de los juzgados y tribunales de nuestro país. Ese es un planteamiento erróneo, pues la congestión y el más ágil funcionamiento de nuestros juzgados y tribunales requieren soluciones para la maquinaria judicial. La solución judicial y la arbitral son garantía tan eficaz, una y otra, de la tutela de los derechos de los ciudadanos. El arbitraje ya no es hoy en España una jurisdicción de segunda clase. Es el camino deseado por los ciudadanos, en uso constitucional de su autonomía contractual. Frente a la organización jurisdiccional del anterior régimen, el monopolio jurisdiccional del Estado ha dejado de ser el elemento básico en una sociedad democrática y moderna<sup>52</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional ha acuñado con acierto la expresión equivalente jurisdiccional, refiriéndose al arbitraje. La base constitucional del arbitraje no es tanto el art. 24 como el mismo art. 1.1 de nuestra Carta Magna: la libertad.

En la polémica sobre legitimación o prohibición del arbitraje societario se discute también el modelo de sociedad mercantil: la Dirección General de los Registros y del Notariado, primero, y después el Tribunal Supremo en 1998 han fijado las pautas a seguir en el futuro. En concreto, han establecido unos límites amplios a la arbitrabilidad, sin que se pueda decir ya que el derecho de impugnación de los acuerdos sociales y, en general, las controversias que surjan en el derecho societario sea o no susceptible de sometimiento a arbitraje. Basten recordar, a modo de ejemplo, las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998: "el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empuja el carácter negociado y, por tanto, dispositivo de los mismos [...] Todo ello, confirmado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17 de enero de 2005 que ratifica la arbitrabilidad del arbitraje societario, denegando el amparo frente a quien lo solicita en la idea de que un arbitraje de equidad sería anticonstitucional en temas societarios y más en conflicto para dilucidar las controversias en torno al derecho de separación del accionista. El Tribunal Constitucional admite la solución arbitral en temas societarios dentro de la legalidad, infraconstitucional." (primeras lecciones de economía).

Lo primero que conoció fue una economía de autoabastecimiento, en un país donde la castaña más que fruto era alimento, donde el cereal

<sup>52</sup> Vid. Fernández del Pozo, "Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales", en *Revista General de Derecho*, junio 1995, nº 609, pág. 6.946 y ss., el que dejó de pertenecer al mismo por enfermedad.



# ARBITRAJE Y PROPIEDAD INDUSTRIAL

José Manuel Otero Lastres

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Alcalá de Henares

## 1. Introducción

Cuando se pone en relación la institución del arbitraje con todo un sector del ordenamiento jurídico, como es la propiedad industrial, es lógico pensar que estamos ante una materia que presenta problemas cuando se intenta someterla a arbitraje. Con esto se quiere decir que si el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante LA) establece que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho", las dudas que suscita la propiedad industrial recaen básicamente sobre si se está ante una materia enteramente "de libre disposición conforme a derecho".

La cuestión de la "libre disposición" remite, como es sabido, a la interpretación y aplicación del artículo 6.2 del Código Civil, del cual se desprende, como afirma el Profesor Rodrigo Bercovitz (*Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Ed. Tecnos, 1991, p. 20), que "no podrán someterse a arbitraje cuestiones litigiosas que afecten a derechos o titularidades a las que no se puede renunciar o de los que no se puede disponer por ser renuncia y disposición contrarias al orden público o perjudicar a tercero". En el Código Civil, hay preceptos de los que se desprende que ciertas materias no son de libre disposición, como sucede, como es sabido, con el artículo

1.814) que dispone que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. En los otros de los que resulta lo contrario, como el artículo 1.813, que establece que se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito o delito, para resaltar la importancia de la economía para el des. Por el bien, al contrario de lo que sucede con el Código Civil, en las leyes que regulan la propiedad industrial no existen este tipo de normas, por lo cual la respuesta a si una determinada materia es o no de libre disposición hay que deducirla de la propia norma que la regula. Y esto hace que sea más compleja la tarea de determinar las materias de libre disposición y, por lo mismo, susceptibles de ser sometidas a arbitraje. *en gallega* *ant* Ado dicho ha de añadirse que, como de todos es sabido, la propiedad industrial está integrada por derechos que concede la Administración Pública mediante actos administrativos dictados tras el correspondiente procedimiento, por lo que constantemente está rondando sobre esta materia, el ingrediente del "orden público". Precisamente por esto, en una primera aproximación, podría pensarse que estamos ante una materia que deja muy poco margen a la libre disposición de los particulares. *apuluogo* - 19 Pero, si esto es cierto, también lo es que, bien miradas las cosas, en la propiedad industrial hay, si se me permite la expresión, más materia "arbitrable" de la que pudiera pensarse a primera vista, hasta el punto de que, como más tarde se dirá, las recientes leyes de marcas de 2001 y de diseño industrial de 2003 prevén expresamente sendos preceptos dedicados al "arbitraje de Galicia" (PDR) 1986-1990, los presupuestos generales de la Coruña todo lo que antecede y con el fin de cumplir con el título de mi artículo de determinar, en primer lugar, qué materias son arbitrables dentro de la propiedad industrial, lo cual obliga a detenerse previamente en las modalidades que la integran. Seguidamente, y teniendo en cuenta la distinción entre el "arbitraje general" o propio de cualquier controversia y el "arbitraje" específico previsto únicamente para determinadas modalidades de la propiedad industrial, analizaremos cada modalidad de la propiedad industrial, destacando los puntos que cabe someter al arbitraje general y aquellos otros puntos exclusivos del arbitraje específico. Ahora bien, como hay modalidades, como las patentes y los modelos de utilidad, en las que no cabe el arbitraje específico, sino sólo el general, nos detendremos en las cuestiones que cabe someter al arbitraje general. Por el contrario, en las modalidades en las que cabe el arbitraje específico, en lugar de analizar otra vez las cuestiones que pueden someterse a arbitraje general, al hacer en el arbitraje específico. Y ello por la sencilla razón de que en estas modalidades las cuestiones en las que también cabe el arbitraje general son *mutatis mutandis* las mismas que en patentes y modelos de utilidad de los Cursos de Verano de la Universidad Internacional del Atlántico, Poio, Pontevedra, 1984-1989.

## 2. Las modalidades de la propiedad industrial y la materia arbitrable

Como todos ustedes saben, los objetos protegidos por la propiedad industrial se dividen en dos grandes categorías: las creaciones industriales y los signos distintivos. Las creaciones industriales son, a su vez, de dos tipos: las creaciones técnicas y las creaciones estéticas. Por su parte, los signos distintivos tienen por finalidad diferenciar prestaciones o bien identificar y distinguir al empresario en el tráfico económico. Pues bien, para proteger las citadas creaciones industriales y los signos distintivos, el ordenamiento jurídico prevé las siguientes modalidades de propiedad industrial: la patente y el modelo de utilidad para las creaciones técnicas; el diseño industrial para las creaciones estéticas, la marca para los signos utilizados para distinguir prestaciones y el nombre comercial para el signo que individualiza y distingue al empresario en el ejercicio de su actividad en el mercado.

Es sabido por todos que la patente y el modelo de utilidad se rigen por la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (en adelante *Ley de Patentes*); el diseño industrial está regulado por la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante *Ley de Diseño*); y la marca y el nombre comercial son regulados por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante *Ley de Marcas*).

Conviene indicar, desde ahora, que dos de estas tres leyes, concretamente la de Marcas y la de Diseño, contienen un precepto titulado *Arbitraje*, el artículo 28 de la Ley de Marcas y el 42 de la Ley de Diseño, en los que se regula la posibilidad de someter a dicho arbitraje ciertas cuestiones litigiosas surgidas en el procedimiento de concesión de marcas, nombres comerciales y diseños industriales.

Así las cosas, y con el fin de proceder con la mayor claridad posible, vamos a analizar, tomando como modelo la regulación de la patente, las materias que pueden ser objeto de un arbitraje general. Seguidamente, y sólo en materia de marcas y de diseño industrial, vamos a examinar los principales problemas del arbitraje específico. Bien entendido que denomino *arbitraje general* al arbitraje que no sea el previsto en el artículo 28 de la Ley de Marcas y en el artículo 42 de la Ley de Diseño y *arbitraje específico* al regulado en estos preceptos.

En esta introducción al tema de mi artículo, debo hacer una última precisión. La materia de la propiedad industrial es tan amplia y son tantos los problemas que cabría suscitar que sólo voy a detenerme en algunos de ellos. Espero, sin embargo, que el análisis de estos puntos sirva para intuir las líneas generales sobre el ámbito del arbitraje en esta materia y para comprobar que en la actualidad también el arbitraje se ha abierto camino en el ámbito de la propiedad industrial.

### 3. El arbitraje en materia de patentes y modelos de utilidad

#### 3.1. Inexistencia de "arbitraje específico"

Al analizar el arbitraje en materia de patentes y de modelos de utilidad, lo primero que debe reseñarse es que la Ley de Patentes no ha previsto el que hemos denominado *arbitraje específico*, que sí contemplan, en cambio, como hemos dicho, las leyes de Marcas y de Diseño. La razón por la que no se prevé este tipo de arbitraje en materia de patentes y de modelos de utilidad no tiene que ver con la fecha de promulgación de la Ley de Patentes. Hay quien podría pensar, en efecto, que siendo el *arbitraje específico* una novedad de Ley de Marcas de 2001, que prevé también la posterior Ley de Diseño, la razón que explica que no figure en la Ley de Patentes es que esta última Ley es de 1986, muy anterior, por tanto, a la Ley de Marcas de 2001. Pero esta no es la razón. Y para demostrarlo basta con acudir a las disposiciones adicionales de la Ley de Marcas de 2001, en las que figuran modificaciones de la propia Ley de Patentes como, por ejemplo, la Disposición Adicional Tercera, que añade un nuevo apartado 3 al artículo 125 de la Ley de Patentes. Por lo cual, si se hubiera deseado prever el arbitraje específico en materia de patentes y modelos de utilidad, habría bastado con introducir una nueva norma en la Ley de Patentes por la vía de las disposiciones adicionales de la Ley de Marcas de 2001.

¿Cuál es, entonces, la razón por la que no existe el "arbitraje específico" en materia de patentes y modelos de utilidad? La razón hay que buscarla en el procedimiento de concesión de estos derechos y los intereses que se tutelan. En efecto, la concesión de una patente está sometida a un procedimiento, regulado en los artículos 21 a 46, en el que se tutelan intereses públicos o generales, hasta el punto de que las intervenciones de terceros son mínimas, consistiendo básicamente en la posibilidad de formular observaciones debidamente razonadas y documentadas al informe sobre el estado de la técnica, sin que tales observaciones, aun cuando sean pertinentes, hayan de desembocar en la denegación de la patente. Naturalmente, si en el procedimiento de concesión de la patente no hay supuestos en los que se plantea exclusivamente un conflicto entre intereses privados de terceros, sino que está siempre presente el interés público y general, es lógico que no haya espacio alguno para un arbitraje que tenga por objeto cuestiones litigiosas de libre disposición entre los particulares.

Como dice el preámbulo de la Ley de Patentes, "es criterio unánime en todos los países industrializados, que la legislación en materia de patentes influye decisivamente en la organización de la economía, al constituir un elemento fundamental para impulsar la innovación tecnológica, principio al que no puede sustraerse nuestro país, pues resulta imprescindible para elevar el nivel de competitividad de nuestra industria". Y

seguidamente se añade "por otra parte, una Ley de Patentes, que proteja eficazmente los resultados de nuestra investigación, constituye un elemento necesario dentro de la política española de fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico". Esta política de fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico constituye, por lo demás, uno de **los principios rectores de la política social y económica**, según establece el artículo 44.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor "los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general".

Al exponer sintéticamente el caso ELI LILY contra PREMO PHARMACEUTICAL, resuelto por el Tribunal norteamericano de Apelación del Tercer Circuito, el Profesor Fernández-Novoa (*Hacia un nuevo Sistema de Patentes*, Edit. Montecorvo 1982, pp. 15 y ss.) recordó las acertadas consideraciones que efectuó el citado Tribunal acerca del fundamento del sistema de patentes y de su concordancia con el interés público. A este respecto, destacó el citado Tribunal norteamericano que las inversiones a largo plazo en investigación tecnológica representan uno de los mecanismos básicos para que una economía industrializada pueda mantener su tasa de crecimiento y su cuota en el comercio internacional, lo cual favorece la creación de puestos de trabajo.

En conclusión, la presencia de este interés general que está en la base misma del sistema de patentes implica que no existan conflictos de intereses exclusivamente privados en el procedimiento de concesión de las patentes, lo cual hace que no sea posible prever en materia de concesión de patentes el arbitraje específico que regulan las leyes de marcas y de diseño. Esta conclusión es, asimismo, la que ha de mantenerse en materia de modelos de utilidad. La razón de ello es que el interés tutelado es el mismo interés general que en materia de patentes. En este sentido, el preámbulo de la Ley de Patentes destaca que se mantiene en la Ley la figura del modelo de utilidad "por ser una institución que responde en muchos casos al nivel de nuestra tecnología". Y aunque es verdad que el procedimiento de concesión de los modelos de utilidad es diferente al de la patente, en la medida en que existe un llamamiento a las oposiciones de los terceros, esta pieza procedimental no conlleva la presencia de intereses privados que hacen posible el arbitraje específico.

### 3.2. *Ámbito del arbitraje general en materia de patentes*

A pesar de que no cabe el arbitraje específico en materia de patentes y modelos de utilidad, ello no significa que no existan extremos que puedan ser sometidos a arbitraje. Ya hemos visto que el requisito esencial para que pueda someterse a arbitraje una controversia es que verse sobre una materia de libre disposición conforme a derecho. En consecuencia, para determinar qué materia es arbitrable en materia de patentes y modelos de

utilidad es preciso tener bien presente qué materias son de libre disposición conforme a derecho.

Acabamos de ver que en este ámbito no existe el arbitraje específico porque en el procedimiento de concesión de la patentes está presente el interés público y no hay conflictos de intereses exclusivamente privados. La consecuencia que ha de extraerse de esto es que en materia de patentes y modelos de utilidad tampoco pueden ser objeto del arbitraje general las cuestiones relacionadas con la concesión de estos derechos. En esta materia, sólo es competente la Oficina Española de Patentes y Marcas, cuyos acuerdos son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Excluida, pues, esta materia, cabe preguntarse qué sucede con el resto de las cuestiones reguladas por la Ley de Patentes. Para responder a esta pregunta, voy a seguir la estructura de la propia Ley de Patentes con el fin de ir analizando si cada una de las materias en que pueden presentarse controversias es o no de libre disposición de las partes conforme a derecho.

#### *(i) Cuestiones relacionadas con el derecho a la patente*

Todas las cuestiones relacionadas con el derecho a obtener la patente son materias de libre disposición conforme a derecho, pero –y esto debe ser especialmente subrayado– dentro de los límites que establece la LP.

Así, la LP en su artículo 10.1 dispone que el derecho a obtener la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes y que es transmisible por todos los medios que el derecho reconoce. Pues bien, no pueda dudarse que es arbitrable cualquier controversia sobre a quién corresponde en verdad la condición de inventor o sobre si ha habido o no una transmisión válida del derecho a obtener la patente por parte del inventor a un tercero. Lo mismo puede decirse de lo que se prevé en el artículo 10.2, a cuyo tenor si una invención hubiere sido realizada por varias personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente pertenecerá en común a todas ellas. En una hipótesis de realización conjunta de la invención por varias personas, parece que también cabe someter a arbitraje una controversia sobre si un determinado sujeto intervino o no, y en qué grado, en la realización de la invención. Y otro tanto cabe afirmar de lo dispuesto en el artículo 10.3, según el cual en la hipótesis de que varias personas creen de manera independiente una misma invención, el derecho a la patente corresponde al inventor o causahabiente del inventor que primero presente la solicitud de patente que llegue a ser publicada. De acuerdo con lo que venimos diciendo, cabría someter a arbitraje una controversia referida, por ejemplo, a la validez de la transmisión del derecho a la patente realizada por un inventor al causahabiente que ha sido el primero en solicitar la patente.

Bernardo M. Cremades Sanz  
Abogado de la Corte Supl. de Madrid

Hay que advertir, sin embargo, que en materia de patentes es esencial que no se divulgue la invención antes de presentar la solicitud de patente. Por la fundamental razón de que si la invención se hace accesible al público antes de la presentación de la solicitud, la invención ingresa en el estado de la técnica y pierde el fundamental requisito de la novedad. Esta necesidad esencial de conservar en secreto la invención antes de que se solicite la patente puede constituir un obstáculo para que se sometan a arbitraje cuestiones relacionadas con el derecho a obtener la patente. Y ello porque el hecho mismo de discutir sobre la persona del inventor, sobre la participación en el logro de la invención, sobre la validez de una transmisión del derecho a obtener la patente, podrían suponer una divulgación de la invención y, por tanto, su ingreso en el estado de la técnica.

Este serio inconveniente puede, sin embargo, eliminarse, bien exigiendo confidencialidad a todos los intervinientes en el arbitraje, bien presentando inmediatamente la solicitud de patente y solicitando seguidamente la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva la controversia sometida a arbitraje.

Lo que, en cambio, no podría ser sometido a arbitraje es si cabe sustituir el sistema de atribución del derecho a la patente previsto en el artículo 10.3 de la LP por otro sistema en el que, en lugar de reconocer el derecho a la patente al inventor o causahabiente del inventor que primero solicite la patente, se lo atribuya, por ejemplo, al primer inventor que sea el primer solicitante de la patente, excluyendo, en consecuencia, a los causahabientes de los inventores y convirtiendo, por ello, el derecho a la patente en un derecho en cierto modo intransmisible. Ni tampoco es arbitrable la materia relativa a las consecuencias de que solicite la patente quien no sea el inventor o un causahabiente del inventor, que se configura, como veremos más adelante, como una causa de nulidad de la patente, materia ésta que escapa a la libre disposición de los particulares.

A la vista de lo que antecede, y teniendo en cuenta siempre los límites que establece la LP, cabe concluir que podría someterse a arbitraje cualquier controversia relativa al derecho a obtener la patente (arts. 10 y 11 de la LP); y, por las mismas razones y con el mismo límite, la materia de la acción reivindicatoria prevista en el artículo 12 de la LP; las consecuencias derivadas de un cambio de titularidad de la patente en relación con las licencias y demás derechos de terceros sobre la misma (art. 13) y el derecho del inventor a ser mencionado como tal en la patente (art. 14). Pero, bien entendido que en este último caso la controversia arbitrable será únicamente la discusión sobre la condición misma de inventor y no su derecho a ser mencionado como tal en la patente, ya que este derecho, en tanto que derecho moral, es irrenunciable.

### (ii) *Cuestiones relacionadas con las invenciones laborales*

También deben considerarse, con determinados matices, como materias de libre disposición conforme a derecho las controversias surgidas en relación con las invenciones laborales, reguladas en el Título IV de la LP. En esta materia, hay que tener en cuenta, sin embargo, dos importantes precisiones. La primera es que de acuerdo con el apartado 2 del artículo 19 de la LP, según el cual “será nula toda renuncia anticipada del trabajador a los derechos que la Ley le otorga en este Título”, hay que considerar indisponible la renuncia anticipada del trabajador a los derechos que le otorga la Ley de Patentes en dicho Título IV. La segunda precisión es que, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo IV del Título XIII, es obligatoria la previa conciliación ante la Oficina Española de Patentes y Marcas antes de iniciar el correspondiente procedimiento arbitral, ya que, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 142 de la LP, no puede admitirse una demanda –por lo tanto también la de arbitraje– sin la certificación del Director de la OEPM en la que conste la no conformidad de alguna de las partes con la propuesta de acuerdo formulada por la Oficina.

### (iii) *Cuestiones relacionadas con las acciones por violación del derecho de patentes*

Las acciones por violación del derecho de patente –y lo mismo cabe decir de los modelos de utilidad– se relacionan en el artículo 63 de la LP y son, como es sabido, la acción de cesación (letras *a* y *e*), la acción de indemnización de daños y perjuicios (letra *b*), la acción de remoción de los efectos producidos por la infracción de la patente (letras *c* y *d*) y la acción de publicación de la sentencia condenatoria del infractor (letra *f*).

A primera vista podría pensarse que como las controversias sobre violación de las patentes surgen entre particulares, no existe duda alguna de que pueden ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, la lectura de ciertas normas de la Ley de Patentes y de la reciente regulación de los Juzgados de lo Mercantil puede suscitar dudas sobre la libre disponibilidad de esta materia.

Así, el artículo 123 de la LP dispone textualmente que “el conocimiento de todos los litigios que se susciten como consecuencia del ejercicio de acciones, de cualquier clase y naturaleza que sean, derivadas de la aplicación de los preceptos de la presente Ley, corresponde a los órganos de la Jurisdicción ordinaria”. Por su parte, el artículo 125 de la LP dispone que, en lo que ahora interesa, que los litigios civiles que para los litigios civiles que surjan al amparo de la Ley “será competente el juez de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser designado uno con carácter permanente, donde hubiere

varios, por el órgano judicial competente”, añadiendo que “en el caso de acciones por violación del derecho de patente, también será competente, a elección del demandante, el mismo juzgado al que se refiere el apartado anterior de la Comunidad Autónoma donde se hubiera realizado la violación o se hubieren producido sus efectos”.

A todo esto hay que añadir que el artículo segundo de la LO 8/2003, de 9 de julio, al determinar la competencia de los juzgados de lo Mercantil, dispone en la letra a) del número 2 del apartado 7, que conocerán, asimismo, de “las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a ... propiedad industrial...”.

De la interpretación conjunta de los citados artículos de la LP y de la mencionada norma de la LO 8/2003, se pueden extraer las dos siguientes conclusiones. La primera es que, en el orden jurisdiccional, el juez competente en materia de propiedad industrial es el juez de lo Mercantil. Y la segunda que, desde el punto de vista territorial, lo será, para todas las acciones civiles excepto para las de violación, el juez de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente al domicilio del demandado; mientras que para las acciones de violación la competencia territorial se extiende a los jueces de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas en que se hubiere realizado la violación o se hubieran producido sus efectos.

Así las cosas, cabe preguntarse si la especial competencia objetiva que atribuye la LO 8/2003 a los jueces de lo Mercantil y, sobre todo, la también especial competencia territorial que prevé la LP, implican que las acciones civiles en materia de patentes, incluidas las acciones por violación de la patente, no pueden ejercitarse por la vía arbitral.

Aunque la cuestión podría, a primera vista, suscitar dudas, soy de la opinión de que el sólo hecho de atribuir determinadas competencias a los jueces de lo Mercantil, como sucede con la propiedad industrial, no puede tener como consecuencia ineludible que se trate de una materia excluida del arbitraje. Defender esta postura supondría sostener que, desde la LO 8/2003, no caben arbitrajes en las demás materias sobre las que tienen competencia los jueces de lo Mercantil, como por ejemplo en materia societaria. Y esta postura no parece admisible. El problema se plantea por las especialidades de la propiedad industrial, que es una materia, dentro de las que conforman la competencia de los jueces de lo Mercantil, que tiene especialidades en materia de competencia territorial. Hasta el punto de que en materia de propiedad industrial, no puedan conocer ni siquiera los demás jueces de lo Mercantil que no sean los de los juzgados competentes territorialmente.

La respuesta a la cuestión planteada es, sin embargo, que hay que considerar arbitrable la materia relativa al ejercicio de acciones civiles por vio-

lación de patentes. La razón de ello es que lo que excluye una materia del arbitraje es, como se desprende del artículo 2.1 de la LA, *que no sea de libre disposición*, pero no la concreta regulación que haya previsto el legislador sobre los tribunales competentes al efecto. Por esta razón, en el marco de un arbitraje general se puede suscitar una controversia sobre si ha existido o no violación de una patente, ejercitando en tal caso su titular las acciones que les reconoce la Ley de Patentes en los artículos 63 y siguientes.

Dos meses más tarde, por sentencia de 18 de abril de 1998, la Sala Primera del Tribunal Supremo (1998/1000) resolvió una cuestión de inconstitucionalidad (iv) *Cuestiones relacionadas con la solicitud de patente y la patente como objeto del derecho de propiedad*.

La primera materia que se regula en el Capítulo Primero del Título VIII de la LP es la relativa a la cotitularidad de una patente. Todas las controversias que se planteen sobre esta materia son arbitrables, ya que se trata de una materia de libre disposición. En cambio, las cosas son distintas respecto de la otra materia que se regula en este capítulo que es la expropiación de la patente. En efecto, el hecho mismo de que las causas de la expropiación, como dice el artículo 73.1 de la LP, sean la utilidad pública o el interés social, y de que la utilidad pública o el interés social hayan de ser declarados por Ley, como dispone el apartado 3 de este artículo, ponen claramente de relieve que estamos ante una materia que no pertenece al ámbito de la libre disposición de los particulares.

Las materias reguladas en los capítulos segundo y tercero, que son, respectivamente, las licencias contractuales y las licencias de pleno derecho, son materias de la libre disposición y, en consecuencia, las controversias que se susciten sobre ellas pueden ser sometidas a arbitraje. Las cosas son, en cambio, diferentes en relación con las licencias obligatorias, reguladas en el Título IX de la LP. En este punto, la carga legal de explotar la patente que impone la Ley y la sanción de las licencias obligatorias en caso de incumplimiento, están fuertemente impregnadas del ingrediente del interés general y, en consecuencia, están excluidas del ámbito del arbitraje.

(v) *Cuestiones relacionadas con las acciones de nulidad y de caducidad*

Las últimas cuestiones que vamos a analizar son las relativas a la nulidad y caducidad de la patente. Parece claro que la materia de la nulidad de una patente no es de libre disposición. Las causas de nulidad están íntimamente relacionadas con los requisitos de patentabilidad, así como con otras cuestiones, como la suficiencia de la descripción de la patente o que el objeto de la patente exceda del contenido de la solicitud o que el titular no tuviera derecho a obtenerla por no ser inventor o causahabiente del inventor, que no son de la libre disposición de los particulares. En cuanto a la caducidad, estamos, asimismo, ante una materia que no es arbitrable porque tampoco es de la libre disposición de los particulares.

#### 4. El arbitraje específico: las marcas y los diseños industriales

##### 4.1. Consideraciones previas

Una de las novedades que ha introducido la Ley de Marcas de 2001 es, como he venido diciendo, prever un precepto dedicado específicamente al arbitraje, el cual figura ubicado sistemáticamente dentro de las cuestiones generales sobre el procedimiento. Como ha señalado Ana Otero (La Ley n.º 5.717, 12 de febrero de 2003) la posibilidad de este arbitraje específico ha sido posible gracias a otra importante modificación llevada a cabo por la Ley de 2001 en el procedimiento de registro de las marcas, en virtud de la cual se suprimió el examen inicial por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas de las prohibiciones relativas, que sólo serán examinadas por la Oficina cuando un tercero legitimado formule la correspondiente oposición a la solicitud de marca presentada a registro. El arbitraje específico ha sido previsto también en la posterior Ley de Diseño de 2003, en la que se ha regulado un procedimiento de concesión que también hace posible resolver por medio del arbitraje algunas cuestiones relacionadas con el mismo.

La principales ventajas del arbitraje específico son las propias de la institución del arbitraje: la celeridad con la que van a resolverse los expedientes; la preparación de los árbitros, entre los que podrán figurar los más competentes especialistas sobre la materia; y la posibilidad de tener en cuenta la realidad del mercado, esto es, el plano extrarregistral, del que en la mayoría de las ocasiones se prescinde en el orden contencioso administrativo (véase, Ana Otero, *ob. cit.* pp. 1 y 2). De aquí que haya que felicitarse por la idea de que los particulares puedan beneficiarse de las indudables ventajas de esta institución en una materia tan importante como la de la concesión de ciertas modalidades de propiedad industrial que median la seguridad jurídica al pactar el convenio de arbitraje y

Una última reflexión es que el arbitraje específico previsto en el artículo 28 de la Ley de Marcas y en el 42 de la Ley de Diseño es aplicable únicamente a las cuestiones litigiosas que puedan surgir con ocasión del registro de una marca o de un diseño. Lo cual quiere decir que las demás cuestiones sobre derecho de marcas y de diseño que los interesados sometan a arbitraje, no deben sujetarse a lo dispuesto por estos preceptos, sino al arbitraje general regulado en la Ley de Arbitraje.

Esta circunstancia, lejos de ser irrelevante, tiene importantes repercusiones prácticas: el procedimiento de arbitraje específico contiene, como veremos, numerosas especialidades, en muchos casos restrictivas, que tienen su razón de ser precisamente por tratarse de un arbitraje para cuestiones litigiosas surgidas en un procedimiento esencialmente administrativo, y que no deben afectar a otras cuestiones que los interesados puedan decidir someter a arbitraje en el arbitraje general.

## 4.2. El arbitraje específico en materia de marcas

### 4.2.1. *Cuestiones que cabe someter a arbitraje: sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la Ley*

No todas las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca pueden ser sometidas a arbitraje. El propio artículo 28 determina, en su apartado 2, el ámbito del arbitraje específico, tanto positiva como negativamente.

En la vertiente positiva, hay que indicar que el arbitraje sólo podrá versar, como dispone el inciso primero del citado apartado 2, sobre las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b) (riesgo de confusión entre marcas), 7.1.b) (riesgo de confusión entre nombres comerciales y marcas), 8 (riesgos de confusión y de asociación con marcas y nombres comerciales notorios y renombrados) y 9 (derechos anteriores de variada naturaleza como el derecho al nombre, la imagen, derechos de propiedad intelectual, etc.).

Así pues, aunque el objeto del arbitraje específico son prohibiciones relativas de registro, no todas las prohibiciones relativas pueden ser sometidas a arbitraje: quedan excluidas las prohibiciones relativas que recogen los artículos 6.1.a), 7.1.a) y 10. Por lo tanto, la propia delimitación positiva del ámbito del arbitraje específico conlleva una delimitación negativa en lo que concierne a las prohibiciones, toda vez que quedan excluidas las que no están expresamente incluidas.

La razón por la que se excluyen las contenidas en los artículos 6.1.a) y 7.1.a) es la misma y se basa en un fundamento similar: el legislador considera que se trata de prohibiciones relativas que exceden del simple interés privado, por lo que no se puede dejar su solución únicamente en manos de los interesados. Y ello porque el interés general exige que no pueda existir una marca idéntica a otra marca o nombre comercial anterior para productos o servicios idénticos (así Ana Otero, ob. cit., p. 2). Precisamente por esta razón, la doctrina (*vid.* Ana Otero, ob. cit., p. 2, a cuya opinión se ha sumado Fernández-Novoa, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 147-148) considera que lo más lógico habría sido que el legislador hubiera optado por establecer un examen de oficio por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas no sólo respecto de las prohibiciones absolutas, sino también en relación con las prohibiciones relativas establecidas en los artículos 6.1.a) y 7.1.a) de la Ley de Marcas. De esta suerte, se evitaría que existiesen dos marcas registradas idénticas para servicios o productos idénticos, ni una marca registrada idéntica a un nombre comercial anterior que designe actividades idénticas a los productos o servicios distinguidos por la marca. Y en tal caso, la exclusión del arbitraje respecto de dichas prohibiciones estaría, entonces, aún mucho más justificada.

En lo que concierne a la exclusión del arbitraje de la prohibición relativa contenida en el artículo 10 de la Ley de Marcas, la razón es semejante: se quiere evitar por todos los medios que un agente o representante pueda registrar en su país la marca de la que es titular su representado, sin consentimiento de éste, en otro estado miembro del Convenio de la Unión de París o de la Organización Mundial del Comercio. Y para que esta cuestión no salga de la órbita de la propia OEPM se excluye esta materia del arbitraje específico.

Por otra parte, resulta sorprendente que no se haya excluido del arbitraje la prohibición relativa contenida en la letra *b*) del apartado 1 del artículo 9, que impide registrar como marca sin autorización el *nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante*, ya que es la única de las prohibiciones relativas en las que la Oficina Española de Patentes y Marcas efectúa un examen de oficio, de acuerdo con lo que se dispone en el apartado 1 del artículo 20 de la Ley. La prohibición de la letra *b*) del apartado 1 del artículo comparte, pues, con las prohibiciones absolutas la nota de ser examinada de oficio por la OEPM, por lo cual habría sido más congruente excluirla del arbitraje específico (*vid.* Ana Otero, *ob. cit.*, p. 3; y en el mismo sentido Fernández-Novoa, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 149).

En la vertiente negativa, además de las prohibiciones relativas que quedan fuera del arbitraje por no haber sido expresamente incluidas, el segundo inciso del apartado 2 del artículo 28 insiste en la idea de que las prohibiciones absolutas de registro no se podrán someter a arbitraje en ningún caso, y excluye, también, las cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales. La razón de estas dos últimas exclusiones es evidente: la concurrencia de defectos formales y las prohibiciones absolutas de registro son cuestiones sobre las cuales sólo la administración puede tener competencia, ya que se trata de materias sobre las que los interesados no tienen libre disposición.

#### 4.3. Especialidades del arbitraje específico

Como ha señalado Ana Otero (*ob. cit.* p. 3) el arbitraje regulado en el artículo 28 de la Ley de Marcas presenta varias peculiaridades en relación con el procedimiento previsto en la Ley de Arbitraje. Lo cual se debe a que se trata de un arbitraje cuyo resultado va a afectar al Registro de Marcas y, en consecuencia, hay que tratar especialmente de que no se vean afectados los principios clásicos del sistema registral, que se citan en la propia "Exposición de Motivos" de la Ley de 2001 ("publicidad, oposición, prioridad y tracto sucesivo"), a los que habría que añadir los de presunción de veracidad y concordancia del registro con la realidad. Por otro lado, conviene indicar que en el apartado 6 del artículo 28 se establece de

manera expresa el carácter supletorio de la Ley de Arbitraje en todo lo que no esté previsto en dicho precepto. Entre los puntos que merecen especial atención cabe reseñar los siguientes: jurídica y sobre todo psicológica que la adopción de medidas cautelares tiene para las partes en conflicto.

#### A) El convenio arbitral

El artículo 28 de la Ley de Marcas no presenta demasiadas especialidades en lo que se refiere al contenido del convenio arbitral. Entre los puntos que resultan de interés cabe mencionar los siguientes:

##### a) Los firmantes del convenio arbitral

En relación con los sujetos que han de suscribir el convenio arbitral, en el apartado 3 del artículo 28 dispone que, además del solicitante de la marca, para que sea válido el convenio arbitral ha de estar suscrito por:

a) Los titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación de la marca y, en su caso, sus licenciatarios exclusivos inscritos.

b) Los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, sus licenciatarios exclusivos inscritos.

c) Quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo.

El artículo 28 de la LM no determina cuándo debe suscribirse el convenio, pero de la propia mención de las personas que deben firmarlo se deduce que deberá ser suscrito una vez que haya concluido el procedimiento seguido ante la OEPM y antes de que sea firme el acto de concesión o de denegación (en el mismo sentido, Ana Otero, ob. cit., p. 3 y Fernández-Novoa, *Tratado...*, ob. cit., p. 150).

##### b) Obligación de notificar el convenio arbitral

Otra de las especialidades que presenta el arbitraje regulado en el artículo 28 es la obligación que se impone, en el apartado 4, a los interesados de notificar a la OEPM el convenio arbitral, una vez que haya finalizado el procedimiento administrativo de registro de la marca, y antes de que gane firmeza el acto administrativo que hubiera puesto término al mismo. Como ha señalado Ana Otero (ob. cit., p. 4), esta obligación, y el momento en el que debe cumplirse, obedece a la necesidad de que quede constancia en la OEPM de la voluntad de los interesados de someter la controversia a arbitraje y que ello se haga con anterioridad a que el acto administrativo haya ganado firmeza. En la redacción originaria del apartado 4 del artículo 28, el legislador imponía esta obligación a "todos" los interesados. La modificación sufrida por este precepto por la Ley del Diseño pone de relieve que, si bien sigue siendo necesaria la notificación

del convenio a la OEPM, no es necesario que la efectúen todos los firmantes del mismo, bastando que lo haga cualquiera de ellos.

#### c) Efectos del convenio arbitral

El principal efecto que produce la firma y la notificación del convenio es, como dispone el apartado 5 del artículo 28, que, mientras subsista, no cabrá interponer recurso alguno de carácter ordinario, declarándose la inadmisibilidad del mismo. Este precepto dispone también que, en el caso de haberse interpuesto con anterioridad a la suscripción del convenio, el recurso se tendrá por desistido.

Otro efecto interesante es el que prevé el inciso final del apartado 4 del artículo 28, a cuyo tenor "resuelto el recurso de alzada contra el acto que conceda o deniegue el registro, quedará expedita la vía contencioso-administrativa salvo que se haga valer ante la oficina la firma del convenio arbitral".

Como ha señalado Ana Otero (en una conferencia inédita pronunciada con posterioridad a la Ley del Diseño) para que se dé el supuesto previsto en el último inciso del apartado 4 del artículo 28, tal y como ha quedado redactado tras la Ley de Diseño, será necesario que las partes suscriban el convenio arbitral una vez que la Oficina Española de Patentes y Marcas ya haya resuelto el recurso de alzada contra el acto que conceda o deniegue el registro y, por supuesto, antes de que la resolución del recurso de alzada haya ganado firmeza. Y ello porque si se pone en relación el último inciso del apartado 4 del artículo 28 con el apartado 5 del mismo precepto, resulta claro que para la aplicación del último inciso del apartado 4, las partes sólo podrán suscribir el convenio arbitral una vez que la Oficina Española de Patentes y Marcas ya haya resuelto el recurso de alzada contra el acto que conceda o deniegue el registro. Porque si se hubiera interpuesto un recurso administrativo con anterioridad a la suscripción del convenio arbitral, de conformidad con lo que dispone el apartado 5, se tendrá por desistido, por lo que no podría existir, en ese caso, resolución del recurso de alzada por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

#### B) Clase de arbitraje

En cuanto al tipo de arbitraje, el artículo 28 no dice nada sobre si se tratará de un arbitraje de derecho o de equidad. De acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 34 de la LA "los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado para ello". Lo cual permite plantear la cuestión de si cabe en el arbitraje específico que las partes autorizan a los árbitros a decidir en equidad. La cuestión es realmente importante porque si se puede decidir en equidad podría ser árbitro cualquier persona natural que se halle, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de

sus derechos civiles, sin que sea necesario que el árbitro sea un abogado en ejercicio.

La doctrina (*vid.* Ana Otero, ob. cit., p. 5, y Fernández-Novoa *Tratado...* ob. cit., p. 151) considera, a mi juicio acertadamente, que, a pesar de lo que dispone el citado artículo 34.1 de la LA, que es, como hemos dicho, supletoria del artículo 28, se trata de una controversia que sólo cabe decidir conforme a derecho.

En este sentido, hay que destacar que la cuestión litigiosa que se planteen en el arbitraje será decidir si una determinada solicitud de marca incurre en alguna de las prohibiciones de registro previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la Ley. Por lo tanto, parece evidente que el arbitraje previsto en el artículo 28 de la Ley de Marcas tiene que decidirse, en todo caso, con sujeción a derecho, por lo que el árbitro deberá ser un abogado en ejercicio.

#### C) *El procedimiento arbitral*

Por lo que se refiere al procedimiento arbitral, se ajustará en todo caso a los principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción, de acuerdo con lo que dispone el artículo 24.1 de la Ley de Arbitraje, y se regirá por lo previsto en dicha Ley, en todo lo que no hayan previsto especialmente las partes.

En cuanto a la duración del procedimiento arbitral, el artículo 28 de la Ley de Marcas no prevé plazo alguno de duración del arbitraje, por lo que será aplicable la LA, cuyo artículo 37.2 dispone que, salvo que las partes dispusieren otra cosa, la controversia se decidirá dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda o, en su caso, de expiración del plazo para contestarla. El plazo podrá ser prorrogado, salvo acuerdo en contrario de las partes, por los árbitros, mediante decisión motivada, por un plazo no superior a dos meses.

#### D) *El laudo arbitral*

En virtud de la remisión efectuada por el apartado 6 del artículo 28 de la Ley de Marcas, el laudo que se dicte en el arbitraje previsto en dicho precepto deberá cumplir las especificaciones previstas en el Título VI de la Ley de Arbitraje.

Por lo tanto, deberá dictarse por escrito y ser firmado por los árbitros y las partes, deberá ser motivado y se harán constar la fecha en que ha sido dictado y el lugar en que se dicta. De acuerdo con lo previsto en el apartado 7 del artículo 28 deberá comunicarse fehacientemente el laudo a la Oficina Española de Patentes y Marcas. Esta comunicación fehaciente es una de las especialidades que presenta el arbitraje previsto en el artículo 28 de la Ley de Marcas, lo cual es perfectamente lógico, ya que la OEMP

es el organismo que debe encargarse de la ejecución del laudo arbitral firme.

La nueva redacción del apartado 7 del artículo 28 dada por la Ley del Diseño no señala ningún plazo para notificar el laudo arbitral firme, ni establece la consecuencia de que, si no se notifica en plazo, ya no procederá la ejecución del mismo, como establecía la redacción inicial. Sin embargo, como ha señalado Ana Otero (en la citada conferencia inédita), la nueva redacción plantea el problema de que no se establece un plazo máximo de notificación fehaciente del laudo arbitral a la Oficina Española de Patentes y Marcas, para que ésta pueda proceder a su ejecución. Podría ocurrir, entonces, que existiera un laudo arbitral firme, y que éste no sea comunicado a la Oficina Española de Patentes y Marcas durante un largo periodo de tiempo, lo que puede redundar en perjuicio de terceros interesados en la resolución sobre la solicitud de la marca. Es cierto que la parte que haya visto acogida su pretensión procurará que el laudo sea notificado a la mayor brevedad a la Oficina, para que ésta pueda proceder a su ejecución, pero parece que sería mejor establecer un plazo máximo para la notificación del laudo a la Oficina.

En cuanto a los efectos del laudo arbitral, el apartado 6 del artículo 28 establece que el laudo arbitral firme producirá los efectos de la cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje. En el arbitraje específico del artículo 28 de la Ley, los efectos de la cosa juzgada determinarán que será firme la decisión del árbitro sobre la concesión o denegación de la marca.

Los únicos supuestos en los que se puede atacar la decisión arbitral son el del artículo 43 de la Ley de Arbitraje, es decir, el recurso de revisión, que está regulado en los artículos 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tendrá los efectos que en dichos preceptos se determinan; y el contenido en el Título VII de la LA que regula el recurso de anulación del laudo por los motivos tasados señalados en el artículo 41.

En lo concerniente a la ejecución del laudo, el último inciso del apartado 6 del artículo 28 señala que la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar todas las actuaciones necesarias para la ejecución del laudo arbitral firme. En realidad, estas actuaciones consistirán en reflejar en el expediente de la marca solicitada la resolución arbitral, ya sea de concesión, ya de denegación de la solicitud.

#### 4.3. El arbitraje específico en materia de diseño industrial

Al igual que la Ley de Marcas, la Ley 20/2003 de Diseño Industrial prevé la posibilidad de acudir al arbitraje específico para resolver ciertas cuestiones litigiosas relacionadas con el procedimiento de concesión del diseño. Las cuestiones que regula el artículo 42 de la Ley del Diseño son

semejantes a las del artículo 28 de la Ley de Marcas, razón por la cual, en lugar de repetir aquí lo ya dicho con ocasión de este precepto, nos vamos a limitar a destacar lo que sea realmente específico en relación con el diseño. punto recoge la Resolución de 19 de febrero del mismo año de la D. En este sentido, dispone el apartado 1 del artículo 42 que los interesados podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas que surjan con ocasión del procedimiento de oposición. Pero no cualquier cuestión, sino solamente las que se refieran a los motivos de oposición de carácter particular mencionados en las letras b), c) o d) del apartado 2 del artículo 33 de la presente Ley. Es decir, podrán someterse a arbitraje una controversia referida a la existencia de un diseño anterior al registrado que es incompatible con él (letra b)); una controversia sobre el hecho de que el diseño registrado incorpora una marca u otro signo distintivo anterior cuyo titular tenga derecho a prohibir el uso del signo en el diseño registrado (letra c)); o una controversia consistente en que el diseño registrado suponga un uso no autorizado de una obra protegida en España por la Propiedad Intelectual (letra d)). los procedimientos judiciales.

Lo que se acaba de decir significa que no podrán someterse a arbitraje ni los supuestos de oposición por motivos de interés general a los que se refiere el apartado 1 del artículo 33 (falta de alguno de los requisitos de protección de los artículos 5 a 11), ni los casos de oposición por motivos de carácter particular de la letra a) (carecer del derecho a obtener el diseño), ni de la letra e) (uso indebido de los elementos del artículo 6 *ter* del CUP y de los de interés público de España y otros entes públicos de carácter territorial).

El laudo arbitral puede tener como contenido una modificación del diseño, pero, en ningún caso, las modificaciones del diseño pueden contravenir, lógicamente, las limitaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 35 de esta Ley.

Dispone, asimismo, el artículo 42, en su apartado 2, que el Convenio arbitral sólo será válido si está suscrito además de por el titular del registro, por los titulares de los derechos anteriores que hubiesen formulado la oposición a que se refiera o, en su caso, interpuesto recurso contra el acto resolutorio de la misma. El convenio arbitral deberá ser notificado a la OEPM por los interesados antes de que gane firmeza el acto administrativo que hubiera puesto término al procedimiento de oposición. Y ello porque, en principio, resuelto el recurso de alzada contra el acto resolutorio de la oposición planteada, quedará expedita la vía contencioso-administrativa, salvo que se haga valer ante la Oficina la firma del convenio arbitral.

El principal efecto que produce el convenio arbitral es que, mientras subsista, no cabrá interponer recurso administrativo alguno de carácter ordinario, declarándose la inadmisibilidad del mismo, o teniéndose por

desistido si se hubiere interpuesto con anterioridad. Una vez dictado el laudo arbitral, los interesados podrán interponer contra el mismo los recursos pertinentes, debiendo comunicar a la OEPM la presentación de los mismos. Una vez firme el laudo, éste producirá efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y se comunicará fehacientemente a la OEPM para su ejecución, la cual procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución. La Ley de Arbitraje es de aplicación subsidiaria en todo lo no previsto por el artículo 42 de la Ley 20/2003. 



# EL ORIGEN DEL LLAMADO URBANISMO COMERCIAL. LOS INSTRUMENTOS DEL URBANISMO COMERCIAL Y SUS MODELOS

José Manuel Pérez Fernández  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

## 1. El origen del “urbanismo comercial”

### 1.1. Factores sociales, económicos y urbanísticos que han incidido en la evolución de la integración espacial del comercio

Desde una perspectiva histórica, el comercio ha engendrado o, al menos, ha participado en el nacimiento de la ciudad y en su estructuración. Al mismo tiempo, la ciudad ha extraído, en multitud de ocasiones, su atractivo y su vitalidad de las actividades comerciales. Se ha producido, pues, una especie de simbiosis entre ciudad y comercio, generadora de intercambios provechosos para ambas partes, de estrechas e intensas relaciones de interdependencia. Durante bastante tiempo, el marco relacional ciudad-comercio ha sido estable y pacífico, o si se prefiere, no excesivamente conflictivo. A ello contribuyeron, básicamente, dos factores:

1º. Un *crecimiento urbano progresivo*, sin acelerones, que se ha extendido a lo largo de varios siglos mediante la incorporación de nuevos barrios a los ya existentes. Esta forma de crecimiento, que aseguraba a la vez diversidad y homogeneidad, favoreció, de un modo espontáneo, la combinación o armonización de la ordenación urbanística y la actividad comercial. En otras palabras, se trataba de un crecimiento que permitía

mantener un equilibrio, siempre difícil, entre las nuevas instalaciones comerciales y las necesidades de los consumidores.

2º. La *sedentarización*, o fijación por parte de las ciudades de su población mediante el ofrecimiento de vivienda y empleo. Ahora bien, además de permitir a sus habitantes el cumplimiento de sus obligaciones profesionales y familiares, la ciudad también les proporcionaba la posibilidad de satisfacer otras necesidades de tipo consumista: sus *necesidades de compra*. Para ello, se recurría a reunir en un mismo espacio físico las viviendas y los locales destinados a acoger actividades comerciales. Es decir, se ofertaba a la población un *comercio de proximidad*, en el que el local comercial es, simultáneamente, un lugar de aprovisionamiento y lugar de encuentro, de relaciones sociales.

Esta situación se mantiene, con algunas variantes según las circunstancias concretas de cada país, hasta mediados del pasado siglo XX, momento en el que van a concurrir una serie de factores, esencialmente sociales, económicos y urbanísticos, que alteraran gravemente las relaciones ciudad-comercio. Dichos factores vienen a plantear, en toda su crudeza, el problema de la integración, de la ordenación espacial del comercio, siendo por ello necesario una breve referencia a los mismos<sup>1</sup>.

#### 1.1.1. Factores sociales: los cambios en el consumidor

Es un hecho incuestionable que el crecimiento económico experimentado en las sociedades avanzadas, en los últimos lustros, va acompañado del desarrollo de un consumo masivo de bienes y servicios. Este "consumo en masa" ha supuesto, en primer lugar, una segmentación del mercado, la cual ha provocado la aparición de un *nuevo tipo de consumidor* caracterizado por sus nuevos hábitos, niveles de renta y actitudes psicológicas. En otras palabras, el consumidor, al margen de los cambios inducidos por las propias formas comerciales, se ha visto involucrado en cambios demográficos, económicos, de estilo de vida, culturales y tecnológicos que le hacen adoptar nuevas posiciones frente al fenómeno comercial.

Pasemos ahora a exponer, de forma sintetizada, los cambios más relevantes que se han producido desde la óptica del consumidor.

a) Desde la óptica de la distribución comercial, partiendo de datos tales como la disminución de las tasas de natalidad, el aumento de la esperanza de vida, la reducción del tamaño de los hogares y aumento de su número total, los *cambios demográficos* desembocan en dos fenómenos

---

<sup>1</sup> Un examen exhaustivo de los factores que han incidido en la ordenación espacial del comercio puede verse en PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., *Urbanismo comercial y Libertad de Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 42 a 68.

perfectamente definidos: la *segmentación o fracturación del mercado* (aparición de diversos submercados de adolescentes, jóvenes y tercera edad de notable poder adquisitivo y, en los dos primeros casos, considerablemente influidos por las marcas y los medios de comunicación) y el *aumento de los hogares compuestos por individuos aislados o de parejas sin hijos* (en ocasiones de doble renta, con un alto poder adquisitivo y que se orientan hacia la compra de bienes y servicios de lujo o de considerable sofisticación).

b) La conjunción de factores *económicos* (principalmente el incremento de los niveles de renta), y *sociales* (la creciente motorización y la asociación del uso del coche al fenómeno de la compra), ha introducido *cambios radicales en el estilo de vida del consumidor* con la consiguiente repercusión en la actividad comercial. De forma esquemática, los cambios se pueden expresar del siguiente modo: el *cambio en los roles sociales* (la incorporación de la mujer al trabajo) ha tenido una fuerte incidencia en la evolución de las formas comerciales (sustitución de la "compra diaria" por la compra "fuerte", o "viaje de compras de una sola parada"; modificación del horario comercial); y el *incremento notable de los submercados de deseos* (es decir, se ha fomentado el consumo per cápita de bienes y servicios de ocio y esparcimiento, mejora del hogar, ropa y calzado...).

c) Igualmente se aprecian *cambios en factores culturales* con incidencia sobre el sector comercial: el *carácter lúdico* que adquiere al *acto de la compra*, fruto de la "cultura del ocio" en la que vivimos, y que se hace especialmente patente en el caso de los grandes centros y parques comerciales y de ocio; la *infidelidad del consumidor* (búsqueda continua de la novedad en los productos y en los centros de compra); el *crecimiento del mercado de restauración* (comida fuera del hogar).

#### 1.1.2. Factores económicos: los cambios en el distribuidor

La conflictividad en las relaciones ciudad-comercio está ligada, desde el punto de vista de los factores económicos, del distribuidor, a las nuevas coordenadas económicas en las que se va a desenvolver el sector comercial. Sector que ha experimentado en las últimas décadas y en los países europeos de nuestro entorno –regidos por la economía de mercado–, profundos y diversos cambios que han alterado sustancialmente las relaciones tradicionalmente existentes en el mismo. Estos cambios son debidos, fundamentalmente, a dos causas:

- La aparición y desarrollo de *nuevas formas comerciales*, que van a incidir tanto sobre las técnicas de venta (la venta en librespervicio o auto-servicio), como sobre los establecimientos donde se realizan tales ventas (superficie y localización).
- El proceso de *concentración e internacionalización* del sector de la distribución comercial.

### 1.1.3. Factores urbanísticos

Desde el punto de vista estrictamente urbanístico, las relaciones ciudad-comercio se han visto afectadas, básicamente, por la propia evolución de las estructuras urbanas. Evolución urbana que está estrechamente ligada a la evolución, también, de las formas comerciales, ya comentada. En este sentido, hay que tener presente que algunos tipos de equipamiento comercial operan a modo de elementos estructurantes de la ciudad, como tendremos ocasión de comprobar.

Dos son los aspectos que merecen destacarse desde el punto de vista de las relaciones ciudad-comercio. En primer lugar, cómo de una situación inicial de infraequipamiento comercial, propia de las zonas suburbanas y periféricas, se pasó a otra que, en algunos casos, puede calificarse de saturación de equipamiento comercial periférico, sobre todo, del tipo «grandes superficies». En segundo lugar, hay que considerar la influencia que sobre los equipamientos comerciales (estructura, localización, etc.), han tenido las nuevas formas urbanas, en concreto la «urbanización de tipo difuso» (o uso residencial de baja densidad).

Finalmente, conviene llamar la atención sobre una cuestión que también ha tenido su influencia en las relaciones entre la ciudad y el comercio: la indiferencia o poca atención prestada por el planificador al sector terciario y, por tanto, al comercio. La escasa atención prestada a las posibilidades del «uso comercial» como elemento estructurante de la ordenación urbana, se explica por el dominio, hasta hace relativamente poco, de la tradición del funcionalismo racionalista, con la técnica de la «zonificación» en el campo de la urbanística. Esta metodología, partiendo de una esquematización y simplificación de la realidad, se centraba en regular los tipos de funciones urbanas que se pueden asignar a ciertas áreas «monofuncionales» o de «uso preeminente» (verde, residencial, industrial, etc.); esto es, zonificar es repartir utilidades del suelo diferentes dentro del espacio urbano.

Este *modus operandi* explica que la zonificación haya dejado de lado al comercio, dándole un tratamiento marginal dentro de la estructuración de la ciudad, salvo, claro está, en aquellos casos en los que se presentaba con las características propias de «zona» homogénea y continua. La razón estriba, en que el comercio se presenta principalmente de forma puntual (concentraciones) y lineal (calles o «ribbons comerciales») tendiendo a introducir en los tejidos urbanos polarizaciones en torno a ciertos «nodos» y «líneas de fuerza». El comercio, como otras funciones urbanas no extensivas, se escapa a la esquemática metodología de la zonificación y a la simplista concepción de la ciudad funcional del racionalismo. En síntesis, el comercio tiende a configurarse como un *sistema jerarquizado de redes*, que da lugar a una forma discontinua compuesta de concentraciones y vacíos, con «líneas de fuerza», «puntos o nodos» y «vacíos intersticiales».

## 1.2. Delimitación de los problemas que afectan a la ordenación espacial del comercio

El examen que acabamos de realizar de los factores sociales, económicos y urbanísticos que inciden sobre las relaciones ciudad-comercio, enturbiándolas en la mayoría de las ocasiones, nos permite delimitar cuáles son los problemas básicos que envuelven al equipamiento comercial y en concreto a su ordenación espacial. La delimitación resulta básica por la sencilla razón de que en la búsqueda de soluciones a los problemas que genera la ordenación comercial surgirá el llamado «urbanismo comercial».

Es por ello, que el origen histórico del “urbanismo comercial” aparece ligado a una reacción frente a los nuevos formatos comerciales: esto es, como un mecanismo de defensa para frenar los impactos, esencialmente económicos, producidos sobre el comercio tradicional por las grandes superficies comerciales. En este enfoque inicial, los impactos territoriales y urbanísticos han permanecido en un segundo plano, cuando no simplemente olvidados<sup>2</sup>.

Sin embargo, es evidente que los principales problemas que plantea la ordenación espacial del comercio, su integración en la estructura urbana, se pueden expresar a través de una doble tensión o enfrentamiento, que son, y ello no debe olvidarse, las dos caras de una misma moneda:

- La tensión o enfrentamiento «comercio tradicional-grandes superficies», que opera en el plano socioeconómico.
- La tensión o enfrentamiento «centro-periferia», que opera en el plano territorial y urbanístico.

En el primer caso, son palpables las tensiones sociales y los conflictos de intereses que la implantación de las nuevas formas comerciales, en concreto las grandes superficies (tipo hipermercados y centros comerciales), ha venido ocasionando, ocasiona y, muy probablemente, ocasionará. Nos encontramos ante un sector con numerosos agentes implicados, portadores, la más de las veces, de intereses enfrentados, claramente contrapuestos. Por un lado, está el pequeño y mediano comercio tradicional que ve como una grave amenaza, como una competencia perjudicial y desigual, la entrada masiva e incontrolada de los grandes equipamientos comerciales. Por otro lado, la patronal de las grandes superficies que reclama la libre implantación, invocando tanto el tradicional principio de libertad de comercio, como la defensa de los intereses de los consumidores. Finalmente, no debe olvidarse el papel que juegan los consumidores,

---

<sup>2</sup> Una visión histórica sobre las primeras respuestas jurídicas al problema de la ordenación espacial del comercio y la recepción de la expresión urbanismo comercial en PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., *Urbanismo comercial...*, op. cit., pp. 74 a 88.

a través de sus asociaciones, unas veces reclamando mayor equipamiento comercial, otras rechazándolo al priorizar la demanda de otro tipo de dotaciones y equipamientos.

El conflicto comercio tradicional-grandes superficies termina por *salpicar*, como no podía ser de otro modo, a las diferentes fuerzas políticas y Administraciones públicas implicadas, cuya postura se ve condicionada por el *peso electoral* de los intereses enfrentados, sin olvidar tampoco el componente ideológico. No obstante, en líneas generales, se puede decir que se han inclinado por una actitud de apoyo a los pequeños y medianos comerciantes, actitud que ha tenido su plasmación legal. En otras palabras, ha sido la presión ejercida por el comercio tradicional la que ha llevado o ha obligado a los poderes públicos a terciar en la polémica.

En cuanto a la tensión ciudad-periferia, el punto de partida lo constituye el innegable papel vital que puede desempeñar y desempeña el comercio como factor de animación y estructuración urbana. En este sentido, desde la perspectiva de la ordenación territorial y urbanística, dos son los tipos de problemas que se plantean. En primer lugar, hay que referirse a los efectos que la implantación de grandes superficies tiene sobre la ordenación territorial y urbana. Sin olvidar los efectos positivos que las grandes superficies reportan (tales como superar los problemas de infraequipamiento en las llamadas «ciudades dormitorio»; ofertar un mejor servicio a los consumidores, tanto por la calidad y variedad de productos, como por la optimización de los precios; mayor rentabilidad y beneficio económico desde el punto de vista empresarial, etc.), su implantación puede provocar efectos claramente negativos:

- Por un lado, tratándose de grandes superficies ubicadas en la periferia, puede dar lugar a una revalorización del precio del suelo de tipo especulativo y a una fractura del hecho urbano, pasando a convertirse en ocasiones en inductoras del modelo de urbanización, forzando a gastos en infraestructuras que, beneficiando al sector privado, gravitan sobre la comunidad; además, claro está, de contribuir al ocaso del centro urbano. Ahora bien, no debe olvidarse que curiosamente la localización periférica del gran equipamiento comercial sigue coexistiendo con importantes déficits de equipamiento en las zonas de nueva urbanización difusa.
- Por otro lado, si se trata de grandes superficies intraurbanas, además de generar también un aumento del valor del suelo, producen en ocasiones la destrucción de trama urbana consolidada, la desaparición de *pedazos* enteros de ciudad.

En segundo lugar, el centro urbano, por su parte, presenta también graves problemas o deficiencias: progresivo abandono residencial, difícil accesibilidad, derivada de la congestión del tráfico y de los deficientes

transportes públicos, contaminación acústica y ambiental, inadecuación física de los locales destinados a uso comercial, su dispersión, etc.

Vemos, pues, que tanto en el caso de la implantación de grandes superficies, como en el caso del equipamiento comercial localizado en el centro urbano tradicional, se suscitan graves problemas de ordenación espacial. Problemas que, en definitiva, demandan unas nuevas formas de planificación que tengan en cuenta, de forma específica, la importancia del equipamiento comercial.

Hay que añadir, por último, que la problemática espacial del equipamiento comercial no es una polémica ni estéril, ni ingenua. Tras el enfrentamiento centro-periferia, comercio tradicional-grandes superficies, se encuentra, también, un debate de tipo ideológico, cuál es qué tipo o modelo de ciudad deseamos, qué tipo de sociedad. No hay que olvidar que la localización periférica de grandes equipamientos comerciales tiene su origen en Estados Unidos y responde, además de a razones de política comercial (marcada por la búsqueda de un aumento constante del beneficio), al modelo subyacente de hábitat, de organización social, de comportamiento, e incluso de organización política y administrativa. El debate, por tanto, radica también en determinar si el modelo americano es importable sin más al continente europeo, o por el contrario las elaboraciones urbanísticas europeas deben ofrecer una respuesta diferente, más acorde con nuestra forma de vida, con nuestras ciudades, cargadas de historia y tradición. Será en el marco de este debate, de estos problemas, donde va a dar sus primeros pasos el llamado «urbanismo comercial».

Es, por ello, que una comprensión real de la problemática del equipamiento comercial y su encaje territorial, obliga a tomar en consideración no solo el papel que desempeñan las normas e instrumentos de planificación urbanística, sino también la legislación sectorial, en concreto la comercial, que completa, por arriba, la ordenación territorial del comercio.

## 2. Los instrumentos del urbanismo comercial y sus modelos

Los primeros pasos dados por el urbanismo comercial ponen de manifiesto, esencialmente, dos cosas:

■ Primera, que el llamado «urbanismo comercial» cuenta, para desarrollar su acción reguladora, para llevar a cabo sus fines, con *diferentes instrumentos* o mecanismos.

■ Segunda, que el llamado «urbanismo comercial» no implica que en todos los países se utilicen, simultáneamente, todos sus instrumentos. Ello nos permite hablar de la existencia de *diferentes modelos* de urbanismo comercial, o de diferentes formas de entender el urbanismo comercial, según cuál sea el instrumento o instrumentos de los que se sirva.

## 2.1. Los instrumentos de los que se sirve el urbanismo comercial para desarrollar su acción reguladora

Sobre la base que ofrecen las diferentes legislaciones existentes en la materia, las experiencias prácticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones públicas y las aportaciones realizadas, en el plano teórico, por los estudiosos, podemos concretar cuáles son los *instrumentos* de los que dispone el urbanismo comercial para la realización de sus fines: esto es, para solucionar los problemas urbanísticos y socio-económicos que plantea la integración y la ordenación espacial del comercio. Tales instrumentos se pueden reconducir a tres categorías o tipos:

a) Los instrumentos ligados a las técnicas propias de la ordenación territorial y urbanística: las directrices o planes de ordenación territorial, los planes urbanísticos y las actuaciones específicas en la trama urbana.

b) Los instrumentos ligados a una política sectorial comercial previamente diseñada: los planes comerciales en sentido estricto.

c) Los instrumentos ligados a la resolución específica del conflicto entre comercio tradicional y grandes superficies: las licencias o autorizaciones administrativas.

### 2.1.1. Los planes urbanísticos y las actuaciones específicas en la trama urbana o «microubanismo comercial»

La necesidad de que el comercio sea tenido en cuenta por los diferentes escalones de la ordenación territorial y del planeamiento y, por tanto, la idoneidad de los instrumentos territoriales y planes urbanísticos para llevar a cabo la ordenación espacial del comercio, de su equipamiento, es algo fuera de toda duda, y aceptado por la generalidad de los autores.

En concreto, la ordenación urbanística, en un sentido amplio, tiene por objeto, como es sabido, la localización racional, funcional y equilibrada de las actividades humanas (uso del suelo y edificación), con incidencia en el medio físico y repercusión social, adecuada a las exigencias del desarrollo económico-social y al servicio del bienestar de la población. Y la «pieza central» de esa ordenación urbanística, no es otra que el planeamiento.

Los planes urbanísticos resultan, por sus características, aptos para influir en la organización espacial de la actividad comercial, aptos para realizar una regulación de los usos comerciales: tanto garantizando las reservas de suelo necesarias para los equipamientos comerciales, como procurando la mejor localización o ubicación de dicho equipamiento.

Junto a la utilización de los planes urbanísticos y en la medida en que se trata, en muchas ocasiones, de actuaciones derivadas de los mismos, hay que referirse a las llamadas «actuaciones en obra urbana» o «*microubanismo comercial*». Se trata de un instrumento de intervención que, por su menor complejidad, operatividad inmediata y, en ocasiones, carácter

aislado, puede considerarse de «segundo orden». La manifestación clásica de este instrumento de intervención ha sido la creación de «islas de peatones» o de «espacios comerciales con usos de tráfico restringido», de los que existen numerosos ejemplos.

### 2.1.2. *Los planes estrictamente comerciales*

El plan comercial en sentido estricto es un instrumento que parte del reconocimiento de que la planificación urbanística está afectada por ciertas limitaciones: existen aspectos de la ordenación comercial que difícilmente, y sólo desde el riesgo de convertir al urbanismo en un cajón de sastre, podrán tener cabida en un plan urbanístico<sup>3</sup>.

El plan comercial responde, pues, a una planificación distinta de la urbanística, la comercial. Una planificación complementaria de la urbanística, coordinada con la urbanística, pero diferente en cuanto a sus objetivos.

El plan comercial, como instrumento de ordenación espacial del comercio, tendrá por objeto: favorecer, a través de medidas de diferente naturaleza, una evolución racional de la red de distribución comercial. Es decir, debe buscar una mayor funcionalidad y productividad del servicio ofertado al consumidor, una mejor satisfacción de sus necesidades de consumo, y un equilibrio entre las distintas formas comerciales.

### 2.1.3. *Las licencias o autorizaciones administrativas*

Uno de los instrumentos más utilizados en el campo del llamado urbanismo comercial, especialmente para resolver el conflicto entre el comercio minorista tradicional y las grandes superficies comerciales, es el de la técnica autorizatoria: exigir para la realización de ciertos proyectos comerciales encuadrados dentro del gran equipamiento (instalación-apertura) o para la realización de algunas operaciones relativas a esos proyectos (modificación, ampliación, traslado), la previa obtención de una autorización o licencia administrativa.

Aún cuando sobre el régimen jurídico de las autorizaciones *comerciales*, las variedades existentes son múltiples, de una forma genérica y esquemática, se pueden destacar los siguientes aspectos:

1º. La autorización comercial permite resolver el conflicto que se genera entre el comercio tradicional y las grandes superficies comerciales, «caso por caso». Lo que no impide, ni mucho menos, vincular su otorga-

---

<sup>3</sup> Sobre las relaciones entre la planificación comercial y la urbanística, *vid.* PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., "La ordenación espacial del equipamiento comercial: planificación comercial, planificación urbanística", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 2713 a 2740.

miento a una previa planificación, ya sea ésta urbanística, ya sea comercial en sentido estricto.

2º. El otorgamiento de la autorización se encomienda a órganos de composición mixta (Comisiones integradas por los representantes de los diferentes intereses socio-económicos implicados, además, claro está, de los representantes de las Administraciones Públicas implicadas), o bien se garantiza su participación a lo largo del procedimiento (informes o dictámenes previos a la resolución).

3º. Se fijan legalmente los criterios, normalmente más ligados a la política comercial que al urbanismo, que han de ser tenidos en cuenta para el otorgamiento de la pertinente autorización o licencia administrativa.

## 2.2. Sistematización de los diferentes modelos existentes en el Derecho Comparado en relación con el urbanismo comercial

Tomando como criterio sistematizador la preponderancia de alguno de los instrumentos de acción propios del urbanismo comercial ya examinados, podemos distinguir tres grandes modelos legales; modelos que pasamos a exponer a continuación.

### 2.2.1. Modelo articulado sobre la preponderancia del «plan urbanístico»: República Federal de Alemania

Tres son las normas que articulan la ordenación espacial del comercio en Alemania<sup>4</sup>:

■ En primer lugar, hay que referirse a la Ley de Ordenación del Territorio, de 25 de julio de 1991 (reformada en 1993), que establece los principios que deben informar los planes urbanísticos en función de las características de las zonas.

■ En segundo lugar, el Código de Urbanismo, de 8 de diciembre de 1986, (reformado varias veces) regula dos instrumentos de planificación que deberán tener los intereses económicos y el aprovisionamiento de la población, y, en todo caso, las previsiones sobre el equipamiento comercial. Son los llamados “plan preparatorio o de utilización del suelo” (*Flächen-nut-zungsplan*) y “plan vinculante o de edificación” (*Be-bauungspla-n*).

■ En tercer y último lugar, hay que aludir al «Reglamento Federal de Aprovechamientos del Suelo» (*BauNVO*), regulador de las diversas clases de suelo que pueden prever los planes urbanísticos municipales, y los usos admisibles en cada una de ellas. Desde el punto de vista del equipamiento

<sup>4</sup> Un estudio del modelo alemán y su doctrina en PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., *Urbanismo comercial...*, op. cit., pp. 94 a 97.

comercial, las previsiones varían en función a la forma comercial (comercio minorista tradicional o gran superficie comercial) a la que se refieren.

Nos hallamos, pues, ante un modelo, el alemán, en el que el instrumento de acción preponderante de ordenación comercial, es el «*plan urbanístico*», matizado por una serie de criterios emanados de la autoridad federal. Plan urbanístico que atiende a la totalidad del equipamiento comercial, y no solamente a las grandes superficies, si bien estas son objeto de una especial atención.

Este modelo alemán, al que se le reprocha un exceso de celo en la protección del comercio minorista tradicional, o dicho de otro modo, un patente recelo a la implantación de grandes superficies comerciales, presenta, a nuestro modo de ver, dos inconvenientes:

- En primer lugar, la definición de gran superficie y centro comercial, que ha dado lugar a numerosos problemas interpretativos y conflictos en la aplicación práctica.

- En segundo lugar, la insuficiencia de los instrumentos urbanísticos para abordar toda la problemática del comercio. Es decir, hay aspectos de estricta política comercial que exceden el ámbito urbanístico y que difícilmente podrían encontrar cabida en los planes urbanísticos, pese a que *de facto* se incorporan a los mismos (criterios de competencia, de defensa del comercio local, etc.).

#### 2.2.2. Modelo articulado alrededor de la exigencia de una «autorización» o «licencia» comercial especial: Francia

La Ley francesa 73/1193, de 27 de diciembre, de Orientación del Comercio y Artesanado, conocida también por el nombre de «Ley Royer», supuso respecto de la reglamentación francesa precedente, en parte una continuación, en parte una ruptura, por cuanto recoge algunos caracteres radicalmente nuevos o inéditos. La Ley Royer 73/1193 es, en principio, una ley muy ambiciosa al tratar de ofrecer una respuesta global a los problemas existentes entre el comercio tradicional y las grandes superficies. Aspectos estos a los que dedica el Cap. II del Tit. III, arts. 28 a 33, bajo la rúbrica de «los equipamientos comerciales y el urbanismo comercial».

El sistema surgido en el año 1973, objeto, por otra parte, de un amplio desarrollo reglamentario, sometido a constantes y sucesivas reformas, tuvo una aplicación, a lo largo de los años, tremendamente conflictiva. A las carencias y disfunciones que caracterizaron al texto original, denunciadas unas veces por la doctrina, otras por los políticos y los agentes económico-sociales, y las más, por la jurisprudencia del Conseil d'Etat, hay que añadir los frecuentes escándalos de corrupción que han salpicado el funcionamiento de las Comisiones de Urbanismo Comercial. Esta situación explica que el sistema original, cuyas líneas maestras nos disponemos a desarrollar, haya sufrido algunas modificaciones de muy distinto

alcance y contenido. Ahora bien, abandonadas las pretensiones de grandes reformas de los años ochenta, las modificaciones experimentadas por la Ley Royer 73/1193, en los inicios de la década del noventa, en ningún caso suponen la alteración sustancial del esquema original. Las líneas maestras del sistema establecido, en materia de urbanismo comercial, por la Ley Royer 73/1193, son las siguientes<sup>5</sup>:

1<sup>a</sup>. Separación entre los problemas de ordenación urbanística y los de equipamiento comercial, que pasan a ser competencia de órganos distintos.

La realización de los previos estudios comerciales y la participación, en calidad de asociados, en la elaboración de los documentos urbanísticos, se encomienda a las Cámaras de Comercio e Industria y a las de Oficios, sometidas solamente a la obligación de consultar a las organizaciones profesionales interesadas.

Por contra, el examen de las solicitudes de implantación de grandes superficies comerciales es competencia exclusiva de una comisión *ad hoc*: la Comisión Departamental de Equipamiento Comercial.

2<sup>a</sup>. Dotar a las Comisiones de Equipamiento Comercial de un verdadero poder de decisión.

Frente al carácter meramente consultivo de sus predecesoras, las Comisiones Departamentales van a disponer de un poder real para autorizar o denegar los proyectos de implantación comercial, conforme a unos criterios legalmente establecidos. Comisiones Departamentales que van a estar integradas por tres clases de representantes: los de la Administración local, los de los intereses profesionales o corporativos (Cámaras de Comercio y de Oficios), y los de los intereses sociales (Asociaciones de consumidores).

No obstante, este poder de las citadas Comisiones se verá atemperado por el establecimiento de una vía de apelación ante la Comisión Nacional de Equipamiento Comercial, integrada, en su totalidad, por altos y cualificados funcionarios del Estado.

3<sup>a</sup>. Fijar el régimen jurídico de la autorización comercial, sobre la base de tres ideas básicas:

■ Realizar la delimitación del «*campo de aplicación*» de la autorización comercial con arreglo a la apreciación de tres condiciones:

a) Naturaleza de la actividad que se ejerce: ha de tratarse de un establecimiento comercial al por menor.

<sup>5</sup> Un examen detallado del modelo francés y referencias a la doctrina francesa en PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., *Urbanismo comercial...*, *op. cit.*, pp. 98 a 101.

b) Naturaleza de la operación inmobiliaria proyectada: debe tener por objeto la creación, transformación o ampliación de un establecimiento comercial.

c) Límites de superficie: la operación proyectada ha de tener una cierta importancia expresada por alcanzar la superficie mínima exigida para entrar en funcionamiento el mecanismo autorizador.

▮ Articular el «procedimiento» para la expedición de la autorización comercial en dos instancias: una departamental, ante las Comisiones Departamentales de Equipamiento Comercial; otra nacional, en vía de recurso, ante la Comisión Nacional de Equipamiento Comercial.

▮ Establecer legalmente los *criterios* en función de los cuales, las Comisiones deberían adoptar sus decisiones. Los criterios responden, en su práctica totalidad, a consideraciones de política comercial. En otras palabras, las Comisiones no podrán fundar sus resoluciones en motivos estrictamente urbanísticos, ratificándose, de este modo, la separación entre la ordenación urbanística y las cuestiones de equipamiento comercial.

Estas son, a grandes pinceladas, las paredes maestras del sistema de urbanismo comercial diseñado por la Ley Royer 73/1193. Se trata de un sistema centrado, única y exclusivamente, en resolver el problema de las grandes superficies a través de la autorización comercial. Un sistema que renuncia, por tanto, a una ordenación global del sector comercial. Un sistema que, por su desvinculación de la ordenación territorial y urbanística, genera resultados, en ocasiones, grotescos y graves tensiones. Un sistema al que el nombre de «urbanismo comercial» no parece resultar muy apropiado, puesto que tiene más de «comercial» que de «urbanismo» en sentido estricto. Un sistema, por último, que presenta también aspectos positivos, al permitir examinar cuestiones de estricta política comercial que no podrían estar reflejados en los instrumentos urbanísticos.

### 2.2.3. Modelo mixto de «planificación comercial integral»: Italia

El régimen jurídico introducido en Italia por la Ley 426/71, de 11 de junio, de Disciplina del Comercio, respondió a un intento de llevar a cabo una planificación global del sector comercial, en estrecha conexión con la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta que el problema a eliminar era la excesiva *atomización* y escasa productividad de la red de distribución existente, el legislador se empeñó en desarrollar una normativa que tenía como *objetivo principal*: favorecer una evolución más racional de la red de distribución comercial que, a la vez que mejore su funcionalidad y productividad, permita mantener el equilibrio entre las distintas formas comerciales (con-

<sup>6</sup> Un análisis de este sistema y de la doctrina italiana en PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., *Urbanismo comercial...*, op. cit., pp. 103 a 108.

vivencia comercio tradicional-grandes superficies) y garantice la satisfacción adecuada de las necesidades de los consumidores. Es decir, el fin último de la planificación comercial será, no el beneficio del comerciante singular, sino la satisfacción de los intereses generales, los intereses de la generalidad de los consumidores.

Para conseguir la racionalización de la red de distribución comercial, la ordenación del equipamiento comercial, la Ley 426/71 estableció un modelo articulado alrededor de la utilización de dos técnicas de intervención:

a) La de *planificación*, que se concibe con un carácter dual y secuencial, esto es, se desarrolla en dos fases:

■ Una primera, de carácter urbanístico, realizada por los instrumentos propios del planeamiento, el *Plan Regulador General* y el *Plan Regulador Particular*.

■ Y una segunda, de carácter estrictamente comercial, llevada a cabo por el *Plan de Desarrollo y Adecuación de la Red de Distribución* o *Plan Comercial*. Su objetivo es favorecer la transformación de la red de distribución comercial conforme a la ordenación urbana y en el marco de la protección de los consumidores. Contiene determinaciones sobre la localización comercial, la superficie máxima o mínima de los locales comerciales, etc.

b) La *autorizatoria*, como «brazo» ejecutor de las previsiones contenidas en la planificación comercial, que actuaría a modo de «cerebro». La autorización comercial, alejada del «caso por caso» y reducida su discrecionalidad (ligada a la existencia o no de plan comercial, y en el primer supuesto a su contenido), ha perdido todo carácter programador, asumiendo solamente la función de controlar la conformidad o no con las previsiones del plan.

Este sistema ha sufrido una modificación sustancial con la aprobación del Decreto Legislativo 114/1998, de 31 de marzo, de reforma de la disciplina relativa al sector comercial, que suprime *Plan de Desarrollo y Adecuación de la Red de Distribución* o *Plan Comercial*, y en su lugar establece un nuevo procedimiento de planificación más simplificado, y centrado en la intervención, sucesiva, de las Regiones y los Municipios. En el citado sistema, corresponde a las Regiones establecer las directrices generales para la implantación de la actividad comercial y los criterios de planificación urbanística referidos al comercio que los Municipios deberán incorporar a sus instrumentos de planeamiento urbanístico<sup>7</sup>. ■

<sup>7</sup> Un examen del nuevo sistema italiano en MAGGIORA, E., *La nuova disciplina del commercio*, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

## IMPLANTACIÓN DE PROXECTOS NO SOLO NON URBANIZABLE.

RÉXIME XURÍDICO DOS PROXECTOS DE INTERESE SUPRAMUNICIPAL. O URBANISMO AUTONÓMICO. ESPECIAL ESTUDO DA LEXISLACIÓN GALEGA. CONSIDERACIÓN DO FACTOR AMBIENTAL

M<sup>a</sup> Teresa Carballeira Rivera

Universidade de Santiago de Compostela

### 1. A ordenación do territorio. O planeamento supramunicipal

A Lei 10/1995, do 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia, (LOT) configura un sistema de ordenación arredor dunha serie de instrumentos de planificación: directrices de ordenación do territorio, plans territoriais integrados, programas coordinados de actuación, plans de ordenación do medio físico e plans e proxectos sectoriais (art. 4 da LOT). Na falta dunha correcta articulación vertical e xerarquizada destes instrumentos, comezando pola ausencia dunhas Directrices de ordenación xeral de Galicia, actualmente en fase de elaboración, son os plans e os proxectos sectoriais os que máis aplicación tiveron ata a data. É unha figura novidosa que, pola súa proliferación e a especial incidencia que teñen sobre a ordenación urbanística municipal, esixiu un desenvolvemento detallado do que se encargou o Decreto 80/2000, do 23 de marzo, polo que se regulan os plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal.

En xeral, se algo se pode dicir deste espazo supramunicipal e da súa incidencia sobre o solo rústico ou non urbanizable é que é un espazo desatendido onde as comunidades autónomas fixeron unha renuncia real das súas competencias en materia de ordenación do territorio, substituíndo criterios xerais e prioridades de intervención no territorio por mecanismos de intervención puntual cun claro impacto sobre o modelo de cidade e o contorno físico. Tal e como se concluíu no *II Encontro nacional de técnicos urbanistas de Peñíscola*, en maio de 2004, pode afirmarse que “a pesar del incremento y proliferación de la legislación en materia ambiental y territorial, la realidad de la ordenación del territorio y de la ciudad en los últimos 15 años en España no sólo no ha mejorado, sino que ha empeorado”.

O sexto programa comunitario en materia de medio, *Medio 2010: o futuro nas nosas mans*, establece como un dos cinco eixes prioritarios da acción estratéxica a ter en conta o medio na xestión e ordenación do territorio mediante a difusión e o fomento das mellores prácticas relativas á planificación sostible. Con todo, feitos como a economía do turismo, o golf, a segunda vivenda ou a forte presión sobre áreas da ribeira e zonas de lecer deron como resultado que os tradicionais problemas existentes non desaparezan (cidade difusa, asentamento disperso, descoordinación do planeamento, etc.) e que, ademais, se legalicen situacións de desvertebramento do territorio e de degradación ambiental coa anuencia tácita da Comunidade autónoma. As solucións apuntadas pasan pola creación dun modelo integral de ordenación do espazo (urbanístico e territorial), o sometemento a unha avaliación ambiental dos plans xerais de ordenación urbana e a planificación da cidade no seu sentido amplo, dando resposta ás necesidades do solo rústico e incardinando este planeamento nun marco territorial superior.

### 1.1. Contido dos plans e proxectos de incidencia supramunicipal

Tanto os plans coma os proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal teñen por obxecto regular a implantación de determinadas actuacións en materia de infraestruturas, dotacións e outras instalacións, de iniciativa pública ou privada, que se asentán sobre varios termos municipais ou daquelas cuxa incidencia transcende do estrito ámbito local pola súa magnitude, importancia ou especiais características. Como sinala a exposición de motivos da norma, os plans sectoriais teñen por finalidade establecer as condicións xerais para o futuro desenvolvemento de infraestruturas, dotacións e instalacións no ámbito autonómico. Pola súa parte, os proxectos sectoriais xorden de dúas maneiras, ben como desenvolvemento do planeamento sectorial, ben de forma independente co único fin de regular a implantación dunha actuación determinada.

Na actualidade, os plans e os proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal aprobados polo goberno autonómico a instancia da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, versan sobre as seguintes materias: enerxía eólica (Decreto do 25 de outubro de 2001), hidroeléctricas (Acordo do 29 de novembro de 2001), Cidade da Cultura (Acordo do 29 de xullo de 1999), xestión de residuos (Acordo do 23 de abril de 1999), rede viaria de Ferrol (Acordo do 19 de xullo de 2002), rede viaria de Santiago de Compostela (Acordo do 24 de xullo de 2003) e áreas empresariais (Acordo do 27 de maio de 2004).

Para os efectos deste tipo de ordenación territorial, segundo describe o art. 4 do Decreto 80/2000, considéranse infraestruturas as construcións e as conducións destinadas a:

- a) Comunicacions, transporte e telecomunicacións.
- b) Execución da política hidráulica, incluídos os encoros e as conducións e construcións que aseguren o abastecemento de auga.
- c) Execución da política enerxética, incluídos os centros de produción e as liñas de condución e distribución.
- d) Loita contra a contaminación e a protección da natureza.

Considéranse dotacións as construcións que sirvan de soporte ás actividades e aos servizos de carácter sanitario, asistencial, educativo, cultural, turístico, comercial, administrativo, de seguridade e protección civil, recreativo e deportivo. E instalacións as destinadas á realización de actividades económicas primarias, secundarias e terciarias.

En canto a súa contextualización normativa, diremos que os plans sectoriais teñen forza vinculante respecto do planeamento urbanístico e deberán ser respectuosos coa planificación superior en materia de ordenación do territorio (art. 8). Para o seu desenvolvemento e articulación requírese a elaboración dos correspondentes proxectos sectoriais (art. 8) e a aprobación definitiva destes levará implícita a declaración de utilidade pública ou interese social das obras, instalacións e servizos proxectados, así como a necesidade da ocupación dos bens e dereitos necesarios para a execución das obras, instalacións e servizos previstos de forma concreta naqueles para os efectos de expropiación forzosa ou imposición de servidumes.

## 1.2. Elaboración e aprobación

A elaboración e aprobación dos plans sectoriais configúrase arredor dunha serie de trámites.

1. Iniciativa: o promotor, público ou privado, deberá presentar a seguinte documentación: a) memoria técnica descritiva das actuacións, ámbito e incidencia; b) memoria xustificativa do interese público ou da utilidade social, de carácter supramunicipal, da actuación, idoneidade do

seu emprazamento, viabilidade económica e financeira e adecuación aos instrumentos de ordenación do territorio; c) desde o punto de vista ambiental, “estudio de la incidencia territorial de la infraestructura, dotación o instalación prevista, especialmente sobre los núcleos de población, usos del suelo, infraestructuras, equipamientos y servicios, protecciones y afecciones urbanísticas y ambientales, con previsión de los medios adecuados de corrección o de minimización de impactos”; d) adecuación do contido do plan sectorial co planeamento urbanístico; e, e) plans de situación, de clasificación e de cualificación dos terreos (art. 7).

2. Declaración do carácter supramunicipal (art. 13): o Consello da Xunta é o órgano competente para levar adiante esta declaración á vista do obxecto do plan.

3. Información pública: por prazo mínimo dun mes. Trámite de audiencia aos municipios afectados.

4. Petición de informes: esencialmente da Consellería de Política Territorial, do Estado ou doutros organismos afectados.

5. Aprobación definitiva polo Consello da Xunta. Publicación no *Diario Oficial de Galicia*.

En canto aos proxectos sectoriais, a dinámica de actuación e aprobación discorre parella á do planeamento sectorial supramunicipal cunha excepción. Segundo dispón o art. 10.j) do Decreto, esíxese como documentación previa, a “evaluación de impacto ambiental de la infraestructura, dotación o instalación que se prevé ejecutar”. Deste xeito, complementábase o disposto nos arts. 22 e ss. da LOT e adáptase ás esixencias da Lei de protección ambiental de Galicia de 1995.

En resumo, se algo se pode dicir desde o punto de vista ambiental é a práctica ausencia dun modelo preventivo na materia, a inaplicación da avaliación estratéxica a plans e programas e a dulcificación dos sistemas correctivos de avaliación ambiental, unicamente contemplados para os proxectos illados ou de desenvolvemento dos plans sectoriais de incidencia supramunicipal. Se a iso unimos que no ámbito urbanístico a aplicación da avaliación de plans e programas segue sendo unha materia pendente, o resultado é, como xa se dixo, moi pouco propicio para a ordenación integral e a protección de valores naturais.

## 2. Ordenación do solo rústico en Galicia

Segundo a Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural en Galicia (LOUG en adiante), o solo rústico ou non urbanizable é aquel que queda excluído do proceso de desenvolvemento urbanístico. É un solo sobre o que recae unha “prohibición general de usos edificatorios” –STC do 20 de marzo de 1997–, constituído por terreos nos que concorren determinados valores que deben ser protexi-

dos. A clasificación do solo como rústico ten que atender a dous criterios: a) que o solo sexa incompatible coa transformación; e, b) que sexa inadecuado para un desenvolvemento urbano (STC 164/2001, do 11 de xullo, a propósito dos arts. 9 e 29 da Lei 6/1998, do 13 de abril, RSV). A *incompatibilidade da transformación* provirá dos “regímenes especiales de protección” establecidos na lexislación sectorial ou no planeamento territorial, estatal ou autonómico. A súa clasificación como solo rústico deberá ser realizada polos órganos competentes á vista das necesidades do réxime especial que se estableza. En canto á *inadecuación para un desenvolvemento urbano*, correspóndelle a súa apreciación ao planificador urbanístico, entendéndose que existe cando concorran valores ou fins que fagan necesaria a preservación do solo.

A exposición de motivos da LOUG, nun afán de superar a visión meramente urbanística, establece que un dos fins da lei é “armonizar el desarrollo y bienestar del mundo rural con la preservación y revitalización de los bienes culturales y naturales tan preciados y fuente de recursos y patrimonio a conservar para legarlos a las generaciones futuras de este país”. Por iso, a LOUG aborda a regulación deste solo dunha maneira máis obxectiva e detallada ata o punto de trazar unha verdadeira “política territorial sobre el medio rural”. En concreto, pretende, como di a súa exposición de motivos, regular o solo rústico “desde la óptica de su protección global frente a los procesos de desarrollo urbanístico, que tuviese en cuenta su importancia en el esquema territorial de Galicia y limitase, ordenase, protegíese y recondujese los procesos de transformación”. En concreto, os valores sobre os que pivota a nova regulación do solo rústico de Galicia son a protección do medio, as tradicións e a conservación da riqueza.

#### 1. A planificación no sólo rústico

Isto permite que se establezan unha serie de plans especiais que inciden sobre o solo rústico, elaborados ou informados na súa maioría polas CCAA. Son estes os seguintes:

▮ *Plans especiais de protección (art. 69 da LOUG)*: teñen por obxecto preservar os recursos naturais, podendo estenderse a varios municipios.

▮ *Plans de infraestruturas e dotacións (art. 71 da LOUG)*: o seu fin é establecer infraestruturas e dotacións básicas relativas ao sistema de comunicacións, de transporte, dos espazos libres públicos, do equipamento comunitario e das instalacións destinadas aos servizos públicos e subministradores de enerxía e abastecemento, evacuación e depuración de augas.

▮ *Plans de protección, rehabilitación e mellora do medio rural (art. 72)*: teñen como finalidade a protección, rehabilitación e mellora dos elementos máis característicos da arquitectura rural, das formas de edificación tradicionais, dos conxuntos significativos configurados por elas e dos

núcleos rurais. A súa elaboración concerne, en exclusiva, ás CCAA e pode abarcar un ou varios termos municipais.

■ *Planeamento en materia de ordenación do territorio*: esencialmente plans sectoriais de incidencia supramunicipal e plans de ordenación do medio natural físico (inexistentes na actualidade na Comunidade Autónoma galega).

En ningún caso se prevé ningún tipo de control ambiental na suá elaboración.

## 2. Usos do solo rústico e autorizacións autonómicas (arts. 41 a 44 da LOUG)

Segundo o art. 32 da LOUG, o solo rústico clasifícase no solo de protección ordinaria e no solo especialmente protexido. Son de protección ordinaria os terreos que o planeamento urbanístico estime inadecuados para o seu desenvolvemento urbanístico polas características xeotécnicas, morfolóxicas, o alto impacto territorial e os riscos naturais ou tecnolóxicos. Son especialmente protexidos aqueles terreos que “por sus valores agrícolas, forestales, ambientales, científicos, naturales, paisajísticos, culturales, sujetos a la servidumbre de dominio público o de otra índole deban estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación”.

Dentro deste tipo de solo rústico distínguense as seguintes categorías:

1. Solo rústico de protección agropecuaria
2. Solo rústico de protección forestal
3. Solo rústico de protección de infraestruturas
4. Solo rústico de protección das augas
5. Solo rústico de protección de costas
6. Solo rústico de protección de espazos naturais
7. Solo rústico de protección do interese paisaxístico
8. Solo rústico para zonas de interese patrimonial, artístico ou histórico

A LOUG establece os usos permitidos, autorizables e prohibidos en cada categoría de solo rústico:

■ *Usos permitidos*: os compatibles coa protección de cada categoría de solo rústico, sen prexuízo da obtención da correspondente licenza urbanística e demais autorizacións sectoriais (instalacións agrícolas e gandeiras, cerramentos, instalacións forestais, etc.).

■ *Usos autorizables*: os suxeitos a autorización das CCAA, previamente á licenza urbanística municipal (gasolineiras, turismo rural, os establecidos en instrumentos de ordenación do territorio, caravanas, etc.).

■ Usos prohibidos: os incompatibles por levar risco ou deterioro dos valores protexidos (vivendas, industrias, equipamentos, etc.).

En canto ás autorizacións, é sabido que a regulación do réxime do solo rústico está vinculada estreitamente aos valores ambientais, polo que nos encontramos ante unha actuación de interese supralocal que esixe a intervención das CCAA: “Como quiera que el suelo no urbanizable está esencialmente destinado de modo exclusivo a su explotación agrícola, pecuaria o forestal, es obvio que la protección de tales actividades y el mantenimiento de este suelo en sus originarias condiciones naturales constituye un interés público no sólo local, sino supralocal, *al afectar la transformación de la condición natural del suelo al medio ambiente*, cuya degradación origina consecuencias que exceden con mucho del puro ámbito estrictamente local” (STC do 3 de novembro de 1999).

Pois ben, tanto para moitos usos en solo rústico establecidos na Lei galega coma os previstos nos instrumentos de ordenación do territorio, precísase de autorización autonómica, aínda que con algunhas diferenzas.

En primeiro lugar, os instrumentos de ordenación do territorio poden determinar que usos poden ser autorizados neste tipo de solo rústico, quedando o planeamento urbanístico vinculado polas súas decisións; en segundo lugar, cando as obras, dotacións e infraestruturas deriven dun proxecto sectorial de ordenación do territorio, as actuacións non precisarán autorización autonómica previa, xa que se entende implícita no propio instrumento de ordenación (art.34.4 da LOUG). Nos demais supostos esíxese autorización autonómica previa e, por último, se as obras previstas no proxecto están cualificadas como de “marcado carácter territorial”, e son promovidas directamente pola Administración pública, non estarán suxeitas á licenza municipal (DF primeira da LOUG).

Este tipo de autorizacións aseméllase na súa tramitación procedemental a unha *intervención ambiental previa*: presentación de anteproxecto, información pública, informes municipais e organismos afectados e resolución das CCAA coa posibilidade de introdución de medidas correctoras (art. 41.2.d da LOUG). Esta potestade autorizatoria permite impoñer as medidas necesarias para minimizar a incidencia da actividade sobre o territorio, así como todas aquelas medidas, condicións ou limitacións tendentes a conseguir a menor ocupación territorial e a mellor protección da paisaxe, os recursos produtivos e o medio natural, así como a preservación do patrimonio cultural e a singularidade e tipoloxía arquitectónica da zona” (art. 42.1.b da LOUG).

Con todo, a elaboración dunha avaliación ambiental previa para a realización de determinadas actividades con forte impacto sobre os valores protexidos segue sendo unha carencia do sistema, excepto cando esta autorización traia causa nun proxecto sectorial de carácter supramunicipal que, como vimos, queda sometido á avaliación de impacto ambiental.

### 3. A avaliación ambiental de plans e proxectos

Para comprender a fondo a importancia e magnitude que ten a avaliación deste tipo de plans e proxectos que inciden sobre o territorio autonómico, convén botar unha ollada á normativa de avaliación de impacto ambiental.

O art. 2.2 da Directiva 85/337/CEE (en adiante Directiva EIA), seguindo a máxima da subsidiariedade que verniza todo o dereito comunitario, establece que “la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente *podrá integrarse en los procedimientos existentes* de autorización de los proyectos en los Estados miembros o, a falta de ello, en otros procedimientos o en los procedimientos que deberán establecerse para satisfacer los objetivos de la presente Directiva”.

Pola súa parte, o apartado 2 *bis* introducido pola Directiva 97/11/CE ofrece unha segunda opción procedemental ao dispoñer que “los Estados miembros podrán establecer un *procedemento único* para cumplir los requerimientos de la Directiva y los requerimientos de la Directiva 96/61/CEE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación”. En idéntica liña móvese a Directiva 2001/42/CE, do 27 de xuño, relativa á avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio (en adiante Directiva EIAPP), en canto prevé, no seu art. 4, que os requisitos procedementais fixados nesta “se integrarán en los procedimientos vigentes en los Estados miembros para la adopción de planes o programas o se incorporarán a los procedimientos establecidos para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva”.

Así, pois, o primeiro que se deduce da regulación comunitaria é que, a prol do respecto á autonomía procesal dos estados membros, non se configura un procedemento único xeral para o desenvolvemento do EIA aplicable a todas as partes, senón tan só uns principios procedementais ou fases que, a modo de substrato común de todas as regulacións nacionais, teñen que ser interiorizados e aplicados por todos os destinatarios da Directiva. Consecuentemente, as posibilidades brindadas aos Estados membros á hora de deseñar o procedemento *ad hoc* en materia de EIA son amplas e poden oscilar entre deseñar un procedemento único e de xeral aplicación a todos os procesos autorizatorios, con incidencia sobre a calidade ambiental, ou integrar as especialidades e trámites obrigados da EIA nos procedementos substantivos existentes ou que se vaian adoptar.

Fiel a estes principios, as Directivas comunitarias sobre EIA límtanse a establecer unha serie de regras e trámites que en todo caso debe rexer o deseño procedemental estatal na materia e que ten como punto focal a preservación dos valores do medio, a súa toma en consideración nos procesos decisorios e a participación activa das partes interesadas. Estas regras

poden resumirse no seguinte elenco de prescricións: 1) fixación dos contidos mínimos da información que ten que achegar o promotor; 2) deber de informarlle ao promotor do alcance do estudo de impacto ambiental cando o solicite; 3) sometemento da documentación achegada a informe das autoridades nacionais con responsabilidades no medio e aos Estados membros que se vexan afectados por proxectos con repercusións transfronteirizas; 4) sometemento do expediente á consulta pública; 5) toma en consideración dos resultados da consulta e da información recollida no procedemento autorizadorio e adopción da decisión en consonancia con iso; e, 6) respecto ás normas sobre confidencialidade comercial, industrial e intelectual e a protección do interese público nacional.

En definitiva, tal como tivo ocasión de expresalo o propio TSXCE, na súa sentenza do 16 de setembro de 1999 (C-435/97, WWF e outros, ap. 54), a Directiva comunitaria non se opón a que o procedemento do EIA poida pasar a formar parte dun procedemento nacional xa existente, pendente de establecer o distinto do establecido pola citada norma, sempre e cando este procedemento alternativo respecte os requisitos dos arts. 3 e 5 a 10 desta Directiva, entre os que se encontra a participación do público.

### 3.1. A lexislación estatal sobre o EIA

Esta ampla marxe de liberdade foi, así e todo, aproveitada por España para ditar unha normativa que, claramente, se pode acusar de escasa e imprecisa. En efecto, da súa lectura parece desprenderse que o único motivo que guiou o lexislador estatal, polo demais de resultados errados (Agudo González), foi o de incorporarlle os contidos literais da regulación comunitaria ao dereito interno, sen que tal oportunidade fose aproveitada para perfilar e resolver algunhas cuestións de orde procedemental que, aínda na actualidade, planan sobre ela. Esta incorporación efectuouse a través do coñecido Real decreto-lexislativo 1302/1986, do 28 de xuño, de avaliación de impacto ambiental, modificado sucesivamente polo Real decreto-lei 9/2000, do 6 de outubro, e a Lei 6/2001, do 8 de maio.

Esta moderación, xustificada en certos aspectos polo seu carácter de lexislación básica, viuse algo superada polo Regulamento de desenvolvemento ditado a través do Rd 1131/1988, do 30 de setembro (REIA en adiante) cuxo capítulo segundo (arts. 13 a 22) regula o procedemento do EIA a partir dunha serie de premisas conceptuais de carácter técnico. Nel deséñase un procedemento cuxos principais atributos son o seu carácter non formalizado, específico e esencial (Razquín Lizarraga) que traen causa na versatilidade que del se predica, a imposibilidade de substituílo por outro diferente ou de menor rigor e a necesidade de respectar uns trámites básicos.

Pese ás sucesivas reformas operadas sobre esta normativa, o criterio de partida segue sendo o mesmo. De aí que na última versión da LEIA non se definan máis aspectos procedementais que os “estrictamente exigidos por la economía procesal y los necesarios para la protección de los intereses generales”, como expón o seu preámbulo. Tampouco se establece ningún procedemento especial ou singularidades procedementais para os proxectos públicos sometidos ao EIA, equiparándoos, para estes efectos, aos proxectos privados. Tal circunstancia xa foi obxecto de crítica doutrinal (Montoro Chiner) ao entender que o papel que cumpre a DIA, nuns e noutros, é diferente; para os proxectos públicos ten carácter de autocontrol e para os privados autorizante. A única novidade destacable que introduce é anunciar a creación e a utilización dun procedemento abreviado do EIA para aqueles supostos nos que a Administración Xeral do Estado deba autorizar un proxecto exceptuable, pero sometido ao procedemento do EIA pola lexislación da Comunidade Autónoma onde deba executarse (Disposición adicional terceira da LEIA).

En realidade, o que se bota verdadeiramente de menos non é tanto a diversidade procedemental ou as referencias a situacións que poidan entenderse singulares chegado o caso, como a indefinición das regras procedementais básicas que obrigan a un constante esforzo esexético por parte dos aplicadores da norma e que en nada benefician o conxunto.

Así, pois, a normativa estatal en ningún momento se decanta por un modelo procedemental determinado, admitindo a posibilidade de que o EIA se substancie de forma autónoma ou conxuntamente co procedemento substantivo. Nin tampouco ofrece unha regulación esgotadora de todo o íter procedemental. En definitiva, parece inevitable ter que remitirse permanente á lexislación básica procedemental para cubrir a infinidade de lagoas que presenta esta regulación sectorial. Esta remisión non só é formalmente obrigatoria (Disposición transitoria segunda, 3 LRX-PAC), senón tamén substancialmente necesaria. En efecto, non hai que esquecerse que as garantías mínimas dos cidadáns respecto da actividade administrativa fixadas pola LRX-PAC deberán ser respectadas polo Estado e polas comunidades autónomas á hora de establecer procedementos específicos *ratione materiae*. Polo tanto, o feito de que se estea en presenza dun procedemento sectorial non implica que este poida escaparlle ao procedemento administrativo común porque, como sinala Ponce Sole, estamos ante “una ley exigida por la propia Constitución para fijar los principios, instituciones y derechos básicos que garanticen una uniformidad estatal respecto a las garantías procedimentales y a los estándares de buena administración”.

Entrando xa na súa configuración, o EIA concíbese como “un proceso que se inicia con la definición genérica del proyecto que se pretende realizar y culmina con la declaración de impacto que formula el

órgano ambiental, en la que se recogen las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente de los recursos naturales" (preámbulo do REIA). É, pois, un procedemento administrativo articulado para instar a reunión dun "conjunto de estudos y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causa al medio ambiente" (art. 5 REIA).

O procedemento do EIA artículase arredor de dúas grandes fases que describiu con grande acerto o Tribunal Constitucional a través da Sentenza 13/1998, do 22 de xaneiro (RTC 13): "En un primer momento, un órgano ambiental distinto del órgano competente para aprobar o autorizar un proyecto debe emitir una 'declaración de impacto ambiental'; y en un segundo momento, el órgano con competencia sustantiva sobre el proyecto *decide si conviene* realizar la obra, instalación o actividad y, en caso afirmativo, *fija las condiciones* en que aquélla debe realizarse". E arredor de tres importantes documentos: o proxecto que hai que avaliar, o Estudo de Impacto Ambiental que formula o promotor e a Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que leva a cabo o órgano ambiental competente. Pasemos, pois, a analizar cada un dos seus elementos.

### 3.2. Obxecto do EIA: proxectos, plans e programas

#### a) *Proxectos*

O EIA é, como se sabe, un instrumento útil para mellorar a viabilidade ambiental dos futuros proxectos que hai que executar nun determinado contorno. Con ela conséguese un dobre obxectivo ambiental: mellorar a calidade do proxecto, introducindo condicionantes ambientais e contextualizalo, isto é, conectalo ao contorno. Se ben é certo que o enfoque semiadaptativo que actualmente se lle dá á EIA non satisfai as expectativas desta técnica de prevención ambiental, tamén o é que a súa aplicación a un proxecto concreto permite, canto menos, articular un sistema viable de retroalimentación que minimize os efectos negativos daquel sobre o medio e deste sobre o proxecto.

Desde o punto de vista material, enténdese por proxecto o conxunto de documentos técnicos que definen a localización e deseño dunha determinada actuación. Para que o EIA poida despreparar eficazmente todos os seus efectos requírese que tal documentación técnica non acade o nivel dun proxecto de enxeñaría pois, nese caso, o seu alto grao de desenvolvemento técnico obstaculizaría enormemente a inclusión de correccións ambientais, nin tampouco que consista nun simple designio a idea carente de elementos susceptibles de avaliación.

Segundo a metodoloxía científica, o ideal para que se dea un correcto fluxo entre o proxecto e o estudo de impacto ambiental é que aquel ache-

gue a seguinte información (Gómez Orea): 1) obxectivos do proxecto, alternativas ao proxecto e xustificación da elixida polo promotor; 2) proceso de construción e operación representado en forma de diagrama de fluxo; 3) produtos e subprodutos derivados da actividade, así como o seu destino probable; 4) influíntes ou insumos que se deben utilizar nas fases de construción e explotación (recursos naturais, maquinaria, man de obra, tecnoloxía, etc.); 5) efluentes xerados (emisións, vertidos e residuos); 6) localización do proxecto, partes de que consta e elementos físicos que o conforma (edificios, viario, espazos ocupados, actuacións auxiliares, etc.); e, 7) programa de desenvolvemento do proxecto (calendario da operación, posta en marcha, previsións de modificación a medio e a longo prazo, abandono e desmantelamento, etc.). E que na súa redacción se entrecruce a información ambiental e a técnica para eliminar, de entrada, as posibles disensións entre os intereses ambientais e os sectoriais.

Desde o punto de vista legal, o termo *proxecto* comprende tanto “la realización de trabajos de construcción de instalaciones u obras” coma “cualquier intervención en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del solo” (art. 1 Directiva EIA). De entre eles, só serán susceptibles do EIA “los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización” (art. 2.1 Directiva EIA).

Este criterio xeral non basta para acotar o obxecto do EIA xa que non todos os proxectos con repercusións ambientais van ser obxecto dun procedemento avaliador. Sen ánimo de esgotar a súa análise e co único fin de dotalo dun adecuado enfoque ao procedemento do EIA obxecto de estudo, podemos establecer a seguinte clasificación de proxectos en función da súa suxeición a un procedemento do EIA: a) proxectos sometidos inexcusablemente ao EIA; b) proxectos exceptuables do EIA; e, c) proxectos excluídos do EIA.

#### a) Proxectos sometidos inexcusablemente ao EIA

Segundo o art. 4 da Directiva EIA, “los proyectos enumerados en el Anexo I serán objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10”. Este anexo recolle unha relación exhaustiva do que poderíamos denominar as grandes obras públicas (vías ferroviarias, portos, autoestradas e vías rápidas, encoros, etc.) e as actividades industriais de grande escala (refinarías, centrais térmicas, centrais nucleares, instalacións de fundición, industrias químicas, etc.).

Esta regulación, que obviamente constitúe un núcleo indispoñible e de obrigada observancia para os Estados membros, foi incorporada á nosa lexislación a través do art. 1.1 da LEIA e o Anexo I desta: “Los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo I del

presente Real decreto legislativo, deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta disposición". Consecuente-mente, o bloque de proxectos contemplado no citado Anexo esixirá que, con carácter previo á concesión da autorización, sexa avaliado ambiental-mente de acordo co procedemento establecido na lexislación es-tatal do EIA. A súa non realización implica a declaración de nulidade da autorización.

#### b) Proxectos exceptuables

Xunto a este primeiro grupo, o art. 4.2 da Directiva EIA establece que, para os proxectos enumerados no anexo II, será obrigatoria a realización do EIA "cuando así lo determinen los Estados miembros". A Comunidade Europea non impón *a priori* a necesidade de iniciar un procedemento de avaliación ambiental, senón que lles remite ás partes a posibilidade de que ponderen a oportunidade desta e a súa esixencia. Para iso, como sinala este mesmo artigo, os Estados membros determinarán mediante un "estudio caso por caso" e/ou mediante "umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro", se o proxecto será obxecto dunha avaliación de conformidade co establecido nos artigos 5 a 10 da Directiva. Para estes efectos, a propia Directiva inclúe uns parámetros de selección para avaliar a pertinencia ou non do EIA respecto deste grupo de proxectos (art. 4.3 e anexo III da Directiva EIA) e a xurisprudencia comunitaria estima que en tal categoría tamén están incluídos as modificacións de proxectos.

A LEIA incorporou estas directrices no art. 1.2 nos seguintes termos:

"Los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo II de este Real Decreto Legislativo sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta disposición, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso. La decisión, que debe ser motivada y pública, se ajustará a los criterios establecidos en el anexo III".

Para estes efectos, o promotor deberá presentar ante o órgano ambiental a documentación acreditativa das características, situación e potencial impacto do proxecto a fin de que este órgano poida, de acordo cos crite-rios fixados no Anexo III, adoptar a decisión sobre a conveniencia ou non de sometelo ao EIA (art. 2.3 LEIA).

No caso de que para estes proxectos estea previsto o EIA na normativa autonómica, non será de aplicación o disposto anteriormente rexéndose polo que alí se dispoña:

"Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a aquellos proyectos para los que la normativa de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, bien exija evaluación de impacto ambiental, en todo caso, bien haya fijado umbrales, de acuerdo con los criterios

del anexo III, para determinar cuándo dichos proyectos deben someterse a evaluación de impacto ambiental" (art. 2.2 LEIA).

Se estes deben ser autorizados pola Administración Xeral do Estado, a citada avaliación levarase a cabo de conformidade co procedemento abreviado que para tal efecto se estableza regulamentariamente polo Estado (Dispos. adicional terceira LEIA).

En definitiva, podería dicirse que o sistema de selección de proxectos exceptuables se axusta ás seguintes notas: a) Os proxectos enunciados no anexo II da LEIA non poden excluírse, en principio, do EIA, excepto a decisión contraria do órgano ambiental; b) Primacía do criterio de protección reforzada establecido pola comunidade autónoma sobre os mínimos regulados pola LEIA; c) O órgano ambiental estatal ou autonómico será o competente para adoptar esa decisión; d) O promotor deberá achegar a documentación suficiente para poder adoptar a decisión; e) A decisión final adóptase a través do estudo, caso por caso, ou da aplicación de límites fixados regulamentariamente.

A aplicación destas disposicións non estivo exenta de problemática. A xurisprudencia do TXCE dá boa conta diso. Unha das cuestións que máis conflito suscitou foi a relativa aos *criterios de exclusión* de proxectos considerados exceptuables. A STXCE do 21 de setembro de 1999 (Comisión/Irlanda, C-392/96 ap. 19 e ss.) introduciu algúns elementos clarificatorios sobre este extremo dicindo que non é admisible a fixación de "límites absolutos" para determinar a excepciónabilidade do proxecto, posto que "no permite garantir que todo proxecto que pueda tener un impacto considerable sobre el medio ambiente sea sometido a un estudio de impacto ambiental, ya que bastaría que no alcanzase el umbral para que no estuviese sujeto a un estudio de impacto, sea cuales fueren sus demás características". Consecuentemente, a fixación de límites tendo en conta unicamente as dimensións de proxectos e excluindo a súa natureza e a súa localización, "sobrepasa el margen de apreciación" do que dispoñen os Estados membros na materia.

O uso desta *marxe de apreciación* que lles concede a Directiva EIA aos Estados é, tamén, un dos cabalos de batalla do Tribunal Europeo. En canto ao seu acoutamento, a STXCE do 16 de setembro de 1999 (C-435/97, WWF e outros, ap. 36) sinala que esta marxe "se encuentra limitado por la obligación, establecida en el artículo 2, apartado 1, de someter a un estudio de sus repercusiones los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente". O que, evidentemente, non implica "eximir, anticipadamente, por completo de esta obligación a determinadas clases de proyectos". De aí que incluso se lles permita aos particulares reaccionar xurisdiccionalmente ante os seus órganos xudiciais nacionais contra os actos e disposicións que infrinxan esta marxe de apreciación (García Ureta).

A propósito tamén desá posible *exención a priori* que, a xuízo dalgúns Estados membros, supón o uso da marxe de apreciación, as conclusións do avogado xeral presentadas o 12 de xullo de 2001 (Comisión/República Federal de Alemaña, asunto C-24/99) volven a insistir na súa ilegalidade. Di:

“Los proyectos deben examinarse en dos fases. En la primera fase, debe analizarse si un proyecto concreto tiene o puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, por lo que resulta necesaria una evaluación del impacto ambiental en el sentido de la Directiva. Si ello pareciese ser el caso, a continuación debe tener lugar, como segunda fase, la evaluación de impacto ambiental de conformidad con los artículos 5 a 10 de la Directiva”.

Esta operación debe efectuarse sempre que esteamos ante un proxecto con repercusións ambientais. Polo tanto “en estos proxectos [Anexo II] tamén darán el primer paso, es decir, que deben averiguar si existen motivos que indiquen la necesidad de efectuar una evaluación de impacto ambiental”.

En resumo, sexa cal for o método elixido para determinar se un proxecto específico require ou non unha avaliación, este “no puede menoscabar el objetivo de la Directiva, que es el de no eximir de la correspondiente evaluación ningún proyecto que pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente”. Do mencionado, facilmente se deduce que esa suposta exclusión, que dá a entender a LEIA respecto dos proxectos sinalados no anexo II, non pode equipararse a unha exclusión *ab initio* do seu exame ambiental. Noutros termos, os proxectos do anexo II deben ser sometidos a unha consideración ambiental previa.

### c) Proxectos excluídos

Inclúese nesta categoría os proxectos que as autoridades administrativas poden exceptuar da aplicación do procedemento do EIA, a pesar da súa clara incidencia ambiental. Existen tres supostos: a) os proxectos destinados para os fins de defensa nacional (art. 1.4 Directiva EIA); b) os proxectos detallados aprobados mediante un acto legislativo nacional específico (art. 1.5 Directiva EIA); e, c) os proxectos excluídos en casos excepcionais (art. 2.3 Directiva EIA). A LEIA reproduce estas categorías nas Disposicións Adicionais primeira e segunda da LEIA.

Para a súa recta comprensión convén traer a colación algunhas das precisións vertidas pola xurisprudencia do TXCE (STXCE do 16 de setembro de 1999, C-435/97, WWF e outros). En primeiro lugar, os proxectos de defensa nacional, polo seu especial contido, quedan exentos do EIA. Pero cando este teña un obxecto civil e militar (como, por exemplo, un aeroporto) tal exención queda enervada.

En segundo lugar, para que os proxectos aprobados por acto lexislativo queden dispensados do procedemento do EIA requírense dúas condicións: 1) que sexa un proxecto detallado “de maneira suficientemente precisa y definitiva, de modo que contenga, al igual que una autorización, todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente”; e, 2) que o acto lexislativo implique a autorización para executar o proxecto e presente as mesmas características que esta.

Finalmente, respecto aos proxectos excluídos por causas excepcionais, tal decisión terá que ser adoptada polas autoridades administrativas seguindo as pautas do art. 2.3 da Directiva, examinarlle ambientalmente o proxecto e as alternativas ao EIA, motivar a decisión e informar os cidadáns e a Comisión europea.

#### b) *Plans e programas*

O modelo vixente do EIA non satisfai, como ben se pode intuír, todas as expectativas da denominada “integración ambiental” e os modelos adaptativos do EIA. Estas parten dunha máxima: “antes que o proxecto está o medio”, sendo preciso comprender este para desenvolver aquel. Esta concepción choca co papel que actualmente se lle brinda ao EIA, limitado unicamente para avaliar nunha fase tardía, a dicir de moitos ambientalistas, proxectos deseñados sen ter en conta o inventario ambiental, inexistente ata ese momento, cando o correcto sería proceder do modo contrario. Isto é, comezar por analizar estratexicamente a política sobre a que logo se baseará o plan que, á súa vez, se subdividirá en sucesivos programas que teñen por fin aplicar as directrices de planeamento a unha área ou sector concreto. Finalmente, os numerosos proxectos nados da execución concreta de plans e programas quedarán sometidos ao EIA.

Consciente a Unión Europea das limitacións da Directiva EIA intenta avanzar en materia de prevención ambiental coa Directiva 2001/42/CE, do 27 de xuño, relativa á avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio (Directiva EIAPP). Dado o dilatado prazo de incorporación ao dereito interno previsto (21 de xullo de 2004) e pese a súa expiración, aínda non contamos cunha norma estatal de transposición desta, aínda que si con moitos exemplos autonómicos que, nun claro afán de mellorar a lexislación básica, se adiantaron á propia normativa comunitaria. Sen dúbida, supón unha aldrabada á política de prevención ambiental da Comunidade Europea, certamente desexado por un gran sector xurídico e técnico que vai permitir resituarse o EIA no lugar idóneo da xestión ambiental.

O feito de que se imponha a obriga de realizar o EIA na fase de planificación e programación implica outorgar o máximo de eficacia posible ao dotalo do enfoque adaptativo propio dos instrumentos de prevención. É que, como ben se lembra nas consideracións preliminares desta Direc-

tiva, o EIA constitúe o instrumento idóneo para a integración de consideracións ambientais na preparación e adopción dos plans e programas con incidencia sobre o contorno “pues así se garantiza que se tendrán en cuenta durante la preparación, y antes de su adopción, esas repercusiones al elaborar tales planes y programas”.

Para a súa aplicación entenderanse por plans e programas “aquellos cuya elaboración o adopción, o ambas, incumban a una autoridad nacional, regional o local, o que estén siendo elaborados por una autoridad para su adopción, mediante un procedimiento legislativo, por parte de un Parlamento o Gobierno”. E tamén, os “que sean exigidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas” (art. 2 Directiva). Matiza, ademais, que se incluírán nesta categoría as modificacións daqueles e os cofinanciados pola Comunidade Europea.

Así pois, como ben se pode intuír, este concepto abarca, practicamente, todo o labor programático e planificador que realicen os poderes públicos estatais, autonómicos ou locais en sectores estratéxicos, excepto, quizais, os que polo seu especial contido, estean excluídos, os de escaso ámbito territorial e impacto, as modificacións menores e ambientalmente irrelevantes ou os derivados de plans ou programas previos de maior escala que, potestativamente, poderán ser excepciónados.

O art. 3 desta Directiva define o seu ámbito de aplicación. Nel establécense, a semellanza da Directiva EIA, varias categorías de plans e programas en función da súa suxeición obrigatoria ao EIA: a) plans e programas sometidos inexcusablemente ao EIA; b) plans e programas susceptibles de someterse ao EIA; e, c) plans e programas excluídos do EIA.

a) Plans e programas sometidos inexcusablemente ao EIA

Segundo o apartado segundo do art. 3 serán obxecto deste especial procedemento de avaliación de impacto ambiental todos os plans e programas:

1) que se elaboren con respecto á agricultura, silvicultura, pesca, enerxía, industria, transporte, xestión de residuos, xestión de recursos hídricos, telecomunicacións, turismo, ordenación do territorio urbano e rural ou con respecto á utilización do solo e *que establezan o marco para a autorización* no futuro de proxectos enumerados nos anexos I e II da Directiva 85/337/CEE, ou

2) que, *atendendo ao efecto probable nalgúnhas zonas*, se establecera que requiren unha avaliación conforme o disposto nos artigos 6 e 7 da Directiva 92/43/CEE (sobre conservación de hábitats”).

Así formulado, haberá que entender que a programación e a planificación pública da maioría dos sectores con incidencia económica no país, ou os que claramente afecten a espazos e recursos protexidos, deberán someterse a unha avaliación estratéxica ambiental previa. Os requisitos para a súa articulación son, para o primeiro suposto, que este labor pro-

gramático establece xa o condicionado e o modelo de autorización de proxectos; e que estes sexan algúns dos incluídos nos anexos da Directiva EIA. E para o segundo, que os plans e programas afecten sensiblemente a determinados hábitats naturais e que se establecera na normativa que requiren unha avaliación.

#### b) Plans e programas susceptibles de someterse ao EIA

É quizais a categoría máis conflictiva. Aparecen contemplados no art. 3.4 desta Directiva que lles outorga unha ampla marxe de apreciación aos Estados membros para a súa determinación:

“En relación con los planes y programas distintos a los mencionados en el apartado 2, que establezcan un marco para la autorización en el futuro de proyectos, los Estados miembros determinarán si el plan o programa en cuestión puede tener efectos ambientales significativos”.

Así mesmo, o apartado terceiro do artigo 3 ofrece esta mesma marxe de apreciación para aqueles plans e programas de inexcusable sometemento ao EIA “que establezcan el uso de zonas pequeñas a nivel local” ou “introduzcan modificaciones menores en los mismos”. Razóns todas elas baseadas na escasa repercusión destes.

Ao igual que cos proxectos, resévaselle, aquí, un espazo de liberdade ao Estado para que considere se determinado plan ou programa merece, previo exame dos seus posibles impactos ambientais, ser sometido ao procedemento do EIA. Con este fin, establécense nos apartados quinto, sexto e sétimo do citado artigo, os criterios de valoración ambiental do instrumento planificador: a) pode facerse un estudo caso por caso ou especificando tipos de plans e programas, ou combinando ambos os dous métodos; b) o estudo farase seguindo os criterios fixados no Anexo II da Directiva; c) deberáselles consultar ás autoridades que, debido ás súas responsabilidades especiais en materia de medio, teñan probabilidades de verse afectadas polas repercusións ambientais da execución dos plans e programas, así como a aqueloutras que estimen convenientes; e, d) comunicaráse á poboación os resultados do estudo.

#### c) Plans e programas excluídos do EIA

No apartado oitavo do art. 3 da Directiva relaciónanse os plans e os programas expresamente dispensados do EIA. Son: 1) os que teñan como único obxectivo servir aos intereses de defensa estatal e de emerxencia civil; e, 2) os de tipo financeiro ou orzamentario. A eles únense, por cuestións de réxime transitorio, “los planes y programas cofinanciados con cargo a los respectivos períodos de programación vigentes (hasta el 2006 y 2007, respectivamente) para los Reglamentos (CE) 1260/1999 sobre fondos estructurales y 1257/1999 del Consejo, sobre ayuda al desarrollo rural a cargo del FEOGA”.

Finalmente, cando se estea ante unha planificación ou programación secuencial e xerarquizada, non fará falta aplicar o procedemento a todas as fases, deixándolles aos Estados membros a posibilidade de elixir o momento tendo en conta que esta se deberá efectuar “a diferentes niveles jerárquicos” (art. 4.3). Neste sentido, o art 5.3 da Directiva establece a posibilidade de “utilizar la información que se haya obtenido en otras fases del proceso de decisión o por vía de otro acto legislativo”. E o art. 5.2 apunta os factores que se deben ponderar tales como “el contenido y grado de especificación del plan o programa, la fase del proceso de decisión en que se encuentra y la medida en que la evaluación de determinados aspectos es más adecuada en fases distintas de dicho proceso”.

### 3.3. O procedemento de avaliación ambiental de plans e programas

O procedemento do EIA, seguido pola recente Directiva EIAPP, mantén a tónica da súa predecesora, a Directiva EIA, no que á estrutura, á determinación de requisitos esenciais procedementais e á marxe de liberdade se refire.

Para comezar, a prol do principio de subsidiariedade, non establece unha vía procedemental específica, senón que lles deixa aos estados membros a posibilidade de optar por estruturar un procedemento especial para o EIA de plans e programas ou integrar os requisitos da presente directiva nos procedementos vixentes na materia (art. 4.2 Directiva EIAPP). Como novidade, recóllese a posibilidade de articular procedementos coordinados ou conxuntos para evitar a duplicidade de avaliacións naqueles plans e programas sometidos ao EIA pola presente Directiva e por outras normas comunitarias (art. 11.2 EIAPP).

O ámbito de aplicación desta Directiva xa foi analizado no apartado anterior deste traballo. En canto ao procedemento, os requisitos esenciais son os mesmos que os indicados na Directiva EIA, se ben se introduciron algunhas pequenas modificacións, froito unhas da obrigada adaptación ao novo obxecto de avaliación e outras da experiencia adquirida e da evolución normativa comunitaria. De cales son, dá boa conta a propia definición da avaliación ambiental que fai o art. 2 da citada Directiva, a través das súas compoñentes: “preparación de un informe sobre el medio ambiente, la celebración de consultas, la consideración del informe sobre medio ambiente y de los resultados de las consultas en la toma de decisiones y el suministro de información sobre la decisión”. Analicemos cada un deles.

#### a) O informe ambiental

Cando un determinado plan ou programa deba ser sometido á avaliación ambiental, os correspondentes poderes públicos deberán proce-

der, como paso previo e necesario, á elaboración do informe ambiental (art. 5.1 da Directiva EIAPP). Este informe vén a ser o equivalente ao estudo de impacto ambiental contemplado para os procedementos do EIA de proxectos. En efecto, o Anexo I da Directiva EIAPP que determina a información que terá que reunirse para confeccionalo, reproduce os contidos convencionais daquel. Unha descrición sintética destes podería ser a seguinte: 1. Contido, obxectivos e interaccións do plan ou programa; 2. Situación actual do medio; 3. Características ambientais da zona; 4. Problemas ambientais existentes e relevantes para o plan ou programa; 5. Obxectivos de protección ambiental fixados nos ámbitos nacionais e internacionais que garden relación co plan ou programa; 6. Probables efectos ambientais do plan ou programa; 7. Medidas previstas para previr, reducir e compensar os efectos negativos; 8. Resumo dos motivos da selección das alternativas contempladas e das incidencias procedementais; 9. Descrición de medidas para a supervisión do plan ou programa; e, 10. Resumo final non técnico da información facilitada.

Sobre os criterios orientativos que hai que barallar á hora de seleccionar e valorar a información para os efectos da confección do informe ambiental, dannos conta os apartados 2.3 e 4 do art. 5 da Directiva EIAPP aos que xa se fixo referencia a propósito dos plans e programas excluídos.

#### b) Consulta pública e informes

Especial atención merece o comentario deste trámite procedemental, non xa polo implícito valor deste, senón pola depuración dos termos con que se expresa a Directiva EIAPP e o detalle da súa regulación, auspiciados, sen dúbida, pola Convención de Aarhus, do 25 de xuño de 1998, que firmou a Unión Europea. Dáse, pois, un paso adiante en materia de garantías procedementais respecto da Directiva EIA .

Para comezar, o art. 6 da Directiva EIAPP distingue entre “público” e “público afectado” para os efectos de información e comparecencia no trámite de participación cidadá. Segundo o apartado cuarto do artigo, entenderase por *público afectado* a aqueles suxeitos “afectados o susceptibles de ser afectados por el proceso de toma de decisiones derivado de la presente Directiva o que tenga un interés en dicho proceso, incluidas las correspondientes organizaciones no gubernamentales, como las que promuevan la protección del medio ambiente y otras organizaciones interesadas”. Esta é a primeira vez que se integran no Dereito comunitario europeo as esixencias da Convención de Aarhus cuxo desenvolvemento prevé a *propuesta da Directiva*, de xaneiro de 2001, pola que se establecen medidas para a participación do público na elaboración de determinados plans e programas relacionados co medio. Na súa virtude, reciben a cualificación de público afectado todos os cidadáns sobre os que recaen de forma directa os efectos do plan ou programa, así como todas as organizacións e aso-

ciacións comprometidas coas cuestións ambientais e calquera outras interesadas, outorgándolles un gran protagonismo na materia.

Pero o acoutamento de público afectado non esgota a eficacia na súa propia definición, senón que arrostra outra importante consecuencia para os efectos procedementais como é a obriga de comunicarlles, previa e expresamente, a apertura e demais requisitos do trámite de información pública. Así parece deducirse do apartado segundo do art. 6 da Directiva EIAPP cando sinala que ao público afectado “se les dará, con la *devida antelación*, la *posibilidad real* de expresar, en *plazos adecuados*, su opinión sobre el proyecto de plan o programa y sobre el informe ambiental, antes de la adopción o tramitación por el procedimiento legislativo del plan o programa”. O dito ten que entenderse sen prexuízo, claro está, do establecemento das garantías de publicidade e comparecencia que deban preverse para o público en xeral. Para a correcta realización deste importante trámite e como consecuencia do principio de transparencia que ha de guiar a actuación dos poderes públicos, a Administración ou as autoridades lexislativas porán a disposición do público o proxecto do plan ou programa e o informe ambiental e déixaselles aos Estados membros a posibilidade de establecer as modalidades e os requisitos da consulta pública.

No mesmo plano, colócase a petición de informes a aquelas autoridades que deban ser consultadas e que designarán libremente os estados membros tendo en conta, espero, que como mínimo serán aquelas que “debido a sus responsabilidades especiales en materia de medio ambiente, tengan probabilidades de verse afectadas por las repercusiones ambientales de la ejecución de los planes y programas” (art. 67.3 da Directiva EIAPP). Extremo que xa se cumpre, folgadoamente, na lexislación básica estatal relativa ao EIA de proxectos, pero que ben puidera mellorarse coa mención expresa dos entes locais e outras institucións vinculadas ao obxecto do plan ou programa. En canto á articulación da petición dos citados informes, a Directiva aplica as mesmas garantías que para a consulta pública.

#### c) Adopción da decisión final

O art. 8 da Directiva EIAPP, que reproduce o seu homónimo da Directiva EIA, fai expresa mención da obriga que teñen as autoridades de valorar a información solicitada co fin de adaptar a decisión final á sensibilidade ambiental alí reflectida. Sinala: “Durante la elaboración y antes de la adopción o tramitación por el procedimiento legislativo del plan o programa se tendrán en cuenta el informe ambiental elaborado conforme al artículo 5, las opciones expresadas conforme al artículo 6 y los resultados de cualquier consulta transfronteriza celebrada conforme al artículo 7”.

Sen prexuízo do que a lexislación estatal básica dispoña no desenvolvemento e incorporación da presente directiva, parece lóxico pensar que o procedemento do EIA para plans e programas seguirá a mesma tramitación e secuencia que o previsto para os proxectos, polo que os resultados finais dos informes, consulta pública e estudos de impacto se plasmarán e integrarán nun documento final de síntese e conclusións que elaborará o órgano ambiental respectivo. Este documento, que non é outro que a Declaración de Impacto Ambiental, na súa calidade de estudo-informe condicionado, debería ter un valor determinante para a formación da vontade final. E ao lembrar este carácter vén o art. 8 da presente Directiva, indicando que a liberdade do lexislador ou da Administración actuante á hora de aprobar un plan ou programa non é total e absoluta, senón que está condicionada polos resultados da avaliación ambiental.

Para verificar o acerto da decisión, exercer o seu control e cumprimentar a obriga de transparencia nos procesos decisorios, o artigo 9 da Directiva EIAPP imponlles aos Estados membros a obriga de motivar a decisión e garantir a súa publicidade para un coñecemento xeral, poñendo a disposición dos interesados os contidos do plan ou programa, as medidas adoptadas pola supervisión da execución destes instrumentos e a documentación que recolla "de qué maneira se han integrado en los planes y programas los aspectos ambientales y cómo se han tomado en consideración, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, el informe ambiental elaborado de conformidad con el artículo 5, las opiniones expresadas de conformidad con el artículo 6 y los resultados de las consultas celebradas en virtud del artículo 7, así como las razones de la elección del plano o programa aprobado, a la vista de las demás alternativas razonables consideradas".

#### d) Plans e programas con repercusión ambiental transfronteiriza

Ao igual que para os proxectos, a consulta transfronteiriza tamén está prevista para os plans e programas susceptibles de producir efectos ambientais noutro Estado membro. Da súa regulación encárgase o art. 7 da Directiva EIAPP e, en canto aos seus contidos, reproduce literalmente o sinalado para os proxectos da mesma índole, polo que remitimos o seu estudo ao alí exposto.

## 4. A regulación galega sobre a materia

A regulación do EIA na Comunidade Autónoma galega discorre a través da Lei 1/1995, do 2 de xaneiro, de protección ambiental de Galicia, o Decreto 442/1990, do 13 de setembro, de avaliación de impacto ambiental e o Decreto 327/1991, do 4 de outubro, de avaliación de efectos ambientais para Galicia. En xeral, é unha normativa cun aparente afán de

compracencia no que ao ámbito de aplicación e trámites do EIA se refire, se ben a súa factura técnica é un pouco escura e escasa, afectando seriamente á descrición do íter procedemental. Tamén se advirte unha clara inversión das tarefas encomendadas aos órganos administrativos actuantes, recaendo case todo o peso da tramitación do procedemento do EIA no órgano substantivo mentres que ao órgano ambiental unicamente se lle atribúe a función de emitir a DIA. O que claramente indica que a lexislación autonómica galega só concibe o procedemento do EIA como integrado no substantivo, non como un procedemento autónomo que ten que realizar o órgano ambiental cando aquel non contemple o trámite de información pública.

A Lei distingue tres técnicas avaliadoras en función do ámbito de aplicación e da tramitación dos procedementos: a avaliación de impacto ambiental, a avaliación de efectos ambientais e a avaliación de incidencia ambiental. Destas, as dúas primeiras responden ao perfil do EIA comunitario e o seu desenvolvemento procedemental é practicamente igual excepto os seguintes detalles que caracterizan a avaliación de efectos ambientais: a) a tramitación do procedemento avaliador atribúeselle *in totum* ao órgano ambiental; b) non se prevé fase preliminar de información e consultas previas; c) o prazo de información pública é de quince días hábiles; e d) non se prevén mecanismos de resolución de discrepancias entre os órganos competentes.

#### 1) *Obxecto do EIA:*

A teor do art. 7 desta Lei, dispónse que “quedan sometidos a la evaluación de impacto ambiental, los proyectos, obras y actividades que se incluyen en la normativa comunitaria, la legislación básica estatal y la de ámbito autonómico” sempre que a súa autorización lle corresponda á Administración autonómica. Extremo que igualmente reproduce o Decreto 442/1990, do 13 de setembro, sobre avaliación de impacto ambiental (art. 1). Pola súa parte, o Decreto 327/1991, do 4 de outubro, establece que se someterán a avaliación de efectos ambientais “todos los proyectos que no estén recogidos en el Decreto 442/1990, sobre evaluación de impacto ambiental, así como sus modificaciones y ampliaciones” (art. 1). Teoricamente, excepto as tradicionais actividades molestas, insalubres, nocivas ou peligrosas contidas no RAMINP, o resto dos proxectos con incidencia ambiental, terán que someterse a un procedemento previo do EIA. Agora ben, dos proxectos cuxa autorización lles corresponde aos entes locais nada se di nin cómpre entendedos, incluídos os do ámbito do Decreto, posto que alí só se menciona os proxectos cuxa autorización sexa competencia da Administración da Xunta de Galicia, conque se produce unha clara fisura no ámbito de aplicación desta normativa.

## 2) Etapas e trámites procedementais:

As cuestións procedementais máis destacables en materia de EIA na lexislación galega son as seguintes:

1. O EIA poderá iniciarse con ou sen fase preliminar. Cando o promotor decida solicitar información previa á presentación da súa solicitude, iníciase o que o Decreto 442/1990 denomina “procedemento para a declaración de impacto ambiental con dictamen previo” (art. 6). Neste suposto, o promotor deberá comunicarlle ao órgano ambiental a súa intención de desenvolver un proxecto mediante a presentación dunha memoria resumo. Esta memoria remitiráselle ao órgano substantivo no prazo de dez días con indicación dos órganos e demais institucións ás que deberá solicitar un informe, así como emitir un informe propio, e concederlle un prazo de trinta días hábiles a contar desde a recepción da memoria resumo para que remita todo o expediente ao órgano ambiental.

Á vista diso, o órgano ambiental elaborará un ditame previo que, en ningún caso, “condicionará a la declaración de impacto ambiental que resulte procedente” (art. 6) e cuxo contido versará sobre os distintos “aspectos e indicaciones que se consideren beneficiosos para una mayor protección y defensa del medio, así como cualquier propuesta que considere conveniente respecto de los contenidos específicos que se incluirán en el estudio de impacto ambiental” (art. 6).

En todo caso, a Administración porá a disposición do promotor toda a documentación que estea no seu poder e que aquel precise para a elaboración do estudo de impacto ambiental, aínda que non se presentara a memoria resumo (art. 4 do Decreto 442/1990 e art. 6 do Decreto 327/1991).

2. Unha vez realizado o estudo de impacto ambiental presentárase, xunto co proxecto e a solicitude, ante o órgano ambiental quen, contrariamente á práctica procedemental habitual, llo remitirá ao órgano substantivo indicándolle os informes que lles deberá solicitar aos outros órganos e institucións públicas, sen que *a priori* se determine ningún con carácter preceptivo.

Igualmente será o órgano substantivo o encargado de someter o expediente ao trámite de información pública. Para iso, establecerase un prazo de trinta días hábiles se é un procedemento do EIA, publicarase o acto de apertura do trámite no *Diario Oficial de Galicia* e o estudo de impacto ambiental exporase ao público nas oficinas correspondentes do órgano substantivo (art. 2 do Decreto 442/1990). Cando esteamos ante a avaliación de efectos ambientais, será o órgano ambiental o que evacue este trámite cuxo prazo se reduce a quince días hábiles (art. 5 do Decreto 327/1991).

A lexislación galega vai máis alá na atribución de tarefas ao órgano substantivo ata o punto de que tamén a el se lle encomenda o labor de

reparación da documentación “cuando el órgano ambiental advierta algún defecto en la misma” (art. 3 do Decreto 442/1990) e a “elaboración de una propuesta de declaración de impacto ambiental” (art. 3 do Decreto 442/1990). No primeiro suposto, o órgano ambiental comunícalle ao órgano substantivo os defectos que hai que corrixir e será este o encargado de notificarlle ao promotor para que no prazo de vinte días realice as actuacións, así como de remitirllle novamente ao órgano ambiental. No segundo suposto, o órgano substantivo ten a alternativa de ou ben formular esa proposta da DIA ou ben remitirllle as observacións que considere oportunas co obxecto de que o órgano ambiental redacte a DIA.

3. Unha vez que o órgano ambiental dispón do expediente ten un prazo de sesenta días para emitir a DIA. Este prazo foi ampliado a seis meses en virtude do Decreto 264/1994, do 29 de xullo, de adaptación de determinados procedementos administrativos á LRX-PAC (anexo I).

Así mesmo, dise no citado Decreto que a non emisión no prazo da DIA, producirá efectos desestimatorios. Extremo que hai que enfiar co disposto no art. 9 da Lei de protección ambiental de Galicia en canto dispón que “la declaración de impacto será de carácter vinculante para el órgano de competencia sustantiva si la declaración fuese negativa o impusiese medidas correctoras” (art. 9 desta lei). No caso de existir discrepancias sobre algún aspecto, o órgano substantivo elevaralle o expediente ao Consello da Xunta de Galicia para a súa resolución (art. 5 do Decreto 442/1990).

Finalmente, se o órgano substantivo concede a autorización poderá esixirlle ao promotor a constitución dunha garantía persoal mediante aval pola cantidade que estime pertinente (arts. 1 e 4 do Decreto 455/1996, do 7 de novembro, de fianzas en materia ambiental).

## 5. Conclusións

Examinados os distintos aspectos da normativa ambiental xeral en materia de avaliación de impacto ambiental, tanto estatal coma autonómica, así como a normativa sectorial relativa á ordenación do territorio, con especial mención aos plans e proxectos sectoriais que na actualidade se levan a cabo na Comunidade Autónoma galega, así como ás distintas actividades que poden levarse a cabo no solo rústico, non queda máis remedio que rematar que, se de verdade se quere apostar pola protección e o control ambiental do espazo e a súa utilización, faise necesario dar unha nova relectura a todo o Dereito vixente seguindo os postulados da normativa comunitaria. Iso conduce a entender que en materia de ordenación do territorio deberá reformarse a actual Lei 10/1995, de ordenación do territorio de Galicia, así como o Decreto 80/2000, de 23 de marzo,

que a desenvolve parcialmente en materia de plans e proxectos sectoriais, para introducir a Avaliación do Impacto Ambiental na tramitación procedemental de tales instrumentos. O mesmo se predicará da Lei 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e de protección do medio rural de Galicia, no que afecta ao planeamento urbanístico, nas súas distintas variantes instrumentais, que deberá someterse aos distintos criterios avaliadores ambientais como calquera outro plan ou programa. Todo iso se se quere, como así debe ser, incorporar a Directiva 2001/42/CE, de 27 de xuño, relativa á avaliación de efectos de determinados plans e programas no medio. 



**NOTAS E  
COMENTARIOS**



# RÉXIME XURÍDICO DA NOTIFICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Manuel Antonio Crespo Pérez

Corpo Superior Técnico da Seguridade Social  
Profesor asociado de dereito administrativo da  
facultade de dereito da Universidade de Vigo

## 1. Introducción

### 1.1. Relevancia do estudo

A doutrina, cando se ocupa da notificación, soe estudala dentro da sección da eficacia demorada dos actos. Iso é lóxico se temos en conta o encaixe sistemático dos artigos 58 a 61 da Lei 30/1992, do 26 de novembro (en adiante LAP), preceptos reguladores da materia, dentro do capítulo 3º do título 5º da mencionada lei, que se titula *A eficacia dos actos*.

A pesar do anterior, e sen prexuízo da súa íntima relación coa entrada en vigor dos actos administrativos, non podemos perder de vista a modificación operada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, xa que obriga a Administración non só a ditar, senón tamén a notificar o acto en prazo pois, pola contra, prodúcese, nos procedementos iniciados a instancia de parte, o silencio administrativo, positivo ou negativo, segundo os casos, o que, polo menos no primeiro caso, determina que, *prima facie*, o acto só nace á vida xurídica de cumprir a Administración coas citadas obrigas en prazo<sup>1</sup>. Se son procedementos incoados de oficio a caducidade que

<sup>1</sup> En contra GONZÁLEZ PÉREZ, J. na obra en colaboración con GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Thomson-Civitas, 2003, páx. 1667) para quen a falta de notificación non supón que falte un requisito para o nacemento do acto.

pode xurdir en certos supostos –procedementos con actos desfavorables para os interesados– determina igualmente o estrito cumprimento das referidas obrigas, pois, en caso contrario, a citada institución impide a entrada en vigor dun acto posterior, sempre que se refira ao procedemento caducado.

O propósito do presente artigo é realizar unha aproximación ás notificacións administrativas, tanto desde o punto de vista doutrinal coma xurisprudencial, tendo en conta a normativa reguladora da materia que, coa reforma mencionada de 1999, alterou, de forma limitada, a súa concepción unitaria tradicional.

## 2.2. Natureza xurídica

Das diversas tendencias doutrinais<sup>2</sup> e xurisprudenciais sobre esta institución podemos citar en primeiro termo a maioritaria, isto é, a que considera a notificación como unha actividade administrativa independente do acto que se debe notificar<sup>3</sup>, que se rexe polas súas propias regras<sup>4</sup>.

Segundo esta tese os vicios ou defectos do acto que se debe notificar e da notificación non se comunican un ao outro –así, entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo, do 17-12-1998 [Ar. 9728]–. En consecuencia, a notificación dun acto inexistente estaría viciada de nulidade absoluta ao ser un acto de contido imposible.

Pero a independencia non é total se temos en conta que, en determinados casos, a obriga administrativa que non foi reclamada mediante a notificación, en tempo e forma, se pode extinguir pola técnica da prescrición, o que trae consigo dereitamente a posibilidade de incoarles un expediente disciplinario aos funcionarios responsables dos vicios da notificación e, nalgúns casos, a esixencia de responsabilidade patrimonial á Administración, producíndose un quebranto aos intereses públicos. Así, no ámbito recadatorio de Facenda e da Seguridade Social, por citar os exemplos máis significativos, o volume de actos administrativos é tal que o control operado polos medios e programas informáticos pode

---

<sup>2</sup> Segundo destaca GONZÁLEZ NAVARRO, F. na súa obra: *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos* (Eunsa, 1997, páxs. 948-949) existen tres teorías: -É un simple elemento do acto administrativo (Martín Retortillo); -É un acto administrativo autónomo (González Pérez); -É a forma externa de manifestárselle o acto ao interesado e, en ocasións, producen un efecto xurídico propio independente do acto ao que afectan (Royo Villanova).

<sup>3</sup> Así, entre outros, BOCANEGRA SIERRA, R. na súa obra *Lecciones sobre el acto administrativo* (2ª ed. Civitas, Madrid, 2004, páxs. 137-138) defende o carácter independente pero condicionante da eficacia do acto que supón a notificación.

<sup>4</sup> Para GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (*Curso de derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 2004, 12ª ed. pág. 587) é unha técnica instrumental consistente nunha obriga de tipo formal.

resultar insuficiente se a notificación non reúne os requisitos legalmente establecidos<sup>5</sup>.

Así mesmo, existen outros supostos nos que a notificación afecta non só á eficacia do acto, senón á súa propia validez, xa que a LAP non regula independentemente a falta de resolución, senón a falta de notificación<sup>6</sup>. Estámonos a referir aos casos de silencio administrativo positivo nos que a Administración, non só ao ditar, senón ao notificar a resolución expresa tardía, se atopa vencellada polo acto presunto producido *ope legis*, quedándolle como único remedio a incoación dunha revisión de oficio de actos nulos de pleno dereito ou de actos anulables (non sería susceptible de aplicación a revogación prevista no artigo 105.1 da LAP), xa que non pode ditar unha resolución denegatoria pois estaría revisando de oficio o citado acto á marxe do disposto nos artigos 102 e 103 da LAP.

Tamén, naqueles procedementos nos que se aplique a caducidade, a notificación é *conditio iuris* da validez do acto de xeito que, ao operar a caducidade de forma automática como o silencio administrativo, sería irrelevante que a Administración demorase a súa declaración mediante

---

<sup>5</sup> Vid. STS do 21-1-02 [Ar. 14930]. Cuestión distinta é a transcendencia da notificación dun acto en relación a outros actos posteriores na fase de execución forzosa. E así, a título de exemplo, a liquidación notificada é esixencia imprescindible para a procedencia do apremio subseguinte (STS do 22-12-00 [Ar. 2437] e STS do 4-7-02 [Ar. 270439]).

<sup>6</sup> Existen sentenzas do Tribunal Supremo que aplicando a Lei de 1958 xa se referían á notificación como posible esixencia para a validez deste (así, por todas, a STS do 12-12-1997). En termos opostos pronúncianse a sentenza do Tribunal Supremo do 7-3-00 [La Ley 7993] e a STSX de Galicia do 3-3-99 [La Ley 8451] para a cal "(...) a notificación non será, en ningún caso, requisito de validez del acto administrativo a comunicar sino presupuesto de eficacia del mismo de modo que dicho acto no deja de ser válido y perfecto aún sin notificar, aunque no produzca efectos hasta la notificación". Incluso a STS do 7-3-00 [La Ley 7993] establece que "la notificación no cursada en plazo no afecta a la validez de la mencionada notificación, ni menos a la validez o a la existencia del acto administrativo dictado".

Para ARZOZ SANTISTEBAN, X. (*La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*, Marcial Pons, 2001, páx. 121), a obriga de resolver no prazo máximo pode ser interpretada en tres sentidos: -Obriga de cursar a notificación, é dicir, completar os trámites administrativos ou depositar en correos; -Obriga de intentar a práctica da notificación e; -Obriga de practicar efectivamente a notificación; dando a Lei 4/99 por válida a segunda e a terceira. Ademais, defende a existencia de dous tipos de notificación, como requisito de eficacia e como requisito de validez e recorda (páx. 123) que a "Exposición de Motivos" pon de manifesto que a expresión *intento de notificación* do art. 58.4 debe ser entendida en sentido amplo, comprensivo dos intentos errados sen atender á causa (ausencia ou rexeitamento), posto que concibe este artigo como "una previsión dirigida a evitar que por la vía del rechazo de las notificaciones se obtenga una estimación presunta de la solicitud". A primeira interpretación é seguida pola STS do 27-10-79 [Ar. 3543].

BEATO ESPEJO, M. (*Los cauces de comunicación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos*, Tecnos, páx. 59) entende que existen dous actos de notificación: o sinalado no artigo 58.2 que se practica na forma prevista no art. 59 e o fixado no art. 58.4.

unha resolución (art. 42.1 e 44.2 da LAP) para poder notificar, entre tanto, unha resolución administrativa, xa sexa antedatada ou non, que poña fin, en canto ao fondo, ao citado procedemento incoado de oficio.

Esta caracterización da notificación determina a ineficacia *erga omnes* do acto ditado e non notificado se ben a Administración non o pode ignorar no ámbito interno sendo vinculante para ela tanto se son actos favorables coma desfavorables consonte a doutrina dos actos propios e o principio de boa fe da actividade administrativa e, todo iso, sen prexuízo da responsabilidade disciplinaria dos funcionarios infractores, así como a posible responsabilidade penal das autoridades que ditaron o acto<sup>7</sup>.

En definitiva, a partir da entrada en vigor da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, os actos administrativos notificados de forma extemporánea non producen efectos, o que determina que o interesado lle pode opoñer á Administración e a calquera outro suxeito de dereito a excepción de inexistencia de acto administrativo en todo aquilo que o favoreza. É dicir, pode alegar a extinción de débedas coa Administración, a adquisición de dereitos e facultades e a caducidade da potestade sancionadora e recorrer o acto presunto se o estima conveniente; todo iso sen prexuízo de que a Administración incoe un procedemento de revisión ao amparo do art. 102 da LAP alegando, normalmente, o art. 62.1.f) da citada norma ou inicie un novo procedemento sancionador se non prescribiu a infracción<sup>8</sup>.

Para paliar esta situación, que podería ser agravada pola conduta obstrucionista do interesado no momento da recepción, o artigo 58.4 da LAP

---

<sup>7</sup> A pesar do anterior existen supostos na LAP nos que se produce o acto e produce efectos con independencia da notificación. Así, a suspensión en vía de recurso administrativo (art. 111.3.) e a declaración de lesividade que se debe adoptar dentro dos 4 anos desde que se ditou o acto, xa que como destaca para este último caso PIÑAR MAÑAS (*Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, páx. 312) non é necesaria a notificación desta declaración polo que os posibles afectados non poden alegar a falta de notificación para opoñerse ao recurso contencioso-administrativo interposto pola Administración (art. 103.2.). Tamén se pode citar o suposto das concesións segundo destaca a STS do 20-2-04 [*La Ley* 918], así como os actos de iniciación dun expediente sancionador pois iso impediría a realización de actos preparatorios polo instrutor (STS do 27-7-04 [*Iustel* 228101]).

Noutros sectores do ordenamento xurídico administrativo poden citarse o nacemento do prazo para exercer o dereito de reversión en defecto de notificación (art. 54.3 LEF) e o suposto dos intereses de demora na expropiación que se calculan desde a data do acto de iniciación e non desde a súa notificación (art. 56 LEF).

<sup>8</sup> No mesmo sentido, podemos citar a ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M., HUESCA BOADILLA, R., SALA ARQUER, J. M. e XIOL RÍOS, J. A. na obra *Comentarios a la reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Aranzadi, 1999, páxs. 69 e 99). Entende PAREJO ALFONSO, L. en "La nueva regulación del llamado silencio administrativo" (*Documentación Administrativa* n.º 254-255 (maio-dembro de 1999, páx. 124) que a notificación en prazo das resolucións expresas tempestivas é unha condición legal resolutoria de validez.

implanta a eficacia da notificación defectuosa e do intento de notificación –sempre que, en ambos os casos, se conteña o texto íntegro do acto–, se ben, este precepto debe ser interpretado da seguinte forma:

■ É unha eficacia xurídica parcial, é dicir, só evita a produción do silencio sen que o acto despregue os seus efectos propios nin se abran os prazos de impugnación agás que, posteriormente, se aplique a convalidación<sup>9</sup>.

■ É unha notificación provisional que non exime da notificación definitiva do acto<sup>10</sup>.

■ Por intento de notificación hai que entender o primeiro<sup>11</sup> e non o segundo e, de ser o caso, o único (art. 59.2 da LAP), dos cales debe quedar constancia fidedigna. Con todo, a STS en interese da Lei, do 17-11-03, BOE do 5-1-04<sup>12</sup>, interpreta que, nas notificacións por medio de correo certificado con xustificante de recepción, o intento de notificación queda culminado no momento no que a Administración reciba a devolución do envío por non ter logrado realizar a notificación, sempre que quede constancia diso no expediente. Entendemos que non se pode confundir a data do intento frustrado coa data da devolución do envío. A Administración cumpre a norma cando a primeira está dentro do prazo de prescrición ou do prazo para resolver e notificar, pero non podería iniciar os trámites da publicación no taboleiro de anuncios do concello, do consulado ou da oficina diplomática, cando cumpre, e no periódico oficial correspondente

---

En sentido contrario, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (*El silencio administrativo en el derecho español*, Civitas, 1990, páx. 201) considera que un acto non notificado non ten transcendencia externa, sendo válido se reúne todos os requisitos pertinentes, pero será ineficaz.

<sup>9</sup> Para BOQUERA OLIVER (*Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, páxs. 482-483) esta notificación non produce efectos procesuais, pero si en canto á presunción de coñecemento e ao cumprimento voluntario do acto.

<sup>10</sup> En termos de GARRIDO FALLA e FERNÁNDEZ PASTRANA na súa obra *Régimen jurídico y procedimiento administrativo común* (Civitas, Madrid, 2000, páx. 160).

<sup>11</sup> Neste sentido podemos citar a STSX de Navarra do 10-4-03 [*La Ley* 1432962] e a STSX de Catalunya do 29-1-03 [*La Ley* 1462672]. Ao noso xuízo a norma é clara ao referirse ao “intento” de notificación e non a sucesivos intentos. No ámbito tributario, o art. 104.2 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, expresamente refírese a “un intento”.

<sup>12</sup> Esta sentenza estimámola correcta unicamente na súa primeira parte, cando se refire ao resultado infrutuoso por calquera circunstancia (englobaría os supostos de domicilio descoñecido, ausente en horas de repartición, ninguén se fai cargo e de rexeitamento polo interesado ou o seu representante). Pero consideramos errada a interpretación da culminación, para os efectos do art. 58.4 da LAP, no momento no que a Administración reciba a devolución do envío, xa que provoca que a Administración non podería evitar, en todos os supostos, a produción do silencio administrativo ou da caducidade, aínda actuando dilixentemente e quedando a expensas dos servizos de correos (nalgunhas ocasións extravíanse os xustificantes de recepción polo que nunca serán devoltos e así forzaríase á Administración a reclamar un certificado de correos sen coñecer a situación real e favoreceríanse condutas fraudulentas dos cidadáns).

ata que culmine a notificación mediante o coñecemento que adquire a Administración coa devolución do envío. Do contrario, os prazos previstos non poderían ser cumpridos na maior parte dos casos e levaría ao absurdo de considerar que a data de recepción, nos supostos de entrega do envío ao suxeito receptor, non é a que consta no xustificante de recepción, senón a da entrada do xustificante debidamente cumprimentado polo axente notificador coa sinatura do suxeito receptor no rexistro da referida Administración, así como se se extraviase o xustificante de recepción unido ao envío quedaría aberto o prazo ata que se certificase a causa do intento de notificación polo axente notificador.

Por todo o anterior, o art. 58.4 introduce no noso ordenamento xurídico unha regra mediante a cal se dá carta de natureza á eficacia da notificación parcialmente defectuosa, con independencia da conduta posterior do interesado, así como ao mero intento de notificación. Con todo, esta regra debe ser matizada segundo as seguintes consideracións:

■ Non exime da notificación edictal posterior agás que sexa o suposto de que intentada a notificación non puidese practicar (art. 59.4 da LAP).

■ O intento de notificación non contempla o rexeitamento polo interesado ou polo seu representante xa que, nestes supostos, a notificación produce plenos efectos.

■ Permite corruptelas da Administración como, por exemplo, a inclusión dun acto que non conteña o texto íntegro sendo practicamente imposible demostrar polo interesado, para facer valer o silencio administrativo ou a caducidade, que a notificación intentada contiña o texto íntegro<sup>13</sup>.

■ O intento de notificación está inequivocamente referido a unha frustrada notificación persoal, non á notificación edictal á que en tales casos é preciso recorrer (STS do 17-11-03 [*La Ley* 280/2004]).

Noutra orde de cousas, e dentro da categoría dos actos administrativos pódese aseverar que a notificación é unha declaración de coñecemento, de carácter formal, de trámite, garantista e finalista. É dicir, a finalidade básica de toda notificación vai encamiñada a lograr que o contido do acto chegue realmente ao coñecemento do seu destinatario, en canto a súa integridade substancial e formal e os posibles defectos da notificación non afectan á validez do acto, en determinados casos (STS do 8-7-1983, do 19-10-1989 e do 14-10-92), tendo que facerse a todos os interesados, sen que sexa necesario realizarlla directamente ao destinatario, xa que pode ser receptora calquera das persoas que a lei establece e

<sup>13</sup> GARRIDO FALLA e FERNÁNDEZ PASTRANA (*Régimen jurídico...* páx. 160) postulan a reforma deste precepto para que se destaque a natureza provisional destas notificacións incompletas, a obriga de practicar unha ulterior notificación completa e definitiva e a responsabilidade do funcionario imputable do incumprimento desta última obriga que non se debe cinguir só á obriga de resolver e notificar, senón de notificar en debida e legal forma.

iso non supón mingua das garantías do administrado (STS do 19-12-89, do 7-7-90 e do 25-2-98). Ademais, hai que advertir que a produción de efectos desfavorables depende da notificación<sup>14</sup>.

En cambio, como sinala González Navarro, F.<sup>15</sup> se por acto administrativo se considera o que pon fin ao procedemento administrativo, non se pode falar da notificación como un acto administrativo. A estes caracteres engade Núñez Ruíz, M. J.<sup>16</sup> os seguintes: é un acto xurídico, acto derivativo do acto que se notifica, acto externo de comunicación, acto cun destinatario normativamente determinado, acto expreso<sup>17</sup>, acto documental, acto regulado, é *conditio iuris* da eficacia do acto que traslada e é un acto de oficio<sup>18</sup>.

Ademais, e de acordo cun sector da doutrina<sup>19</sup>, estamos en presenza dun dereito do interesado<sup>20</sup>. Esta postura é referendada pola STS Sala 5ª

<sup>14</sup> González Pérez, J. e González Navarro, F. na súa obra *Comentarios ...* páxs. 1665-1667.

<sup>15</sup> *Derecho Administrativo Español...* páx. 949.

<sup>16</sup> Na súa obra *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento administrativo común*, Montecorvo, Madrid, 1994 (páxs. 27 a 54).

<sup>17</sup> No ámbito tributario o art. 104.2 da Lei 58/2003, xeral tributaria, remite a un regulamento de desenvolvemento dos supostos de notificación tácita.

<sup>18</sup> Para a STS do 14-2-2001 [*La Ley* 1315] a necesidade da notificación, como requisito de eficacia, maniféstase a prol da interrupción da prescrición, tanto na iniciación do procedemento coma na súa conclusión dentro do prazo prescricivo. Así mesmo, debe significarse que nas obrigas económicas impostas aos interesados o ordenamento xurídico permite sucesivas notificacións para a interrupción da prescrición.

Por outra parte, a notificación é un acto formal aínda que non solemne e como advirte a STS do 2-6-03 [*La Ley* 1026/2004] “los requisitos formales de las notificaciones tienen por finalidad garantizar que el contenido del acto administrativo llegue cabalmente a conocimiento del interesado y que incluya los medios y los plazos de impugnación, de forma que, cuando ese fin está cumplido, pierden las referidas formalidades su razón de ser y cualesquiera que sean otras consecuencias que pudieran producir su inobservancia (por ej. responsabilidad del funcionario), lo que no puede causar es la anulación de la notificación misma, puesto que resultaría ilógico convertir el medio –el requisito garante de que la notificación se produce– en fin de sí mismo”.

<sup>19</sup> TARRÉS VIVES (“Notificación y publicación de los actos administrativos” na obra colectiva *Administraciones públicas y procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, páxs. 219 e 236) e VILLAR EZCURRA (*El derecho del ciudadano a la notificación directa de las resoluciones administrativas*, páx. 1382). Para este último autor a Administración ten a obriga de notificarlles directamente aos particulares calquera resolución que sexa susceptible de afectar aos seus dereitos ou intereses lexítimos, sempre que se cumpran, polo menos, as seguintes condicións: -Que a Administración coñeza por comparecencia do particular, ou porque xa lle consten de antemán as circunstancias persoais deste (incluído, por suposto, o domicilio); -Que o particular sexa o destinatario do acto (cousa que acontecerá sempre se é titular de dereitos que poidan resultar afectados por este). Neste caso, ademais, a obriga da Administración esténdese a poñer en coñecemento do particular a tramitación mesma do expediente (art. 26 da LPA).

<sup>20</sup> Pola contra, para GONZÁLEZ PÉREZ non existe propiamente un dereito a ser notificado, pois o que se pretende é que o interesado se entere máis que do acordado do que pode facer contra iso.

do 14-2-01 [La Ley 1315] para a cal "(...) la notificación formal y tempesiva forma parte del elenco de garantías individuales que la Constitución proclama, y, entre ellas, las ya dichas sobre la seguridad jurídica, derecho al proceso con todas las garantías e interdicción de la arbitrariedad" (STS do 29-6-98 e STS do 22-12-98).

Outro sector da doutrina sitúase en interpretacións totalmente opostas. Así, Boquera Oliver defende que a notificación é un trámite de execución do acto que non afecta á súa validez nin á súa eficacia. Indica que os efectos ordinarios da notificación son a presunción de coñecemento do acto notificado polo seu destinatario, a apertura do prazo para o cumprimento voluntario do contido do acto e a apertura do prazo para recorrer o acto administrativo<sup>21</sup>. Esta tese é seguida por López Merino<sup>22</sup> para quen a eficacia do acto no referente á súa execución non queda totalmente supeditada á notificación; soamente se lle concede ao interesado a posibilidade de suspendela requirindo a práctica da notificación omitida mentres que Parada Vázquez postula que máis ca unha clase de actos son unha condición de eficacia dos actos administrativos<sup>23</sup>.

Por último, existen autores que consideran a notificación como unha conduta administrativa de información aos particulares pero non como un acto administrativo, é dicir, é unha prestación informativa individualizada esixible por medio dunha prestación de condena a facer (art. 29.1 e 32.1 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998)<sup>24</sup>.

## 2. Suxeito, obxecto e contido

### 2.1. Suxeito activo

O suxeito activo é o órgano administrativo que ordena cursar a notificación a diferenza do suxeito transmisor que é aquela persoa que entrega o acto que se notifica.

---

<sup>21</sup> *Derecho...* páxs. 479-480. Para este autor o acto é eficaz antes de coñecelo o seu destinatario pero unha cousa é a eficacia xurídica e outra a súa materialización ou execución. Os efectos do acto administrativo son creados unilateralmente pola Administración pública e impostos aos seus destinatarios. A vontade destes non conta nin para a creación dos efectos nin para a súa recepción. O coñecemento do acto polo administrado non é necesario para ningunha destas dúas cousas. O acto primeiro é válido e eficaz e despois coñéce o destinatario (*Derecho...* pág. 480).

<sup>22</sup> *La notificación en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1989, pág. 314.

<sup>23</sup> *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, pág. 258. Existen, incluso, algúns autores que defenden que a notificación é unha simple actuación material.

<sup>24</sup> VELASCO CABALLERO, F: "Notificaciones administrativas: Presunciones y ficciones" en *Justicia Administrativa*, nº 16, xullo, 2002, páxs. 37 a 49.

Como advirte Núñez Ruíz<sup>25</sup>, a LAP non especifica o órgano a quen lle corresponde ordenar a notificación, a diferenza da Lei de 1958, pero dos artigos 41.1 e 42.3 conclúese que lles corresponde aos titulares dos órganos administrativos que teñan a competencia para resolver e aos titulares das unidades administrativas e ao persoal ao servizo das administracións públicas que tivesen ao seu cargo a resolución ou o despacho dos asuntos, considerando en vigor para a Administración xeral do Estado a Orde da Presidencia do Goberno do 31-12-58, que lles atribúe esta competencia aos xefes de sección.<sup>26</sup> Ademais, o artigo 93.2 da LAP esíxelle ao órgano que ordene un acto de execución material a obriga de notificarlle ao particular interesado a resolución que autorice a actuación administrativa. Segundo a nosa interpretación non teñen que coincidir necesariamente o autor do acto declarativo e do acto executivo, impedindo a LAP, neste precepto a vía de feito (execución sen acto previo). De aí que o órgano executor deba velar pola regularidade da notificación do mencionado acto declarativo.

Por outra parte, se a finalidade da notificación é garantir o cumprimento dos principios de seguridade xurídica, de tutela xudicial efectiva e o dereito á defensa do administrado (por todas a sentenza do Tribunal Supremo do 10 de marzo de 1992 [Ar. 1562])<sup>27</sup>, así como os de legalidade e de eficacia da Administración, é indiferente o órgano que leva a cabo a notificación, se ben non é conveniente a existencia de órganos intermedios –como autoriza a *sensu contrario* o actual artigo 58 da LAP–, nos supostos de actos administrativos favorables e, incluso, se son actos

<sup>25</sup> *La notificación....* páxs. 94-95.

<sup>26</sup> No mesmo sentido GONZÁLEZ PÉREZ e GONZÁLEZ NAVARRO (*Comentarios...* pág. 1087). Tamén é da mesma opinión MARTÍN REBOLLO, L. en LEGUINA VILLA, J. e SÁNCHEZ MORÓN, M. ("Disposiciones y actos administrativos" en *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, 1993, pág. 180). En cambio, para a STS do 4-4-97 [La Ley 5025] o art. 41 da LAP non sinala cal é o órgano competente para efectuar as notificacións. Esta última tese séguela AYALA MUÑOZ na obra colectiva *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo*, pág. 394.

<sup>27</sup> Segundo a sentenza do Tribunal Constitucional 193/1992 FX 4, os mandatos da Lei de procedemento administrativo precisan os requisitos que teñen que cumprir as notificacións que efectúa a Administración, requisitos que, evidentemente, revisiten unha esencial importancia, en canto que lles permiten aos administrados reaccionar axeitadamente en defensa daqueles dereitos ou intereses que estimen lesionados pola actuación administrativa. Pero a prohibición de indefensión non pode supoñer unha merma da eficacia administrativa, pero tampouco é posible defender, a prol da protección do interesado, un excesivo formalismo, desconectado da súa finalidade teleolóxica (STS do 21-3-1997 [Ar. 2173]).

En definitiva, as formas procedementais administrativas non son caprichos inexplicables do ordenamento xurídico, senón medios para asegurar a defensa do interese público e dos dereitos dos administrados (STS do 17-4-2002 [La Ley 5217]).

mixtos e de dobre efecto<sup>28</sup>. Tamén se poden citar como exemplos de dualidade de emisor e de transmisor os dos acordos dos órganos colexiados que deben ser notificados polo secretario e os supostos de delegación da realización material da notificación, así como as notificacións dos acordos de aprobación inicial, provisional e definitiva dos instrumentos de planeamento urbanístico que afecten a bens de titularidade pública, as cales se deben efectuar polos secretarios dos concellos (art. 189 da Lei 33/2003 do 3 de novembro).

Así mesmo, pode ser aplicable a institución da encomenda de xestión como técnica de colaboración entre os entes administrativos e tamén se pode acudir á contratación administrativa a través da modalidade do contrato de servizos con persoas privadas, físicas ou xurídicas, tal e como se desprende do disposto no artigo 39 do Real decreto 1829/1999, que remite, neste último caso, ás normas de dereito privado<sup>29</sup>, xa que só lles outorga carácter fidedigno ás notificacións practicadas polo servizo postal universal (Correos e Telégrafos S.A., actualmente).

Naqueles casos nos que dous órganos distintos efectúen notificacións contraditorias en canto aos medios de impugnación encontrariámonos cun acto de contido imposible e estas notificacións anuláanse reciprocamente polo que queda aberta, sen prazo, a vía de recurso (STS do 27-3-2002 [La Ley 4804]).

Por último, débese destacar que a LAP esixe a expresión dos medios de defensa no texto da resolución e no texto da notificación o que, ao noso entender, se pode explicar se advertimos que nalgúns casos a noti-

---

<sup>28</sup> Para NÚÑEZ RUIZ (*La notificación...*, páx. 95) son admisibles as notificacións indirectas. Por outra parte, ao ser posible a colaboración de persoas privadas na práctica da notificación deben entenderse como axentes da Administración, o que permite a impugnación independente ante a propia Administración ou ante os tribunais contencioso-administrativos das súas actuacións. Un caso de notificación indirecta contéplao a STS do 26-4-1999 [Ar. 3333]. Así mesmo, a STS do 21-1-98 [Ar. 246] considera que a notificación indirecta é un defecto de forma que non orixina indefensión nin priva ao acto de ningún requisito. Esta notificación definea GONZÁLEZ NAVARRO (*Derecho Administrativo...* páxs. 952-953) como aquela feita por órgano distinto ao que produciu o acto, que actúa como intermediario en razón a unha relación de xerarquía ou de tutela, ou en execución dun convenio de auxilio. Non pode confundirse coa notificación por medio de axente. Por último, consideramos vixente a regra contida no derogado artigo 78.3 da Lei de 1958 que establecía a obriga de enviarlles copia da comunicación aos órganos intermedios que deban ter coñecemento desta.

<sup>29</sup> Hai que ter en conta que a partir da Lei 24/1998, do 13 de xullo, do Servizo Postal Universal e de Liberalización dos Servizos Postais, para outorgar carácter fidedigno ás actuacións destas empresas privadas, é preciso a titularidade dunha autorización ou licenza, pois de ser negadas a Administración dentro do expediente administrativo terá que ratificalas e os tribunais valorala como se fose un particular (STSX de Valencia do 5-7-2001 [Ar. 307632]). As citadas autorizacións regúlanse, polo miúdo, no Real decreto 81/1999 do 22 de xaneiro.

ficación da resolución se practica polo propio órgano que ditou o acto mediante o envío da resolución orixinal, mentres que noutros, un órgano distinto procede á notificación o que determina a necesidade de explicitar os medios de defensa aludidos, xa que se soe notificar o texto da resolución sen estes últimos.

## 2.2. Suxeito pasivo

O interesado, ex artigo 31 da LAP, é o destinatario da notificación (STS do 24-10-89 [*La Ley* 3-1/534/1989] e STS do 24-4-00 [*La Ley* 7040]). Por iso, débese ter en conta que nun procedemento administrativo poden concorrer unha pluralidade de titulares de dereitos subxectivos ou de intereses lexítimos, o que inevitablemente determina a existencia dunha pluralidade de notificacións que poden ter lugar en datas diferentes e con vicisitudes diversas<sup>30</sup> e iso implica que o defecto ou ausencia de notificación a un dos interesados non poida ser alegado polos interesados que foron notificados correctamente. En cambio, non resulta obrigatorio a

---

<sup>30</sup> En calquera caso, débese destacar que existe un deber de recepción, é dicir, un deber de colaboración coa Administración na práctica correcta da notificación, de aí que as actuacións obstrutivas dos receptores poidan provocar a presunción *iuris et de iure* de recepción (por exemplo, nos supostos de rexeitamento expreso polo destinatario), vulnerando a boa fe que debe presidir as relacións Administración-interesados, así como a teoría dos actos propios. Así a STSX de Madrid do 23-7-02 [Ar. 6458] defende a doutrina da autorresponsabilidade, matiza a teoría da cognición mediante as presuncións xudiciais e establece que o dereito a ser notificado leva consigo a carga de manterse receptivo aos actos de notificación.

Ademais, a existencia de diferentes datas de recepción trae como consecuencia que o *dies a quo* para a interposición de recursos sexa inevitablemente distinta, o que debe ser posto en relación coa obriga da Administración de notificar a interposición dos recursos a todos aqueles interesados non recorrentes. Isto pode supoñer unha acumulación posterior de procesos xudiciais, así como o problema da comparecencia dos interesados que non teñan esgotado a vía administrativa ante os tribunais contencioso-administrativos.

Por outra parte, as notificacións teñen entre si carácter independente o que implica que a eficacia do acto é distinta para cada interesado, do que se desprende que o acto é eficaz aínda que cando falte ou sexa defectuosa a notificación a outros interesados (STS do 9-12-92 [Ar. 9751]).

Por último, "carece de fundamento y racionalidad jurídica el intento de aplicar a los miembros del órgano municipal, en cuyo seno se adoptan los acuerdos, y que por esta misma circunstancia tienen pleno conocimiento de los mismos desde su origen, el régimen de publicación y notificaciones previsto en general para todos aquellos que, ajenos al órgano colegiado, pudieran estimarse afectados en sus derechos o intereses; cosa distinta sería si la impugnación estuviera dirigida contra la regularidad formal del acta de la sesión en la que aparezcan reseñados los acuerdos, o las incidencias que los precedieron" (STS do 18-1-93 [*La Ley* 468/1993-2]), sinalando a STS do 12-11-84 [Ar. 5766] que as notificacións a interesados que non saiban ler nin escribir só producen efectos desde o coñecemento efectivo do acto e non desde que conste asinado o xustificante de recepción.

notificación aos titulares de expectativas de dereitos que non poden ser asimilados aos titulares de intereses lexítimos.

A LAP é tan respectuosa con esta obriga que incluso a reproduce nos casos nos que sexan persoas titulares de dereitos e intereses lexítimos e directos cuxa identificación resulte do expediente e que poidan resultar afectados pola resolución que dite (art. 34) e, incluso, nos recursos administrativos deducidos por outros interesados (art. 112.2).

Así mesmo, hailles que notificar determinados actos administrativos a terceiros, por exemplo, peritos, denunciante, ...<sup>31</sup> sen que se poidan considerar como tales ao cónxuxe respecto dos bens da sociedade de ganancias (art. 103.2 do Real decreto 1415/2004, do 11 de xuño), nin os terceiros posuidores, acredores hipotecarios e anotantes anteriores.

Pero é evidente que o ordenamento xurídico non se pode centrar exclusivamente no interesado pois, en multitude de ocasións, a Administración non pode contactar con aquel, de aí que se prevexa a posibilidade de terceiras persoas como suxeitos receptores en igualdade de condicións que o propio interesado (existen dúas tendencias xurisprudenciais ao respecto: a teoría da recepción e a teoría do coñecemento, predominando na xurisprudencia a primeira –así STS do 17-11-95 [La Ley 256/1996]–, se ben cómpre probar a data na que se lle efectúa a entrega do acto administrativo ao interesado polo recipiendario –STS do 19-11-86 [La Ley 846/1987] e STS do 4-12-92 [La Ley 5790/1993-5]–), aínda cando o destinatario sexa exclusivamente o interesado<sup>32</sup>. Pero isto non significa que a Administración se poida dirixir directamente a estas terceiras persoas sen esgotar todas as posibilidades de notificación ao interesado ou ao seu representante do acto administrativo de que se trate e iso, incluso, cando respecto doutros actos os resultados da notificación fosen infrutuosos (sentenza

---

<sup>31</sup> Sinala BOQUERA OLIVER (*Derecho...* páx. 486) que existen supostos nos que a notificación ou a publicación dos actos administrativos non produce efectos en materia de validez nin de eficacia, pero si abre prazos de impugnación citando como exemplo as licenzas urbanísticas.

<sup>32</sup> Como destaca a STS do 23-2-93, a celeridade imprescindible no procedemento administrativo en razón ás esixencias do principio de eficacia fai perfectamente viable que as notificacións administrativas se poidan entender con persoa distinta do destinatario.

Para ANGULO CASCÁN, A.J. (“Las notificaciones electrónicas y el derecho tributario español” en *Jurisprudencia Tributaria* n° 21, 2001) o feito de que a notificación chegue efectivamente ao coñecemento do destinatario non é relevante para que aquela sexa eficaz xa que a Administración non pode paralizar indefinidamente a actividade administrativa ata que teña a certeza do coñecemento efectivo do acto notificado polo interesado, a prol dos principios de eficacia e efectividade e de seguridade xurídica.

Cuestión distinta é a notificación a peritos, testemuñas, ... nos que non concorre a condición de interesados. Así mesmo, segundo o Tribunal Supremo, entre outras, a sentenza do 22-12-81 [Ar. 5452] non é obrigatoria a notificación aos que exercitan a acción popular.

da Audiencia Nacional do 10-10-02 [Ar. 2003/58215] e sentenza da Audiencia Nacional do 11-11-02 [Ar. 2003/25769]). Estas persoas son:

a. O representante do interesado

Ningunha obxección se lle pode facer a esta figura xa que a esencia da representación é, precisamente, a de actuar *in loco et in ius* do representado (representación directa)<sup>33</sup>. Ademais, nalgúns supostos, como por exemplo representantes legais de incapaces, a notificación débese dirixir como norma xeral ao representante e nunca de forma exclusiva ao interesado.

O único problema que se pode presentar é se a Administración notifica directamente ao interesado aínda constándolle a existencia do representante voluntario ou legal. No primeiro caso, consideramos que a notificación é plenamente válida e iso a pesar do disposto no artigo 58.4 da LAP, porque o interesado non pode alegar descoñecemento do acto e se o acto adquire firmeza sería imputable á súa exclusiva pasividade ao non o poñer en coñecemento do seu representante para deducir o oportuno recurso administrativo ou xurisdiccional que proceda, incluso cando o receptor non sexa o propio interesado pero a este se lle entregue o acto notificado.

En cambio, no segundo suposto, segundo o disposto no artigo 72.1 do Real decreto lexislativo 339/1990, polo que se aproba a Lei de seguridade vial, consideramos que non cabe idéntica solución xa que, no suposto da responsabilidade en materia de tráfico polos feitos cometidos por un menor de 18 anos, se lle notificará ao menor e aos seus pais, titores, acolletores e coidadores de feito por esta orde.

Hai que destacar que a LAP sitúa ao mesmo nivel as actuacións do representante e as do propio interesado (o rexeitamento, o lugar da notificación, a convalidación das notificacións defectuosas,...). Por iso, para que a Administración lle poida notificar validamente ao representante, debe constar a acreditación da representación, xa que non se pode consi-

---

<sup>33</sup> Destaca BOCANEGRA SIERRA (*Lecciones...* páx. 140) que a notificación tamén se lle pode dirixir validamente ao representante do interesado aínda cando esta persoa xa non ostente esa condición sempre que esta circunstancia non se lle teña comunicado á Administración. Son salientables o Auto do Tribunal Constitucional 261/2002 do 9 de decembro [RTC 261] e a sentenza do Tribunal Constitucional do 22 de abril de 2002 [RTC 91], segundo a cal non existe indefensión real pese a existir unha infracción de legalidade ordinaria cando a Administración, constándolle o representante, notifica o acto na sede da destinataria. En iguais termos, pronúnciase a STS do 21-6-04 [Ar. 5595] que considera que, en calquera caso, a recepción polo interesado, en debida forma, resulta equiparada á do seu representante no art. 59.1. Destaca a STCo do 4-4-05 [RTC 72] que nos procedementos en materia de estranxeiría o dereito á notificación da resolución correspóndelle ao interesado, non ao seu avogado.

derar a notificación como un acto ou xestión de mero trámite (en contra García de Enterría e Fernández Rodríguez)<sup>34</sup>.

Dentro da categoría de representante tamén hai que incluír o representante tácito, é dicir, o que figure en primeiro termo nas solicitudes acumuladas voluntariamente polos interesados<sup>35</sup>.

A Administración debe examinar o instrumento acreditativo da representación para valorar a extensión e vixencia do apoderamento, destacando a xurisprudencia que, se lle consta á Administración a morte do mandante ou a revogación do poder, non debe notificar ao representante. Caso distinto é o acto devolto polo citado representante cando asinou o xustificante de recepción e non consta a revogación do poder.

Por último, nalgúns sectores do ordenamento xurídico establécese con carácter obrigatorio un representante o que determina a validez da súa notificación. Así, a título de exemplo, podemos citar a Orde do 3 de abril de 1995 onde se implanta o sistema RED no ámbito da inscrición de empresas, afiliación, altas e baixas de traballadores, cotización e recadación, establecendo a figura do titular da autorización.

#### b. Calquera persoa que se encontre no domicilio do interesado

Regúlase no art 59.2 da LAP e non pode ser confundido co representante do interesado.

Nos mesmos termos, pronúnciase o artigo 41.2 do Real decreto 1829/1999 despois de modificarse o proxecto por instancias do ditame do Consello de Estado núm. 2879/99 que o criticaba ao omitirse na súa regulación a esixencia de facer constar a identidade, o que determinaba que non se garantira que a notificación administrativa ou xudicial chegase efectivamente ao seu destinatario. Entendemos que o citado Real decreto 1829/1999 non esixe autorización expresa para a recepción das notificacións a diferenza do Decreto 1653/1964, do 14 de maio, no seu artigo 271.2 ao ser de aplicación os artigos 32 e 33 do Real decreto 1829/1999.

É un suposto que pode vulnerar os dereitos á defensa do interesado xa que, por unha parte, terá que probar que non lle foi entregada por esta persoa (é unha presunción legal *iuris tantum* a diferenza da ficción legal

<sup>34</sup> *Curso...* páx. 589. En igual sentido que o que se defende no texto, pódese citar a STS do 23-9-00 [*La Ley* 2456/2001].

<sup>35</sup> Non teñen a condición de representantes, senón de interesados os herdeiros do causante inicial destinatario sen que se poida considerar aceptación tácita da herdanza a recepción das notificacións.

Outro suposto de representante tácito ao que debe notificar a acta a Inspección de Traballo e Seguridade Social segundo o art. 33 do Real decreto 928/1998, do 14 de maio, é a representación unitaria e, no seu defecto, o primeiro dos traballadores afectados pola orde alfabética de apelidos e nome.

prevista para o representante) e, por outra parte, a LAP suprimiu a esixencia de que se faga constar a razón da permanencia ou o grao de parentesco, o que pode traer como consecuencia que persoas alleas ao citado interesado actúen con carácter voluntario como receptores de notificacións que posteriormente se perden<sup>36</sup>.

Así mesmo, o artigo 32.1 do Real decreto 1829/1999 permite a entrega de envíos postais ordinarios, con presunción de autorización, aos familiares ou a aquelas persoas que manteñan co destinatario unha relación de dependencia ou convivencia (a LAP debía prever unha sanción para o receptor que non lle entrega a carta ao interesado), de tal maneira que as garantías son maiores. Ademais, débese ter en conta que este terceiro non pode ser considerado con carácter xeral, como antes ocorría, nin o porteiro<sup>37</sup> nin os veciños<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Segundo GARRIDO FALLA e FERNÁNDEZ PASTRANA (*Régimen...* páx. 161), esta norma debe ser obxecto dunha interpretación coidadosa, caso por caso, porque non parece correcto que unha persoa que se encontre no domicilio de maneira ocasional e sen unha relación permanente co interesado poida actuar como vehículo idóneo de notificación, amén de que non se pode tomar, en todo caso, como data de notificación a da entrega a estas persoas "sin resultar constancia cierta de que éste la entregue en la fecha que en el recibo consta" (STS do 23-1-81). En definitiva, déixase ao criterio do axente notificador, normalmente un empregado da Sociedade Estatal de Correos e Telégrafos, a oportunidade da entrega a unha persoa consonte as declaracións desta última. A *sensu contrario*, o axente notificador non executa validamente a notificación cando lle entrega ao terceiro constándolle a presenza do destinatario. *Vid infra* nota 38.

<sup>37</sup> Para BOCANIEGRA SIERRA (*Lecciones...* páx. 142) é válida a notificación entregada ao porteiro citando como apoio da súa tese, entre outras, as sentenzas do Tribunal Supremo do 20-2-1988, do 11-4-1997 e do 26-1-2001.

Podemos citar tamén a STS do 30-4-98 [Ar. 3336] que como as citadas anteriormente se basea no artigo 205 do derogado Regulamento dos Servizos de Correos aprobado mediante Decreto 1653/1964. Tamén se considera válida a notificación a un vixilante dunha urbanización (sentenza da Audiencia Nacional do 26-9-02 [Ar. 2003/58167]).

O art. 111.1 da nova Lei xeral tributaria, aprobada mediante a Lei 58/2003 do 17 de decembro, admite expresamente como receptores os empregados da comunidade de veciños ou de propietarios o que supón que do texto da Lei 4/99 e do Real decreto 1829/1999 non se desprenda tal posibilidade. Para a STS do 8-5-80 [*La Ley* 893/1980-1], a recepción polo porteiro nun sábado, fóra das horas de oficina, determina que o prazo para recorrer se inicie o luns seguinte.

<sup>38</sup> É partidario da súa validez BOCANIEGRA SIERRA (*Lecciones...* páx. 142), pola contra, o artigo 32.1 do Real decreto 1829/1999 refírese a persoas presentes no domicilio que sexan familiares do destinatario ou manteñan con el unha relación de dependencia ou convivencia. A xurisprudencia máis recente decántase pola nulidade da notificación cando non se practica no domicilio do interesado (sentenza da Audiencia Nacional do 10-12-2002 [Ar. 58215]).

En cambio, VILLAR PALASÍ e VILLAR EZCURRA (*Principios de derecho administrativo I*, Universidade Complutense, Madrid, 1993, páx. 140) non admiten a notificación ao veciño.

Na nosa opinión e, a propósito das notificacións postais no procedemento administrativo común, a xurisprudencia non admitirá a validez das practicadas a veciños e porteiros ao non estar previstos expresamente nin na LAP nin no Real decreto 1829/1999.

Non deixa de ser paradóxico que as leis procesuais permitan a notificación a ambos os suxeitos con plenos efectos xurídicos e, ademais, con carácter obrigatorio, mentres que a nivel administrativo se precise unha autorización expresa agás a presenza física de ambos os suxeitos no interior do domicilio do notificado.

No mesmo sentido, debe destacarse que a LAP non esixe capacidade de obrar (calquera persoa), o que leva á doutrina a defender dúas teorías: para uns<sup>39</sup> esíxese ser maior de 14 anos de idade por remisión ao disposto no artigo 1246 do Código civil e o artigo 161.3 da Lei de axuízamento civil; para outros requírese a condición de maior de idade<sup>40</sup>.

Por último, o concepto de domicilio refírese ao conxunto de datos xeográficos que permiten identificar o lugar da entrega dos envíos (art. 32.2 do Real decreto 1829/1999), en sentido estrito, é dicir a vivenda ou local tal e como se identifican no Rexistro da Propiedade o que exclúe o porteiro como receptor<sup>41</sup>.

E que acontece coas persoas xurídicas e entes sen personalidade xurídica?

<sup>39</sup> BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...* páx. 143.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, páx. 582.

Decantámonos pola segunda tese –a diferenza da seguida pola STS do 20-1-95 [La Ley 749/1995-1]– segundo a cal o art. 32 do Real decreto 1829/1999, que tamén é de aplicación aos envíos a domicilio (art. 33), se refire a maiores de idade e a xurisprudencia, ante análoga redacción legal por parte da LPA de 1958, acudía ao Decreto de 1964 que expresamente contemplaba aos maiores de 14 anos, sendo inadmisíbel que os envíos da Administración non estean amparados ao mesmo nivel que os dos suxeitos privados se temos en conta a transcendencia da teoría da recepción fronte ao do coñecemento. Parecen manter a mesma posición GONZÁLEZ e GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, páxs. 1652-1653. En cambio o art. 20.3 do Regulamento de execución da Lei de expropiación forzosa de 1957 esixe a maioría de idade. No ámbito tributario, o art. 111.1 da nova Lei xeral tributaria, Lei 58/2003, refírese a calquera persoa sen diferenciación de idade polo que consideramos de aplicación o argumento sinalado anteriormente. En canto á idade máxima sinala a STS do 21-10-99 [La Ley 1571/2000] que “no cabe presumir incapacidad en una persona para recibir una notificación por el mero hecho de que su edad sea avanzada o porque su pulso pueda ser inseguro como revela la firma”. Por último, para a STS do 19-4-85 [Ar. 4740] exclúense os supostos nos que a persoa presente uns claros aspectos de subnormalidade ou un infantilismo manifesto. A nosa interpretación fundábase en que carece de sentido esixir uns requisitos ríxidos para os envíos entre particulares e, en cambio, flexibilizar con merma de garantías, nos envíos administrativos unido ao feito, xa comentado, de que a data a ter en conta é a da entrega ao receptor obviando a norma a entrega, máis ou menos próxima, ao interesado.

En contra, maniféstanse FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J. e DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. na súa obra *Manual de notificaciones administrativas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2ª ed. 2004, páx. 276, para quen abonda calquera persoa que faga constar a súa identidade.

<sup>41</sup> Esta interpretación estrita é oposta á interpretación que se desprendía do derrogado art. 271.2 do Decreto 1653/1964, do 14 de maio. Consideramos que é de aplicación analóxica este precepto ao suposto en que o lugar para efectos de notificacións sexa distinto ao do domicilio. *Vid* apartado VI. 2.

Respecto ás primeiras non é preciso que o suxeito receptor sexa o órgano representativo (se ben o lugar natural de notificacións o constitúa a sede social) admitíndose co representante voluntariamente designado e incluso cun mero traballador por conta allea daquela, caso de existir<sup>42</sup>.

No mesmo sentido, o artigo 44.2 do Real decreto 1829/1999 permítelle a entrega ao representante ou a un empregado daquela esixíndose a identificación do receptor e un selo da empresa<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Nos grupos de sociedades non é correcta a notificación, en exclusiva, á sociedade dominante. Tampouco é válida a notificación ao domicilio persoal dun socio aínda que si á do administrador (así a sentenza da Audiencia Nacional do 18-1-94 segundo a cal “ha de entenderse que la notificación hecha al mandatario, sobre cosa propia del mandante, la Sociedad recurrente, ha de entenderse verificada a ésta y no a la persona individual del administrador”), tendo que acudir a Administración ao domicilio sinalado no Rexistro Mercantil ou rexistro análogo.

Para CARMELO MADRIGAL GARCÍA na obra colectiva (*Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Carperi, Madrid, 1994 páx. 233), no suposto de que unha persoa física conorra a calidade de interesado por si e ademais sexa o representante dunha persoa xurídica, e o procedemento se teña iniciado de oficio, é preciso que se practique unha dobre notificación.

Pola contra, segundo as STS do 8-3-97 [Ar. 5888], do 10-12-91 [Ar. 9755] e do 19-12-2002 [RJ 57/2003] a notificación practicada na sede dunha entidade coincidente practicamente na denominación e na persoa do seu administrador, que é á que se lle remitía a mensaxe, é válida. Tamén é correcta a notificación á entidade absorbida nos supostos de absorción de sociedades (STS do 17-11-95 [Ar. 8518]).

Hai que significar que o art. 9 da Lei orgánica de asociacións 1/2002, do 22 de marzo, permite optar nos estatutos, entre o lugar da sede do seu órgano de representación ou aquel onde desenvolva principalmente as súas actividades.

Tamén é válida, segundo a STS do 25-4-00 [Ar. 3785] a notificación practicada no rexistro dunha persoa xurídica privada cando “si está justificada la entrega al encargado del Registro y si está identificado este Servicio aunque no lo esté el empleado que lo desempeñe”. Para a STCo do 9-12-2002 [Ar. 2003/16706] o esquecemento, a negligencia ou a omisión, en que o empregado poida incorrer ao non facilitarles aos seus superiores a notificación recibida suscita un problema interno á organización empresarial, que non pode servir para deter ou paralizar o procedemento administrativo. Incluso é suficiente a constancia do selo de caucho co anagrama ou logotipo identificador da empresa destinataria agás que se demostre o seu uso abusivo ou inxustificado (STS do 29-4-00 [Ar. 3789] e a sentenza do Xulgado Central do Contencioso-administrativo do 27-2-01 [Ar. 263643]).

<sup>43</sup> A propósito dos organismos públicos o artigo 44.3 do Real decreto 1829/1999 permite optar entre un empregado ou o Rexistro xeral daquel, o que pon fin á polémica doutrinal sobre a validez ou invalidez da entrega ao ente matriz ou a un ente dependente dotado de propia personalidade xurídica e se decanta pola doutrina elaborada pola STS do 14-6-04 [La Ley 1719] segundo a cal “es válida la fecha que consta en el resguardo de envío por correo certificado y no la posterior de entrada en el registro municipal”. Para a STS do 1-2-05 [Ar. 1531], a notificación dirixida á Delegación de Economía e Facenda da Administración Xeral do Estado e recibida na mesma sede compartida pola AE Tributaria non é válida ata a recepción formal por esta axencia estatal tributaria.

En canto aos entes citados en segundo lugar, sería válida a notificación practicada coa persoa que ostente a dirección do grupo ou se comporte como tal, a practicada con calquera dos seus membros e tamén cos traballadores que presten servizos en beneficio desta (exemplo, as herdanzas xacentes)<sup>44</sup>.

Por último, nos supostos de concurso de acredores as notificacións débense entender cos órganos designados xudicialmente (esta regra xa se contiña no artigo 22.c) da derogada Ordenanza postal aprobada polo Decreto 1113/1960, do 19 de maio).

### 2.3. Obxecto

#### a. Actos de trámite

Son unha serie de supostos previstos na LAP e noutros sectores do ordenamento xurídico-administrativo que engloban tanto actos de trámite simple, sempre que requiran unha actuación do particular, (exemplo a citación para a práctica dunha proba), coma actos de trámite cualificado (exemplo o acordo polo que se adoptan medidas cautelares). Como novidade a reforma de 1999 esixe a notificación da recepción da solicitude polo rexistro do órgano competente limitándose aquela a indicar a data de recepción, o prazo de resolución e o sentido do silencio administrativo, o que resalta a transcendencia da notificación xa que, de

---

<sup>44</sup> Neste caso tamén se encontran as comunidades de veciños como sinala BOCA-NEGRA SIERRA (*Lecciones...* páx. 140). Ademais, débese ter en conta que para un sector da doutrina xudicial é suficiente a notificación realizada a un só dos integrantes dunha comunidade de bens *pro indiviso* (STS do 30-4-1997 [Ar. 3474]), agás que os comuneiros solicitasen a práctica de liquidacións separadas axeitadas á súa efectiva participación no negocio traslativo (STS do 27-5-96 [Ar. 4331] e do 19-4-97 [Ar. 3151]), mentres que para outro sector, ao igual que sucede cos obrigados solidarios, é necesario a notificación a todos (STS do 25-2-99 [Ar. 889] e do 11-5-96 [Ar. 4303]). Esta cuestión resólvea o Regulamento de recadación da Seguridade Social aprobado polo Real decreto 1415/2004, do 11 de xuño, no seu artigo 93 ao esixir a notificación a todos os copropietarios. En cambio, non é válida a notificación dirixida ao administrador dun inmovible en réxime de propiedade horizontal tendo que practicar no propietario da vivenda cando sexan actuacións derivadas de responsabilidades persoais (STSX de Catalunya do 14-5-99 [Ar. 3359]).

En relación cos falecidos cómpre destacar que o art. 43.d) do Real decreto 1829/1999 o considera como un caso dun único intento de entrega. En cambio, nos envíos postais non administrativos dirixidos a persoas falecidas serán depositadas na oficina de destino para que o remitente autorice a súa entrega aos herdeiros (ou a aqueles que teñan a administración da herdanza, xustificada a súa condición de tales), ou opte pola súa recuperación.

En calquera caso, a expresión de falecido no xustificante de recepción non é proba plena e obriga a Administración a indagar sobre a súa veracidade xa que como observa a STSX de Valencia do 5-12-02 [*La Ley* 13147/2003] non ten forza probatoria *iuris et de iure*, o que consta nun aviso de notificación por un axente notificador.

non se efectuar ou ben se se leva a cabo cun contido irregular, determina a produción de indefensión ao interesado, podendo dar lugar á responsabilidade patrimonial da Administración, xa que entendemos que o prazo do procedemento e a produción do silencio, de ser o caso, non se ven afectados polos citados vicios (a Orde do ministro de Administracións Públicas do 14-4-99 atribúelle ao órgano instructor a determinación do órgano competente para efectuar a mencionada comunicación).

Obviamente, o contido da notificación será distinto no primeiro caso (ao non se poder referir a ningún tipo de recurso) en relación ao segundo e debe advertirse que a omisión da notificación dos actos mencionados pode ocasionar a presenza de defectos formais que, nalgúns casos, poderán ser constitutivos de anulabilidade ao lles causar indefensión aos interesados.

A nivel local o Regulamento de organización e funcionamento de 1986 refírese expresamente á notificación de providencias de trámite (art. 195 e 196).

Outro exemplo de acto de trámite que se ten que notificar é o previsto no art. 76.1 da LAP onde se prevé un prazo de 10 días para a realización de trámites polo interesado<sup>45</sup>. Non se notifican, pola contra, determinados actos de trámite internos como, por exemplo, os informes (exceptúanse algúns tipos de informes como, por exemplo, os informes técnicos no procedemento de declaración de ruína, art. 20.1 Real decreto 2187/1978, do 23 de xullo, de disciplina urbanística).

En conclusión, como destaca Martín Rebollo<sup>46</sup>, hai que notificar todos aqueles actos con incidencia externa á propia organización que afecten a dereitos ou intereses da persoa da que se trate.

#### b. Resolucións

Non ofrece ningunha dúbida a obriga de notificar todos os actos que poñan fin ao procedemento, sexan dos que causen ou non estado na vía administrativa, sexan favorables ou desfavorables, aínda que en relación aos primeiros a Administración soe utilizar o correo ordinario (*vid.* STS do 6-11-98 [Ar. 8933]).

<sup>45</sup> Outros exemplos de notificación de actos de trámite relevantes son o nomeamento de secretario e instructor nos procedementos disciplinarios (art. 31 Real decreto 33/1986 do 10 de xaneiro), e o inicio do procedemento sancionador (o famoso prego de cargos) aínda que, como é coñecido, o cómputo do prazo do procedemento sancionador se inicia ao día seguinte á data en que se ditou o acto de iniciación. No ámbito do procedemento administrativo regulador da concentración parcelaria, ao ser un procedemento especial, a comunicación de aprobación das bases definitivas efectúase a través da publicación, que non ten carácter subsidiario (STC do 16-2-05, Rec. N° 2706/2002, que citas as STS do 20-10-92 [Ar. 7880], do 2-2-96 [Ar. 908] e do 14-11-96 [Ar. 8452]).

<sup>46</sup> *Leyes Administrativas*, Thomson\_Aranzadi, 2004, páx. 422.

Noutra orde de cousas serán notificables normalmente os actos expresos, xa sexan escritos ou verbais, aínda que non se pode descartar a notificación de actos tácitos (por exemplo, a un interesado se lle comunica que se lle pon ao cobro o importe dunha pensión cuxa resolución estimatoria non lle foi notificada con anterioridade) e, incluso, de actos presuntos (por exemplo, cando se produciu o silencio administrativo positivo e o interesado solicita un certificado no que lle sexa notificado<sup>47</sup>).

Nos supostos de actos presuntos o Tribunal Constitucional equipáraos ás notificacións defectuosas con coñecemento do texto íntegro do acto. Pero isto non é correcto xa que ao non existir acto non se coñecen os motivos da denegación (*vid. infra* ap. 7).

#### 2.4. Contido

Segundo preceptúa o artigo 58.2 da LAP toda notificación debe reunir os seguintes requisitos formais:

▮ **Texto íntegro do acto:** exclúese a reprodución parcial do texto aínda sendo limitada á parte dispositiva. Entendemos que se debe reflectir, en consecuencia, o teor literal do acto o cal pode ser no propio documento de notificación ou noutro documento anexo<sup>48</sup>. A notificación que lle engade algunha cousa ao acto que notifica é nula no que exceda. Ademais, a notificación por referencia non é válida xuridicamente entendendo por tal aquel suposto no que dentro do texto do acto que se notifica se inclúen outros actos non notificados.

▮ **Indicación de se é ou non definitivo en vía administrativa:** pese ás múltiples acepcións do termo definitivo, débese entender que a norma esixe a expresión de se o acto pon ou non fin á vía administrativa. Como sinala a sentenza da Audiencia Nacional do 18-4-02 “el carácter definitivo de un acto –como el carácter de acto de trámite– no constituye ninguna circunstancia con influencia decisiva en su recorribilidad, ya que tanto los actos definitivos como los actos de trámite (cuando reúnan los requisitos legalmente establecidos) pueden ser objeto de recurso”. O significativo,

---

<sup>47</sup> Para a STS do 11-2-04 [*La Ley* 11718], as certificacións de actos presuntos con defectos no seu contido asimílanse ás notificacións defectuosas para efectos da súa convalidación polo interesado.

<sup>48</sup> Non obstante, como sinala BOCANEGRA SIERRA (*Lecciones...* páx. 145), permítese un extracto do acto nas notificacións por indicación. Para NÚÑEZ RUÍZ (*La notificación...* páx. 107), trasladando a parte decisoria e a motivación cando sexa preceptiva, se omitise o resto, o normal será que a notificación sexa imperfecta, pero non defectuosa no sentido xurídico da palabra, a menos que a parte omitida de antecedentes sexa causa de indefensión ao interesado. Engade (*op. cit.* páxs. 113-115), que o texto íntegro do acto tamén supón a inclusión do órgano que dita o acto ou resolución, a data de adopción destes e, nos supostos de delegación, débese facer constar esta circunstancia e a norma que a ampara.

desde o punto de vista da recorribilidade dun acto, non é que este sexa definitivo ou de trámite, senón saber se esgotou ou non a vía administrativa para, en consecuencia, saber que, no primeiro caso, o que procede é a vía xurisdiccional e, no segundo, que para poder acceder a esta se ten que esgotar previamente a vía administrativa, articulando o recurso administrativo correspondente. Pero a omisión deste inciso non supón necesariamente a invalidez da notificación, xa que aquela se suple cando se indica de forma correcta o recurso que ten que interpoñer, o que determina, en definitiva, unha rectificación do vicio padecido. A propia LAP participa desta interpretación cando omite toda referencia a este requisito no contido da resolución segundo dispón o artigo 89.3. O que levaría a entender que a expresión de se é ou non definitivo na vía administrativa podería estarse referindo á diferenza entre actos provisionais (que non son susceptibles de recursos e si de meras reclamacións tal e como sinalaba a LPA de 1958) e actos definitivos (como actos que expresan a última vontade da Administración).

■ Tipo de recurso, órgano de presentación e prazos: esíxese a expresión dos recursos ordinarios ou, se é o caso, especiais (non é necesaria a dos extraordinarios nin a revisión de oficio), tanto na vía administrativa coma na xudicial<sup>49</sup>, tanto a contencioso-administrativa (non é necesaria a indicación da modalidade procesual do recurso contencioso-administrativo para a tutela dos dereitos fundamentais e liberdades públicas, STS do 30-6-00 [Ar. 7105]) coma a civil ou a social, inmediatos (xa sexan preceptivos ou potestativos como o actual recurso de reposición regulado na LAP) e de forma expresa e non xenérica nin indeterminada (así a STS do 10-3-92 [Ar. 1562] e a STS do 18-10-91 [La Ley 6448/1992]), debendo indicarse os distintos recursos se dentro do mesmo acto existen vías de impugnación diversas pero non os recursos sucesivos. Incluso, débese indicar a imposibilidade de non deducir recurso ningún. Tamén se debe

---

<sup>49</sup> O artigo 58.2 omite esta referencia, pero non así o artigo 89.3, sendo un olvido imperdoable porque podería levar a Administración a unha interpretación restritiva amparándose na non vulneración da competencia dos órganos xurisdiccionais, que lles causaría indefensión aos interesados. Parece que o lexislador esqueceu que existen actos de trámites impugnables ante os órganos xudiciais. Segundo GONZÁLEZ RIVAS, J.J. (na obra colectiva *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, páx. 318), é na notificación da resolución administrativa e non nesta onde se debe facer a indicación dos recursos procedentes (así a STS do 11-7-97 [Ar. 6140]). Segundo a STS do 22-12-96 [La Ley 3321/1997], é notificación defectuosa aquela na que se procede á cita de varios recursos cando un deles non é utilizable.

En cambio, a non especificación do órgano xurisdiccional competente non se considera pola STS do 2-7-04 [Ar. 4848] como causa necesaria de indefensión consonte a obrigatoriedade, neste ámbito, da asistencia letrada. En igual sentido, a STCo 70/84, a STCo 107/87 e a STCo 131/94].

indicar a vía da reclamación previa<sup>50</sup> e, se son actos de trámite simple, debe advertirse a posibilidade de deducir escrito de oposición sen prexuízo do recurso que proceda contra a resolución final<sup>51</sup>.

En calquera caso, as citadas indicacións teñen carácter vinculante para a Administración pero non para os cidadáns, aínda que non se poden derivar prexuízos se estes as cobren nin tampouco se poden vulnerar as regras procedementais nin procesuais.

A modo de conclusión, pódese sinalar que “es reiterada la doctrina sobre la necesidad de practicar la notificación de las resoluciones administrativas con un claro ofrecimiento de recursos, en el que se exprese, sin duda alguna, cuál es el procedente y sin que el administrado tenga que hacer ningún ejercicio de interpretación, lo que es incompatible con la cita de varios cuando uno de ellos no es utilizable” (STS do 22-12-96 [La Ley 3321/1997]).

En canto á lingua na que debe ser redactado o contido mencionado débese acudir ao artigo 36 da LAP se ben non é aceptable a postura defendida pola STSX de Baleares do 9-5-97 [Ar. 1024] segundo a cal a notificación nunha lingua autonómica interrompe a prescrición sen prexuízo da preferencia por un texto en castelán que se lle notifique con posterioridade<sup>52</sup>.

A todos estes requisitos hai que engadir obviamente o destinatario da notificación onde se poden presentar problemas de entrega se, como é práctica habitual administrativa, se relacionan varios destinatarios ou se

---

<sup>50</sup> Como destaca a STCo do 11-11-02 [RTC 214] non existe no título VIII relativo ás reclamacións previas ao exercicio de accións civís e laborais ningunha previsión específica, nin excluín-te do réxime xeral, respecto aos requisitos de notificación das resolucións ditadas con ocasión das reclamacións previas na vía administrativa.

<sup>51</sup> Estas indicacións parten da regra de que o cidadán é leigo en dereito e que pode actuar por si só, sen necesidade de asistencia letrada ante a Administración, o que supón, ademais, unha excepción ao principio xeral do noso ordenamento de que a ignorancia das leis non excusa do seu cumprimento. Así mesmo, nos casos de actos favorables que coincidan co solicitado polos interesados non procede a indicación de recursos para evitar xerar confusión naqueles, segundo un sector da xurisprudencia, pero consideramos que esta apreciación debe ser matizada xa que existen actos de dobre efecto que poden causar beneficios a un interesado pero prexuízos a outro podendo ser asimilados aos supostos de silencio administrativo positivo que tamén poden causar estes efectos cruzados (no mesmo sentido a STS do 6-11-98 [La Ley 10842]).

<sup>52</sup> Non compartimos a tese da STSX de Navarra do 30-9-04 [Ar. 1033] segundo a cal “la lengua es un derecho del ciudadano, al que se han de acomodar las Administraciones Públicas, sin que sea el lugar de la sede de los órganos de éstas el que determine el régimen jurídico aplicable sino que, se ha de estar, al del destinatario de la actuación administrativa” xa que contradi o art. 36 da LAP. Vid. TARRÉS VIVES *Notificación y publicación...* páxs. 231-232, onde o autor detalla os diversos supostos de actos administrativos notificados polas distintas administracións públicas se ben referidos á redacción inicial da Lei 30/92 concluíndo que é conveniente a redacción bilingüe das notificacións.

indican de forma xenérica (por exemplo, herdeiros de, o administrador da sociedade,...) e se é un prazo en días naturais hai que expresalo na notificación.

Outro requisito que se debe conter na resolución é, en aplicación do disposto no artigo 42.4 da LAP, o prazo para resolver e ditar a notificación e o sentido do silencio administrativo respecto do recurso administrativo que se ofrezca como medio de impugnación. Con este sistema substitúese a comunicación prevista na Orde do 14 de abril de 1999 debendo observarse que, de acordo co seu apartado 3º parágrafo 2, a comunicación se remitirá ao lugar que o interesado indicase na súa solicitude para os efectos de recibir as notificacións e, preferentemente, polo medio sinalado nesta<sup>53</sup>.

### 3. Medios

O artigo 59.1 da LAP non enumera os medios que se deben empregar (a diferenza da Lei de 1958 que se refería ao oficio, carta e telegrama), pero esixe que sexa un medio que permita ter constancia da recepción polo interesado ou o seu representante (aquí a lei utiliza a expresión *representante* en sentido amplo incluíndo, tamén, os receptores autorizados pola lei), así como a data –cando non conste fidedignamente a data da notificación haise que ater ás manifestacións do interesado (STS do 8-5-97 [Ar. 3997] e do 21-5-98 [Ar. 4180])–, a identidade e o contido do acto notificado. Os medios máis habituais son os seguintes:

#### 3.1. Carta certificada con xustificante de recepción

É o medio tradicionalmente empregado pola Administración que presenta como unha das súas vantaxes máis claras a sinxeleza do procedemento e o seu baixo custo económico, pero significa deixar en mans de persoal non funcionario a eficacia da actuación administrativa e do sistema de garantías dos cidadáns.

Presenta moitas dificultades na práctica entre as que podemos destacar as seguintes: mala confección dos xustificantes de recepción, perda dos xustificantes de recepción, entregas indebidas a persoas non interesadas, paralización da eficacia dos actos debido á lentitude no repartimento e perda do acto que se ten que notificar.

<sup>53</sup> Así mesmo, se estamos en presenza das citacións de comparecencia previstas no artigo 40.2 da LAP, o contido mínimo destas consiste no lugar, data e obxecto da comparecencia, así como os efectos de non atendela. Por último, existen procedementos administrativos especiais nos que o contido da notificación é máis amplo (así, o art. 103.2 do Real decreto 1684/1990, do 20 de decembro).

Non obstante, ao noso xuízo, un problema irresolto constitúe a certificación das entregas efectuadas xa que en multitude de casos os rexistros e a documentación que arquiva o servizo de correos non se conservan debidamente, sen ter en conta, ademais, que a súa tarefa certificante non está dotada das garantías previstas polo ordenamento xurídico noutras ocasións (a título de exemplo pénsese que existen corpos específicos de funcionarios que teñen reservadas por lei estas funcións)<sup>54</sup>. Non sería correcto o envío a un apartado de correos.

O sistema que se seguirá é o seguinte: 1.-No envío débese facer constar a palabra *notificación* e debaixo dela en caracteres de menor tamaño o acto ao que se refira (citación, requirimento, resolución...) e a indicación *Expediente núm...* ou calquera outra expresión que identifique o acto que se notifica. 2.- Débese acompañar do documento xustificativo de admisión. 3.- Entrega polo empregado do operador postal prevendo a norma supostos de notificacións con dous intentos de entrega (art. 42 Rd 1829/1999) e supostos de notificacións cun intento de entrega –art. 43 Real decreto 1829/1999–<sup>55</sup>. 4.- Na documentación do empregado do ope-

---

<sup>54</sup> Non existe un certificado administrativo específico, senón que se refire ao mesmo certificado de correos cando contén actos que proveñen da Administración (sentenza da Audiencia Nacional do 31-1-2002 [Ar. 50562]).

Ademais, como sinala a STS do 22-3-90 [Ar. 2110] “el contenido del acuse de recibo hace fe mientras no se pruebe lo contrario, prueba ésta que corresponde al notificado, al que no le basta con alegar que la firma que figura en la tarjeta es ilegible o que la persona que la estampa non pertence al círculo de su interés, sino que debe probarlo por cualquier medio de prueba y, por supuesto, acudiendo al libro de entrega”. Como observa la STS de 10-2-04 [Ar. 1518] “no existe constancia de que la tarjeta de aviso de recibo iba acompañada da resolución pertinente..., cuando la citada tarjeta no contiene referencia alguna en su carátula al objeto ni al carácter da resolución que se notifica y la Administración no aporta dato alguno que directamente justifique tal extremo, a pesar de que en el expediente debe conservarse unha copia da resolución que acompañó a la remisión da tarjeta con algún tipo de autenticación que lo demuestre (STS de 23-9-03 [Ar. 7527])”.

<sup>55</sup> O art. 251.3 do Regulamento de 1964 prevía dous intentos de entrega pero sen determinar en que prazo se debía efectuar o segundo.

A xustificación dos dous intentos de entrega efectúase mediante o xustificante de recepción ou, se é o caso, por certificación do Servizo de Correos (sentenza da Audiencia Nacional do 24-10-02 [Ar. 2003/58236]). O prazo de 3 días que debe mediar entre os dous intentos non ten o carácter de máximo nin é un prazo de caducidade, non sendo un prazo preclusivo, pois non existe norma nin precepto ningún que así o estableza polo que o seu incumprimento, en ningún momento poderá ocasionar a invalidez do segundo intento de notificación e da posterior notificación edictal (resolución do Tribunal Económico Administrativo Central do 19-11-03 [La Ley 1563722]). Advirte MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: (“Modificaciones del régimen jurídico del acto administrativo con la Ley 4/1999” en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 279, abril, 1999, páx. 24) que se deberían ter en conta os supostos temporais de ausencia limitada do domicilio e se debería establecer a obriga do notificador dunha previa indagación razoable respecto á hora do segundo intento, se non o fixo xa constar no seu momento o interesado.

rador postal deberá constar a data, identidade, número do documento nacional de identidade ou do documento que o substitúa e sinatura do interesado ou persoa que se poida facer cargo da notificación<sup>56</sup> e, de ser o caso, aviso de recibo que acompañe a notificación, aviso no que o empregado do operador postal deberá facer constar a súa sinatura e o número de identificación<sup>57</sup>. 5.- Tras o segundo intento infrutuoso o operador postal debe deixar un aviso ordinario na caixa de correo do destinatario e remitirle á oficina de correos correspondente o envío para que permaneza en lista durante o prazo máximo dun mes para a súa recollida polo interesado<sup>58</sup>. Neste punto o Consello de Ministros seguiu a observación formulada polo Consello de Estado no seu informe 2872/1999 do 28-10-99 ao proxecto, o que deixaba ao operador postal, tras dous intentos de notificación errados, a devolución da notificación ou o seu depósito en lista deixando, neste último caso, o aviso de chegada no compartimento domiciliario, ao considerar unha carga excesiva que os particulares te-

<sup>56</sup> A xurisprudencia é moi rigorosa en materia de acreditación do suxeito receptor. Así, a STS do 27-3-87 [Ar. 2098], a STS do 27-10-93 [Ar. 8164], a STS do 9-3-00 [Ar. 1054] e a sentenza Audiencia Nacional do 16-9-02 [Ar. 2003/50789]. En cambio, cando falta a sinatura do axente notificador na copia obrante no expediente administrativo non converte en ineficaz á notificación se figura a sinatura, nome, DNI e a condición da persoa que recibiu a notificación (así, a STS do 30-3-04 [Iustel 227963]).

Actualmente, non se esixe expresar a razón de permanencia no domicilio nin a relación de parentesco o que permitirá, en contra da seguridade xurídica, estimar como notificacións correctas as efectuadas en persoas que non pertencen ao círculo vital do destinatario. (a STS do 27-11-91 [Ar. 9168] invalidou unha notificación na que non se fixo constar a razón de permanencia no lugar). Esta última doutrina, aplicando xa a reforma de 1999, é seguida pola STSX de Murcia do 30-3-04 [Ar. 171061].

<sup>57</sup> Neste sentido para a STS do 23-5-95 [Ar. 3694] a esixencia de acreditación da identidade do receptor, cando non sexa o propio interesado, pódese obter ben na tarxeta de aviso de recibo, ben na libreta de entrega do Servizo de Correos, podendo constar unicamente nesta. Esta doutrina é reiterada, entre outras, pola STS do 22-12-00 [Ar. 2001/2437] que se ampara nunha interpretación espiritualista, destacando a STS do 15-6-93 [La Ley 7608/1993-5] que o carácter fidedigno da notificación por correo certificado o proporciona a data que estende da súa propia man o funcionario notificador e non o cuño, que pode ou non coincidir coa notificación manual.

<sup>58</sup> Existen acordos especiais entre distintos entes públicos e Correos ao amparo do previsto na Resolución do 25-5-99 do conselleiro e director xeral, publicada no *Boletín Oficial de Correos* nº 22 do 2-6-99. Así podemos citar, a título de exemplo, o suscrito o 28-5-99 pola Tesouraría Xeral da Seguridade Social onde se fixan as seguintes regras: a permanencia en lista por un período de 7 días naturais, o aviso de chegada no segundo intento pode ir acompañado dunha nota informativa personalizada preparada polo remitente para o destinatario e detállase co DNI a persoa que refusou a recepción.

Por último, débese considerar como antecedente remoto do sistema de lista o establecido pola derogada Ordenanza postal de 1960 se ben reservábase, a diferenza da actualidade, para os transeúntes ou persoas descoñecidas na localidade e cuxos datos non consten.

ñan que tomar as previsións necesarias para que, en todo momento, garantan a presenza dunha persoa que poida recibir as notificacións<sup>59</sup>.

Ademais, debe significar que algunhas administracións públicas proceden á gravación informática de imaxes (escaneo) sen soporte papel dos xustificantes de recepción, o que se axusta a dereito ao ser aplicable o artigo 45 da LAP e, en consecuencia, as copias de orixinais almacenados por estes medios informáticos, electrónicos e telemáticos gozan da validez e eficacia do documento inicial.

### 3.2. Axente notificador

Constitúe un sistema en claro retroceso aínda que, ao noso entender, é o sistema máis axeitado. As críticas de parcialidade que se lle poden formular poden ser perfectamente contrarrestadas pola colaboración de testemuñas (así o derogado artigo 89.3 do Regulamento de procedemento das reclamacións económico-administrativas de 1991 esixía a presenza de dúas testemuñas maiores de idade, ou unha se fose axente da autoridade cando o destinatario non soubese ou quixese asinar).

Nalgúns sectores do ordenamento xurídico prevese que a notificación se efectúe polo persoal de determinadas unidades sen que pertencen a corpos especiais (art. 109.5 do derogado Real decreto 1637/1995, do 6 de outubro), mentres que existe un réxime especial para as denuncias de tráfico en que normalmente o axente da autoridade é o axente notificador –consta como testemuña o outro axente da autoridade–. Tamén se soen notificar actos das administracións locais a través da policía municipal (*vid.* A STSX de Madrid do 14-6-05 [Ar. 168623]).

Este medio presenta como vantaxe adicional para a Administración coñecer de forma inmediata o éxito ou o fracaso do intento de notificación sen ter que agardar o prazo de lista dun mes para a notificación por correo certificado con xustificante de recepción co que se evita a produción do silencio administrativo, pero como desvantaxe non se prevé expresamente que o axente notificador deixe aviso para que o interesado retire na oficina administrativa o envío de que se trate.

### 3.3. Telegrama

Vale o dito para a carta certificada (o art. 209 do derogado Regulamento de correos de 1964 consideraba os telegramas como cartas certificadas), se ben é un medio máis caro e máis efectivo ca aquela, ao non existir obriga de entregarlle un xustificante ao interesado, senón que se

<sup>59</sup> No ámbito tributario o art. 112.1 da nova Lei xeral tributaria admite máis de 2 intentos.

suple coa sinatura no libro correspondente. Este medio acostuma empregarse para notificar actos de contido sucinto como, por exemplo, as citacións, e mencionábase no Real decreto-lei 1/1986 de medidas urxentes administrativas, financeiras, fiscais e laborais.

Por último, compartimos a tese da STS do 5-12-91 [Ar. 9282] que para darlle validez ao telegrama como medio de notificación admite a notificación parcial dos actos favorables.

### 3.4. Vía notarial

Ningún inconveniente pode reportar o seu emprego agás o seu elevado custo económico polo que será utilizado polas administracións públicas en supostos excepcionais (neste sentido a STS do 28-10-89 [Ar. 7058]). Distinto é o caso en que o notario acredite fidedignamente a identidade e o contido das cartas remitidas por correo certificado (STS do 17-6-91 [La Ley 637/1991-4]).

### 3.5. Medios electrónicos, informáticos e telemáticos

O medio máis seguro é o correo electrónico ao quedar garantida non só a entrega, senón tamén a confidencialidade. Presenta o inconveniente de precisar de equipos informáticos o que se está a solucionar coa promulgación de normas que esixen a utilización destes medios a través de profesionais colexiados (o exemplo pioneiro neste campo é o sistema de transmisión de datos na Seguridade Social). Os requisitos que se deben observar con este medio son os seguintes:

- Débese garantir a identificación e o exercicio da competencia polo órgano que exerce a competencia (autenticación do órgano emisor mediante a sinatura dixital).

- Débese garantir a autenticidade, confidencialidade, integridade, dispoñibilidade e conservación da información transmitida (cifrado de datos).

- Débese garantir un lugar idóneo para a recepción (caixa de correo electrónico).

- Debe quedar constancia da transmisión e recepción, das súas datas e do contido íntegro das comunicacións.

- Débese garantir a dispoñibilidade e acceso nas condicións que en cada caso se establezan.

- Debe existir compatibilidade entre os utilizados polo emisor e o destinatario que permita tecnicamente a comunicación entre ambos os dous.

- Deben existir medidas de seguridade tendentes a evitar a interceptación e alteración das comunicacións, así como os accesos non autorizados.

Actualmente, este medio está previsto no artigo 59.2 da LAP (introducido pola Lei 24/2001, do 27 de decembro) desenvolto polo Real de-

creto 263/96, do 16 de febreiro, modificado polo Real decreto 209/2003, do 21 de febreiro, de cuxo réxime xurídico cómpre destacar o seguinte:

■ O interesado teno que ter sinalado como preferente ou ter consentido expresamente o seu emprego por proposta do correspondente órgano ou organismo público.

■ O interesado debe identificar o enderezo de correo electrónico que debe ser único para todas as posibles notificacións que practicará a Administración Xeral do Estado e os seus organismos públicos (o ficheiro denominado *Enderezo electrónico único* créase e regúlase pola Orde do Ministerio de administracións públicas 2927/2003, do 15 de outubro). Este enderezo ten vixencia indefinida agás solicitude de revogación polo titular, falecemento da persoa física, extinción da personalidade xurídica, resolución administrativa ou xudicial ou o transcurso de 3 anos sen utilizala.

■ Durante a tramitación do procedemento e unicamente cando concurran causas técnicas xustificadas o interesado pode requirir a práctica das notificacións sucesivas polos medios tradicionais<sup>60</sup>.

■ A notificación produce efectos desde o momento en que se produza o acceso ao citado enderezo electrónico se ben cando exista constancia da recepción e transcorran 10 días naturais sen acceder ao seu contido, entenderase rexeitada a notificación agás que, de oficio ou á instancia do destinatario, se comprabe a imposibilidade técnica ou material do acceso<sup>61</sup>.

Respecto aos outros medios o que non goza de aceptación xeralizada na doutrina é o fax, se ben, no ámbito interadministrativo é unha vía rápida para o traslado de comunicacións. Segundo a STSX de Extremadura do 7-11-2003 [Ar. 18348], a utilización do fax como medio de comuni-

---

<sup>60</sup> Para o ditame do Consello de Estado n° 3039/2002, do 21 de novembro, é suficiente a posibilidade de modificar o sistema de notificación por medios telemáticos nos casos nos que concurran circunstancias técnicas xustificadas.

Seguindo a GAMERO CASADO, E. ("La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Out.-Nov., 2002, páxs. 527-528) a Administración pode cursar notificacións por correo electrónico non reguladas polo art. 59.3 da LAP, pero, en tal caso, non se beneficia do réxime especial establecido neste precepto. Ademais, ao non aclarar o texto o que sucede cando existisen problemas técnicos ou materiais que impidan acceder ao servidor, e por consecuencias de seguridade xurídica, será prudente que se a Administración non dispón de aviso de recibo da mensaxe, proceda, en todo caso, á publicación substitutiva do acto mediante edictos e a súa inserción no diario oficial que corresponda.

Por último, débese ter en conta a sinatura electrónica regulada no art. 4 da Lei 59/2003, do 19 de decembro, onde se prevé a data electrónica que permite constatar o momento no que se efectuou unha actuación sobre os datos electrónicos pertencentes a un procedemento administrativo.

<sup>61</sup> BAUZÁ MARTORELL, F. J. (en *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002, pág. 192) entende que a imposibilidade técnica ou material debe ser demostrada polo interesado ou ben requirirá estudos técnicos complexos ou ben resultará do todo punto imposible.

cación é idónea para garantir a celeridade imprescindible no procedemento administrativo, en razón das esixencias do principio de eficacia da actuación administrativa, se ben o principio de eficacia non pode implicar mingua das garantías do administrado, o que determina a súa invalidez cando non quede constancia da recepción polo interesado ou o seu representante. Entendemos que esta sentenza non é correcta xa que o fax presenta, entre outros, os seguintes inconvenientes: non demostra o rexentamento da notificación nin a presenza do destinatario, ignórase o suxeito receptor e non fai proba da data de recepción de envío nin da recepción xa que, en multitude de ocasións, as citadas datas, por mero descoido cando non por alteración maliciosa, non coinciden coa realidade.

É distinto o sistema de burofax no cal se garante non só que se enviou unha comunicación determinada a unha persoa e que a recibiu, senón que, tamén, se proba o contido do enviado.

### 3.6. Outros medios

Existe un sistema que se está impondo na práctica administrativa consistente no envío por carta ordinaria do acto orixinal e dun duplicado para a súa devolución debidamente asinado polo interesado. Como facilmente se comprende é un sistema pouco garantista. En cambio, a utilización das cartas ordinarias nos envíos entre administracións públicas pódese estimar correcta porque constará a data de entrada no rexistro do órgano administrativo receptor. O sistema do duplicado ou, incluso, dunha cédula de notificación, como anexos á copia literal do acto de que se trate, régúlase no art. 85 do Real decreto 391/1996, do 1 de marzo. Outros sistemas que citan Fernández Fernández, J.J. e Del Castillo Vázquez, I.C.<sup>62</sup> son os seguintes:

- A notificación verbal: é válida cando sexan actos cuxa natureza resulte incompatible coa forma escrita.

- A notificación introducida por debaixo da porta: é unha notificación defectuosa (STS do 8-6-99 [*La Ley* 10164/1999]).

- A notificación retirada en man: é aquela que non deixa constancia ningunha da data da súa práctica, da identificación do seu receptor.

Por último, o artigo 52.2 da Lei de expropiación forzosa de 1954 regula un sistema especial de notificación no que se esixe a entrega de cédula que, de non constar o domicilio dos interesados, se entregará ao inquilino, colono ou ocupante sen prexuízo da notificación ao Ministerio Fiscal e cunha antelación mínima de 8 días, publicándose en edictos nos taboleiros oficiais e, en resumo, no *BOE* e no *BOP*, nun xornal da localidade e en 2 diarios da capital de provincia.

<sup>62</sup> Na súa obra *Manual de ...* páxs. 454 a 459.

## 4. Irregularidades na práctica da notificación

### 4.1. Inexistencia de notificación

A doutrina non se soe ocupar desta figura e aqueles autores que si o fan só ena encadrar na das notificacións defectuosas. Entendemos que iso non é correcto, se ben a LAP refírese literalmente ás notificacións defectuosas sen contemplar as inexistentes. A xurisprudencia refírese a esta figura fixando as seguintes regras:

■ Destaca a STS do 17-11-2001 [La Ley 3727/2002] que as notificacións son actuacións administrativas que han de constar necesariamente no expediente e só á Administración lle compete acreditarlo, sen que se poida facer cargar aos administrados coa proba do feito negativo de non se ter practicado.

■ Así mesmo, a STS do 25-2-94 [Ar. 1402] especifica un suposto concreto de ausencia formal de notificación. En calquera caso, "cuando no se pueda acreditar la legalidade de una notificación litigiosa hay que acudir a las reglas generales que traza la doctrina sobre la práctica de la prueba que, sobre la base del art. 1214 CC, puede resumirse indicando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor; en este sentido, en un procedimiento de liquidación tributaria, es evidente que corresponde a la Administración actuante soportar la carga de la prueba de la realidad y legalidad de la notificación y, por tanto, es ella la que ha de sufrir las consecuencias desfavorables de su falta" (STS do 9-12-94 [La Ley 5215/1995])<sup>63</sup>.

■ Para a STS do 13-6-83 [Ar. 3504] a notificación defectuosa non é equiparable á ausencia de notificación mentres que a STS do 3-10-94 [La Ley 5076/1995] no caso de actos presuntos de desestimación por silencio se equipara a falta de notificación coa notificación defectuosa. Abonda, neste sentido, a STS do 14-11-88 [La Ley 520/1988-4] onde se destaca que non é emendable polo transcurso dun prazo de 6 meses, sendo a orixe desta interpretación as sentenzas do Tribunal Constitucional 204/87, do 21 de decembro [Ar. 204] e do 21-1-86 [Ar. 6]. O cal non é correcto cando son actos favorables porque non compartimos a tese segundo a que só se poden convalidar as notificacións defectuosas que conteñan o texto íntegro do acto, pois non hai ningunha dúbida que os interesados ao amparo do disposto no artigo 35 da LAP poden coñecer o estado da tramitación do expediente e, en consecuencia, realizar condutas expresas ou tácitas das que se poida deducir o coñecemento do acto.

<sup>63</sup> Para a STS do 30-3-94 [La Ley 6109] "a la falta formal de notificación por parte de la Administración que ha obrado de buena fe, puesto que no se ha probado lo contrario, no puede oponerse una falta de diligencia en la defensa de los derechos".

Así, a STS do 2-5-79 considera que a notificación edictal efectuada por un concello equivale á notificación persoal do acto<sup>64</sup>.

#### 4.2. Notificacións defectuosas

##### a. *Concepto*

Segundo a STS do 29-2-84 [Ar. 1107], son aquelas cuxas imperfeccións secundaron verdadeiramente un prexuízo ao notificado, lle produciron indefensión ou limitaron as posibilidades de exercicio dos seus dereitos. É dicir, o concepto de notificación defectuosa non está ao arbitrio da Administración nin das partes afectadas e a súa existencia esixe acreditar que se realizou sen cumprir algún dos requisitos establecidos legalmente e que ao tempo esa falta lle impida ou dificulte ao afectado o exercicio dos medios de defensa (STS do 23-6-98 [La Ley 7286]). Poden ser de varios tipos<sup>65</sup>:

■ En canto aos requisitos de actividade: serían o emprego dun medio distinto ao solicitado polo interesado, a notificación non intentada en lugar designado polo interesado e a publicación substitutoria sen intentar a notificación persoal.

■ En canto aos requisitos subxectivos: son aqueles nos que se produce omisión ou expresión incorrecta no recurso, incorrecta expresión do órgano e non dar traslado íntegro do acto.

■ En canto aos requisitos subxectivos destacan a non constancia de sinatura do receptor, a sinatura non é a do destinatario ou do seu representante ou é a dunha persoa non identificada, a sinatura ilexible e o selo da empresa indebidamente utilizado e a notificación a un menor de 14 anos ou a unha persoa declarada xudicialmente como incapaz.

É obvio que unha mesma notificación pode adoeecer de máis dun dos defectos indicados.

Por último, débese insistir en que a notificación defectuosa se debe cualificar de inválida en canto presenta un vicio de anulabilidade. A diferenza entre considerar o incumprimento da obriga de notificar en forma regulamentaria como motivo de nulidade absoluta ou de anulabilidade estriba en considerar se o erro ou defecto lle causou indefensión ao inte-

---

<sup>64</sup> Non obstante o anterior, poderíase defender a non convalidación das notificacións inexistentes tras a reforma efectuada pola Lei 4/99 xa que se refire ás notificacións defectuosas que conteñan o texto íntegro do acto (a *sensu contrario* excluiríanse as notificacións inexistentes e as defectuosas que non conteñan o citado texto íntegro), se xa se produciu o silencio positivo non ten relevancia ningunha a convalidación debido ao carácter vinculante para a Administración, e a LAP permite evitar a produción do silencio administrativo cunha notificación incompleta que é precisamente aquela que conteña o texto íntegro do acto.

<sup>65</sup> TARRÉS VIVES, *Notificación y publicación...*, páxs. 228-231.

resado ou, doutra forma, se pode considerar debidamente rectificadado por determinadas condutas que permiten presumir que o interesado ten coñecemento real da notificación (STS do 15-5-92 [Ar. 3975])<sup>66</sup>. Estas condutas débense exteriorizar de forma expresa, manifestando un coñecemento real, efectivo e polo miúdo do acto.

#### b. *Convalidación*

Consiste na rectificación dos vicios de que adoece a notificación<sup>67</sup>. Pode ser efectuada pola propia Administración (cando efectúa unha notificación en forma, se ben, neste caso, poderíamos falar de substitución dunha notificación por outra deixando sen efecto a primeira), ou polo interesado cando deduce o recurso pertinente (obsérvase que se o recurso se formula en vía administrativa a Administración debe darlle trámite aínda cando o interesado cometese un erro de cualificación, polo que non sempre é esixible para a convalidación a formulación do recurso pertinente<sup>68</sup>) ou realiza actuacións das que se pode inferir o coñecemento do contido e do alcance do acto indebidamente notificado (a redacción ini-

---

<sup>66</sup> Segundo a STCo 99/87, do 20 de maio, citada pola STS do 3-1-01, o carácter instrumental da notificación en relación co dereito á defensa implica que non se pode beneficiar da aducida indefensión quen incorreu nunha notoria falta de dilixencia procesual e de colaboración coa Administración de Xustiza no proceso. Ademais, a notificación defectuosa non sempre produce vulneración do artigo 24 da CE, senón soamente cando impide o cumprimento da súa finalidade, tendente a comunicar a resolución en termos que permitan manter as alegacións ou formular os recursos establecidos no ordenamento xurídico fronte a esta resolución (STCo 78/1999, do 29 de abril [RTC 78]). En iguais termos, se ben referida á Administración, pronúnciase a STCo 158/2000, do 12 de xuño [La Ley 10050] para a que “no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales y perjudicando paralelamente al particular afectado por el acto administrativo” e a STS do 19-12-02 [Ar. 57] que se remite aos principios de equidade e de economía procesual fuxindo de criterios xeneralizados tendo que acudir ás circunstancias concurrentes. Tamén a STS do 8-3-97 [Ar. 5888] e a STCo do 22-1-04 [La Ley 1744256].

<sup>67</sup> Para SANTAMARÍA PASTOR, J.A. e PAREJO ALFONSO, L. (*Derecho Administrativo. La jurisprudencia...*, páx. 372) é convalidación a interposición do recurso procedente –tendo que engadir nós á realización de actuacións no sentido do contido do acto– mentres que a rectificación se produce cando os cidadáns así o solicitan.

<sup>68</sup> En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso...* páxs. 589 e 590) só a interposición do recurso procedente produce efectos convalidatorios quedando, en consecuencia, aberto o prazo de impugnación cando se deduciu un recurso improcedente. Para estes autores segue sendo posible a petición dunha nova notificación en forma.

Ademais, segundo a STS do 12-12-97 [Ar. 8955] hai que ter en conta que nos procedementos recadatorios a interposición de recursos na vía de apremio, por causas taxadas legalmente, non supón a convalidación de notificacións defectuosas en vía voluntaria.

cial da LAP conformábase co contido sen esixir o sistema de recursos, pero a Lei 4/99 introduce o termo *alcance*. Por *alcance* débese entender a explicación ao cidadán do sentido do acto, é dicir, se é provisional ou definitivo, se se pode recorrer ou non e se é inmediatamente executivo ou se se pode suspender a súa execución)<sup>69</sup>.

---

Por último, a STS do 2-7-03 [La Ley 10143] indica que “por outro lado no es admisible que la interposición de un recurso no procedente, en especial cuando en las notificaciones de los actos se hubiera advertido que no procedía, interrumpe los plazos procesales, pues en tal supuesto bastaría que de forma profusa se formalizaran recursos cuya inviabilidad fuese patente para paralizar al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, con las consecuencias que ello pudiera tener en cuanto a las pretensiones y los derechos de las partes”.

As notificacións, por moi defectuosas que sexan, producen efectos a partir de que polo interesado se interpoña o recurso correspondente (STS do 24-12-91 [La Ley 4535/1992]) pero segundo engade a STSX de Galicia do 14-12-94 sempre que a citada interposición manifeste o detallado coñecemento do acto ou resolución.

<sup>69</sup> Para NÚÑEZ RUÍZ (*La notificación...*, páxs. 216 a 224), a convalidación só pode ter lugar cando o interesado realice actuacións que impliquen conformidade ou acatamento do acto notificado, pero non cando solicite da Administración que lle sexa notificado o acto do que ten noticia por outro medio ou solicita que lle sexa notificado o acto cos requisitos formais legalmente establecidos. Así, para a STS do 13-1-86 [Ar. 27] a presentación dun escrito de aclaración da notificación non produce efectos convalidatorios. Da mesma forma, un escrito interesando a vista das actuacións do expediente (STS do 22-5-01 [Ar. 3786]).

Na práctica podémosos encontrar con actos de eficacia parcial xa que estarían en vigor respecto ao seu contido substantivo, pero non respecto ao seu contido adxectivo ao quedar abertos, ata que o interesado o estime conveniente, os prazos de impugnación sempre que o interesado realice unha conduta omisiva.

Segundo GONZÁLEZ RIVAS (*Comentarios...*, páx. 332) se queremos ser congruentes coa lóxica, o máis que se pode admitir é que, desde o momento que o interesado realice actuacións que permitan supoñer que coñece o contido do acto, tal actuación non teña máis relevancia que o feito de ter recibido notificación do texto íntegro do acto, é dicir, tal feito non será determinante da eficacia do acto non notificado ou mal notificado, senón unicamente determinante de que empece a correr o prazo para que faga protesta formal para que se emende a deficiencia, e só cando transcorra este prazo se producirá a rectificación. Para MORENO MOLINA, A.M. (“La motivación y la notificación de los actos administrativos” en *Documentación Administrativa*, n° 254-255, maio-dec., 1999, páx. 170), non parece que se poidan desprender repercusións xurídicas de bulto nesta materia, en que sentido é *alcance* distinto a *contido*?, como é posible coñecer o contido do acto e non coñecer o seu alcance?

Non compartimos a postura do citado autor (*op. cit.* páxs. 168-169), segundo a cal as notificacións que non inclúan os requisitos do artigo 58.2 da LAP producen efectos desde o momento en que se practican e non a partir da data en que o interesado realice actuacións que supoñan o coñecemento do contido e alcance da resolución e que calquera outra omisión que non sexa a do texto íntegro do acto é unha simple irregularidade que non lle impide á notificación producir os seus efectos.

Entendemos que a reforma é máis garantista que o texto tradicional porque só permite convalidar as notificacións que conteñan o texto íntegro do acto como mínimo, sen que se exclúan o resto de requisitos. Ademais non ten sentido esta interpretación porque se, por exemplo, omite o recurso pertinente, levaría á firmeza do acto sen coñecelo o interesado.

En moitas ocasións, o coñecemento do acto polo interesado prodúcese cando a Administración procede á súa execución. Por exemplo, é habitual que nos procedementos recadatorios o interesado teña noticia da débeda cando se embargan as súas contas de aforro, vehículos... En cambio, existen supostos nos que a comunicación efectuada pola Administración non produce efectos do mesmo xeito que a propia notificación. Por exemplo, os certificados de débedas pendentes coa Administración non teñen efectos interruptivos da prescrición.

En calquera caso, elimínase a convalidación por transcurso do prazo de 6 meses sen protesta formal do interesado pese á referencia contida na exposición de motivos. Esta supresión solicitouse nas emendas do grupo mixto, do grupo federal IU e do grupo socialista (DOCG nº 109-111) conxuntamente a que, de manterse, se implantaría un sistema pouco garantizador dos cidadáns e se favorecería unha posición de abuso da Administración que aumenta a discrecionalidade. Por iso, consideramos que non existe prazo para proceder á rectificación agás que iso lles ocasione prexuízos aos interesados, sendo de aplicación, neste caso, o prazo xeral de 10 días para practicar as notificacións<sup>70</sup>.

Pese ao silencio legal, hai que entender convalidables non só as notificacións persoais, senón tamén as notificacións por edictos.

Seguindo a Ayala Muñoz, J. M.<sup>71</sup>, podemos enumerar as seguintes liñas xurisprudenciais ao redor das notificacións defectuosas:

- O acto non produce efectos e non empezan a correr os prazos de impugnación;

- O acto produce efectos en canto ao seu contido pero non corren os prazos de impugnación;

- Débese proceder a unha nova notificación.

Non menciona a Lei 4/99 como forma de convalidación o de darse por enterado expresamente o interesado, o que non significa que non exista, posto que entraría dentro do primeiro motivo (realizar actuacións) e, como sinala González Navarro, F.<sup>72</sup>, "se trataría de una forma de renuncia de un derecho que sería válida si no hay un perjuicio para tercero".

---

<sup>70</sup> A referencia ás notificacións que conteñan o texto íntegro do acto como notificacións convalidables tiña sentido coa mencionada convalidación, tiña lugar polo transcurso do prazo de 3 meses. Esta tese deféndea MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, J. L. (*Modificaciones del régimen...*, páx. 21-22) para quen "no se puede negar la subsanación cuando el interesado viene a consentir la notificación defectuosa o incluso la completa falta de ella aceptando la eficacia del acto de que se trate".

<sup>71</sup> AYALA MUÑOZ, J.M.: *De las disposiciones y actos administrativos*, páx. 403. Ademais, na páx. 402, destaca que a xurisprudencia admite, en ocasións, a convalidación en supostos non previstos na lei, citando como exemplo a STS do 20-3-96 [Ar. 2214].

<sup>72</sup> *Derecho Administrativo...*, páx. 979. Vid. a STS do 14-7-05 (Rec. nº 505/2002) na que a solicitude de aprazamento de pagamento suple a falta de notificación formal ao cuantificar debidamente a débeda.

En calquera caso “solamente puede considerarse inválida la notificación cuyas imperfecciones producen perjuicio al interesado, privándole de la posibilidad de ejercitar correctamente sus derechos; de suerte que si éste, pese a dichas imperfecciones, ha llegado a tener conocimiento cabal de los derechos que le conciernen, los defectos que no representan sino una mera irregularidad formal no invalidan el acto de comunicación, ni lo convierten en defectuoso, privándole de eficacia” (STS do 24-1-01 [*La Ley* 3983]). É dicir, vulnérase o art. 24 da Constitución cando a notificación defectuosa lle impide ao interesado o coñecemento do contido do acto ou o dereito a recorrello. En iguais termos, pódese citar a STCo 167/1992, do 26 de outubro, que matiza a vulneración no sentido de que “(...) la falta de conocimiento real tenga su origen y causa determinante en el desinterés, pasividad, negligencia o malicia del interesado o éste haya adquirido dicho conocimiento a pesar del defecto de la comunicación”.

Tamén é de significar que, segundo reiterado criterio xurisprudencial (STS do 12-3-99 [*La Ley* 3332]), “no puede admitirse que la notificación se convalide, aunque el sujeto pasivo se dé por notificado o interponga el recurso o pague la liquidación, cuando precisamente lo que se hace es impugnar la notificación, pues en otro caso nunca se podrían combatir los defectos de una notificación sin convalidarla”<sup>73</sup>.

## 5. Modalidades especiais de notificación

### 5.1. Notificación edictal<sup>74</sup>

É un mecanismo subsidiario (excepciónanse os supostos nos que se trate de interesados no estranxeiro nos que a LAP non contempla a notificación persoal, *vid.* STS do 31-1-2001 [*La Ley* 6734]) e funciona de forma similar á publicación dos actos administrativos xerais<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> No ámbito tributario a Lei xeral tributaria de 1963 admitía os mecanismos de convalidación referidos e previa tamén o pagamento da débeda e o transcurso de 6 meses sen efectuar protesta formal, sempre que, neste último caso, se notificase o texto íntegro do acto. Actualmente a Lei 58/2003 non contén especialidade ningunha nesta materia aplicándose o réxime previsto na LAP.

<sup>74</sup> Seguimos a tese defendida pola STS do 9-12-80 [Ar. 4991] segundo a cal estamos ante unha verdadeira notificación e como tal debe reunir os requisitos de validez e eficacia que se existen para estas. Para o suposto específico do dereito de reversión nas expropiacións forzosas a STS do 1-3-97 [*La Ley* 5990] establece que “las publicaciones llevadas a cabo en el periódico oficial, tablón de anuncios del Ayuntamiento y diario no suplen la obligación de notificar personalmente al interesado que impone el art. 55 LEF”. Así mesmo, para a STS do 18-1-03 [*La Ley* 11219], nos supostos nos que as normas existen de forma conxunta a notificación e a publicación, a omisión desta última, non lle causa indefensión ao interesado que foi notificado.

<sup>75</sup> É axustada ao dereito a publicación do anuncio da declaración de innecesariedade dun inmovible para efectos do exercicio do dereito de reversión contemplado no artigo 20.4 REF (STS do 28-6-05, Rec. N° 441/2002).

Este tipo de notificación foi analizado en repetidas ocasións polo Tribunal Constitucional e polo Tribunal Supremo, a propósito das notificacións xudiciais, sentando os seguintes principios plenamente aplicables ás notificacións administrativas:

■ Non se pode equiparar a nota do Servizo de Correos na que se dicía “ausente en horas de reparto” a ignorancia do paradoiro ou do domicilio, procedendo ao emprazamento por edictos, lesionando o dereito á tutela xudicial efectiva (STCo do 25-3-87 [RTC 36], STCo do 30-4-96 [RTC 73] e STCo do 2-10-2000 [RTC 232]).

■ O emprazamento por edictos tense que entender necesariamente como un último e supletorio remedio ao que só cómpre acudir cando efectivamente o domicilio non fose coñecido sendo en principio compatible co artigo 24.1 CE, sempre e cando se chegue á convicción razoable ou á certeza do feito (non ser localizable o demandado), a cuxo fin a oficina xudicial ten que esgotar as xestións na investigación do paradoiro polos medios razoables ao seu alcance (STCo do 3-3-98 [RTC 5], STCo do 14-2-2000 [RTC 39], STCo. do 13-3-2000 [RTC 65] e STS do 12-4-00 [La Ley 6864]). A notificación por edictos soamente procederá cando se chegue á convicción razoable da inutilidade dos medios normais de citación (STS do 26-1-04 [Ar. 950]) e non é optativa (STS do 20-1-03, Sección 2ª, rec. nº 275/98).

■ Non é suficiente que conste no expediente unha simple manifestación do axente notificador, referíndose a que o suxeito era descoñecido no enderezo sinalado (STCo 37/1984 [RTC 37]).

■ Cando os demandados se encontren suficientemente identificados, o seu dereito á defensa non pode quedar condicionada ao cumprimento da carga de ler a diario os boletíns oficiais, debendo constituír o emprazamento persoal un verdadeiro intento de comunicación e non unha mera formalidade –STCo do 20-10-82 [RTC 63] e STCo do 14-3-84 [RTC 37].

■ Deben ser consideradas como remedio último de comunicación do órgano xudicial coas partes (en cambio existen supostos nos que a norma regula a notificación edictal de forma directa e única como acontece coa declaración de erros das débedas reclamadas pola Facenda Pública e a Seguridade Social).

■ É válida a notificación edictal cando se aprecie unha vontade evasiva do interesado (sentenza da Audiencia Nacional do 18-11-04 [Ar. 312134]).

■ Cando non se poida practicar o emprazamento persoal nun determinado local, por estar este pechado, non se pode acudir á notificación edictal antes de intentar un emprazamento domiciliario. Só se debe facer cando, despregada a suficiente dilixencia por parte da Administración, non se coñeza o paradoiro da persoa física ou xurídica á que afecta o acto ditado (STS do 12-4-00 [Ar. 4567]).

A mecánica é a seguinte:

■ Débese publicar o mesmo contido que se ten que notificar (así, segundo a STS do 7-2-2000 [Ar. 1589] se se omite a indicación dos recursos a notificación edictal non produce efectos para o cómputo dos correspondentes prazos procesuais). No suposto de refundición de actos da mesma natureza a Administración debe publicar a especificación das persoas ou outras circunstancias que individualicen os efectos do acto para cada interesado (art. 55.3 da LAP). A pesar de que o artigo 60 regula a publicación cando así o establezan as normas reguladoras de cada procedemento ou cando o aconsellen razóns de interese público apreciadas polo órgano competente, entendemos que o seu apartado 2º que remite ao punto 2 e ao punto 3 do art. 58 da LAP é de aplicación á publicación edictal.

■ Esíxese a publicación no taboleiro de anuncios do concello ou da oficina diplomática ou consular do último domicilio (en cambio o art. 86.1 do Real decreto 391/96, relativo ao procedemento das reclamacións económico-administrativas, substitúe o taboleiro de anuncios do concello polo da secretaría do Tribunal Económico-Administrativo)<sup>76</sup>.

A LAP non esixe un prazo de exposición dos edictos o que supón unha merma das garantías dos interesados a diferenza do que establecía o Regulamento de Organización Municipal de 1955. Segundo Núñez Ruíz<sup>77</sup>, se o acto que se debe notificar é recorrible, parece máis procedente que a permanencia do anuncio no taboleiro de edictos o sexa polo prazo no que o interesado poida interpoñer o recurso que se ofrezca neste anuncio. O anterior determina que na xurisprudencia existan dúas tendencias: a primeira, defende que o *dies a quo* para efectos de recursos posteriores é a data inicial de publicación, mentres que a segunda, se decanta polo último día de exposición o que debe ser certificado polo secretario do concello correspondente. Consideramos que esta segunda tese é a máis axustada á finalidade das notificacións. Cuestión distinta é a que se produce cando a

<sup>76</sup> A STS do 21-12-87 [La Ley 777/1988-2] establece que "las notificaciones hechas por medio del *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* son de carácter oficial y han de estimarse válidas y eficaces".

ÁLVAREZ LÓPEZ, P. ("La práctica de la notificación después de la entrada en vigor de la Ley 4/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre", en *Boletín Aranzadi Administrativo*, nº 14, 2000) defende a validez da publicación substitutoria ou notificación edictal nun só dos medios aos que se refire o art. 59.4, ao terse suprimido a conxunción copulativa e na actual redacción do precepto despois da súa modificación pola Lei 4/99.

Para VILLAR PALASÍ e VILLAR EZCURRA (*Principios...*, páx. 141), é absurda a obriga de utilizar os taboleiros de edictos ou de anuncios cando se utilizan outros medios máis eficaces como os anuncios na prensa.

<sup>77</sup> *La notificación...*, páx. 188.

Administración inicia os trámites para a notificación e procede á publicación de forma simultánea<sup>78</sup>. Nestes casos hai que distinguir dous supostos:

■ Se a notificación prospera a esta haberá que acudir tanto respecto á data de nacemento de efectos coma ao de inicio do prazo para recorrer.

■ Se a notificación non prospera haberá que entender correcta a publicación pese a que se realizou de forma prematura, xa que ordenar a repetición da publicación sería contrario ao principio de economía procesual e non repercutiría favorablemente nas posibilidades de defensa do interesado.

Solución distinta habería que adoptar nos supostos de publicación adicional como destaca Núñez Ruíz<sup>79</sup>. En cambio, o art. 86.3 do Real decreto 391/1996, do 1 de marzo, establece un prazo de exposición de 10 días tendo o alcalde que devolver o edicto nun prazo que non exceda de 15 días desde o seu recibo. Polo contrario, se a Administración tivera coñecemento de que a carta certificada se encontra depositada en lista sen ter transcorrido o prazo de estancia en lista podería iniciar os trámites da publicación de forma preventiva, toda vez que se non a recibe en lista o interesado, o prazo de estancia na lista é un prazo morto que impide a entrada en vigor do acto.

Así mesmo, débese publicar no periódico oficial que corresponda en función do ámbito territorial do órgano que ditou o acto o que conduce ao absurdo de que, en ocasións, non coincida co ámbito territorial ao que pertence o último domicilio, de tal forma que o interesado non poderá coñecer a existencia do acto acudindo aos boletíns oficiais da súa comunidade autónoma e provincia<sup>80</sup>.

A esixencia da notificación edictal e da publicación no periódico oficial correspondente séguese mantendo pese a que a LAP suprimiu a conxunción copulativa *e*, de acordo cunha interpretación histórica, lóxica e sistemática, debendo considerarse que a nova redacción o que pretendeu é referir o diario oficial á Administración actuante, pero dando por sentada a necesaria inserción nos taboleiros de anuncios, en todo caso,

---

<sup>78</sup> Entendemos que pode nacer a responsabilidade patrimonial da Administración cando o interesado demostre a causación de danos e perdas como consecuencia da publicación indebida dun acto administrativo. Pénsese, por exemplo, na publicación de actos de gravame como reclamacións de débeda, sancións,... que poden impedir a obtención de préstamos en entidades bancarias ao ser considerado o interesado como debedor.

<sup>79</sup> *La notificación...*, páxs. 72-73.

<sup>80</sup> Un suposto especial constitúe a notificación edictal de actos emanados dunha delegación provincial dunha comunidade autónoma. O criterio máis adecuado é a publicación no boletín oficial da provincia e non no diario oficial da comunidade autónoma. Outro suposto especial constitúe a publicación no periódico oficial, en exclusiva, cando se ignora o último domicilio.

porque non cabe asimilación entre ambos os medios de publicidade (STSX de Estremadura do 18-9-93). Isto significa que a publicación nun só destes medios determina a invalidez da notificación a diferenza do previsto no art. 49.4 da Lei da xurisdición contencioso-administrativa, Lei 29/1998, do 13 de xullo, cando esixe efectuar os emprazamentos unicamente no periódico oficial en que se publicou o anuncio da interposición (en igual sentido, a sentenza da Audiencia Nacional do 30-6-04 [Ar. 235121]).

Por outra parte, débese destacar que de conformidade coa Lei 5/2002, do 4 de abril (para a STS do 7-2-05 [Ar. 9488], do 10-3-01 [Ar. 2003/874] e do 26-11-03 [Ar. 8781]), nas publicacións no *BOP* de anuncios legalmente obrigatorios dentro dun procedemento sancionador se trata de anuncios obrigatorios que non benefician de modo particular á Administración, senón que esta se limita a cumprir as finalidades e garantías a que atende a previsión legal da inserción e non debeña ningún tipo de taxas, os textos publicados no *BOP* (por analogía hai que entender nos demais periódicos oficiais) teñen a consideración de auténticos e oficiais (art. 1) e a publicación débese realizar, agás casos de urxencia, no prazo máximo de 15 días hábiles posteriores á recepción da orde de inserción (art. 7.3), sendo obriga das deputacións provinciais publicar no *BOP* as resolucións e acordos das administracións públicas que deban ser insertados neste, en virtude de disposición legal ou regulamentaria (art. 6.1).

Como se advirte, as esixencias legais poden implicar que non sexan coincidentes a administración que dita o acto e a/s administración/s que deban efectuar a publicación no taboleiro e no periódico oficial, o que pode xerar problemas en canto á tardanza na publicación.

Os casos en que se pode acudir a esta técnica son os seguintes:

■ Cando os interesados nun procedemento sexan descoñecidos: segundo Madrigal García<sup>81</sup> este precepto refírese aos titulares de dereitos que non iniciaron o procedemento e non compareceron non podendo publicarse no taboleiro de edictos do concello ao ignorarse o último domicilio. Hai que entender que se trata de descoñecidos determinados ou determinables a diferenza da indeterminación na publicación.

■ Cando se ignora o medio de notificación: para Martín Rebollo este precepto refírese ao descoñecemento da chave de acceso para o emprego de medios informáticos. Pola contra, existe outra interpretación que considera que se refire aos casos en que se coñeza o domicilio do interesado pero non se poida practicar a notificación mediante unha forma que resulte fidedigna (ditame do Servizo Xurídico do Estado publicado no *Boletín de Información* do Ministerio de Xustiza, Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado, Gabinete de Estudos, Época II, nº 1, agosto, 1996, páxs. 111 e ss. citado por Ayala Muñoz, J. M. "De las disposiciones...", pág. 416).

<sup>81</sup> *Comentario sistemático...*, pág. 243-244.

■ Cando se ignore o lugar de notificación dun interesado coñecido: a Lei de 1958 referíase á ignorancia do domicilio xa que entendía como único lugar para efectos de notificacións o domicilio a diferenza da lei actual, de tal maneira que non se podía acudir á notificación edictal cando era coñecido o domicilio do interesado (STS do 25-2-94 [*La Ley* 5432]). Neste caso atopámonos con que o interesado non designou o lugar de notificacións ou cambiou de domicilio sen expresar o novo domicilio (ditame do Servizo Xurídico do Estado citado no parágrafo anterior).

■ Cando o intento de notificación resultase infrutuoso: neste suposto a LAP recolle a tendencia xurisprudencial dominante (sentenza TSX Castela-León do 29-5-2001 [Ar. 245829]), sobre a repetición do intento de entrega se ben se utiliza o único envío da Administración para efectuar ambos os intentos, esixíndose que teña transcorrido un prazo máximo de tres días e practicarse en hora distinta (a LAP debería esixir que a hora distinta se referise á xornada de mañá e de tarde)<sup>82</sup>.

Entendemos que pese ao teor literal do art. 59.2 da LAP os dous intentos de entrega deben ser obrigatorios calquera que sexa o lugar no que se intenta practicar a notificación posto que, do contrario, se infrinxiría o principio da non exclusividade do domicilio como lugar de notificacións. E vulneraríanse as garantías dos interesados. Neste sentido, a STS do 12-12-97 [Ar. 1998/2264] considera que o deber constitucional de contribuír obriga os contribuíntes e os demais afectados por un procedemento tributario, unha conduta positiva para evitar que a notificación tributaria se malogre ou fracase. Se a notificación non prospera porque o contribuínte non puxo da súa parte a dilixencia debida, aquela pode ser suplida pola publicación de anuncios<sup>83</sup>.

Por outra parte, nos supostos de notificación refusada hai que diferenciar o seguinte:

■ Rexeitamento polo interesado ou polo seu representante: non sería precisa a publicación edictal, aínda que podería ser facultativa, posto que o art. 59 da LAP esixe especificar as circunstancias do intento de notifica-

---

<sup>82</sup> Existen diversas interpretacións xudiciais: 1ª) Por hora distinta enténdese aquela que se diferencia en 30 minutos (STX de Navarra ata 2003). 2ª) Debe mediar unha diferenza de 60 minutos (STS do 28-10-04 [Ar. 6594]. 3ª) Por hora distinta débese entender aquela que se practica en distinta franxa horaria como pode ser mañá, tarde, primeiras horas da mañá ou da tarde (STS do 10-11-04 [Ar. 6889]).

<sup>83</sup> Pese á práctica xeneralización nas administracións públicas consideramos incorrecta a publicación edictal mentres o envío se encontra depositado en lista xa que, en ocasións, se poden vulnerar intereses económicos dos cidadáns. Así, existen empresas dedicadas á rastreadura dos boletíns oficiais para confeccionar bases de datos de persoas debedoras á Administración sendo utilizadas posteriormente por entidades crediticias cando é factible que o interesado recolle o envío en Correos e ata que se anulen os actos administrativos de que se trate. En contra Fernández Fernández e Del Castillo, *Manual...*, páx. 318.

ción e se terá por efectuado o trámite seguíndose o procedemento (a STSX do País Vasco do 7-6-2002 [*La Ley* 7920] pronúnciase neste sentido). En contra Villar Palasí e Villar Ezcurra<sup>84</sup>. A LAP regula o rexeitamento das notificacións a diferenza da Lei de 1958 –en cambio o Decreto do 2-4-54 en materia de Facenda xa o prevía esixindo un segundo intento de notificación–, se ben non contén a esixencia prevista na Lei Azcárate de 1889 respecto á sinatura de dúas testemuñas presenciais. Tampouco esixe a sinatura do interesado, aínda que de acordo coa STSX de Madrid do 24-4-01 [Ar. 264717] debe constar quen rexeitou<sup>85</sup>. Esta constancia do rexeitamento é esixida pola STS do 23-12-96 [Ar. 1997/2378]. En iguais termos exprésase o art. 111.2 da nova Lei xeral tributaria que, de forma expresa, considera que se ten por efectuada a notificación.

■ Rexeitamento por calquera persoa que se encontre no domicilio: procedería á publicación edictal con carácter obrigatorio xa que estas persoas non están obrigadas a recibir a notificación<sup>86</sup>.

Por último, consideramos que constitúe un suposto de *ultra vires* o establecido no artigo 42.5 do Real decreto 1829/1999 ao asimilar ás notificacións refusadas os segundos intentos de notificación infrutuosos porque as persoas que están no domicilio, distintas do interesado e do seu representante, se neguen a rexeitar de forma expresa.

En definitiva, a notificación edictal é unha ficción legal, con plenos efectos xurídicos, máis que unha notificación real, que, en determinados casos, é consecuencia da responsabilidade que asumen os destinatarios por non ter actuado con dilixencia (STS do 12-12-97 [Ar. 1998/2264])

<sup>84</sup> *Principios...*, pág. 140. Manteñen a mesma tese García De Enterría e Fernández Rodríguez (*Curso...*, pág. 590) e Moreno Molina, A. M., “La motivación....”, pág. 175.

A STS do 19-12-2000 [*La Ley* 3333/2001] contempla o rexeitamento do boletín de denuncia e a entrega dun duplicado polo axente denunciante.

<sup>85</sup> O art. 269.2 do Regulamento de Correos de 1964 prevía a sinatura de dúas testemuñas nos casos de rexeitamento a diferenza do art. 43 do Real decreto 1829/1999 que só esixe a sinatura do operador postal o que evidencia unha merma de garantías (*vid.* STSX de Madrid do 24-4-01 [Ar. 264717]). Para a STSX de Madrid do 20-7-04 [Ar. 271598] é válida a notificación na que unha testemuña, debidamente identificada, asine o rexeitamento polo interesado.

<sup>86</sup> STSX do País Vasco do 28-7-98 [Ar. 4541] e STSX do País Vasco do 7-6-02 [*La Ley* 7920]. Cómpre sinalar que non encaixa no art. 59.3 da LAP o rexeitamento da notificación por unha veciña (STSX de Castela e León do 29-5-01 [Ar. 245829]). Como un suposto específico de notificación edictal pódese citar á notificación colectiva nos tributos de carácter periódico por recibo (art. 102.3 Lei 58/2003).

Para Velasco Caballero, “Notificaciones administrativas...”, pág. 48, a notificación edictal non é necesaria despois do rexeitamento polo interesado ou o seu representante nin tampouco despois do rexeitamento polos terceiros receptores. Por outra parte, o Real decreto 1829/1999 non contempla o rexeitamento expreso mediante a súa constancia no xustificante de recepción polas persoas que se poidan facer cargo distintos do interesado ou do seu representante.

de aí que discrepemos da doutrina sentada na STS do 6-3-89 [*La Ley* 2501/1989] segundo a cal “nunca ha sido más que una mera presunción, necesitada de prueba, el valor notificador o en general de conocimiento al público de lo aparecido en el Boletín Oficial”.

### 5.2. Notificación por indicación

Supón a publicación incompleta dun acto para preservar a intimidade dos seus destinatarios pero deixa en mans destes a entrega do texto íntegro daquel. Para Alberto Dorrego de Carlos e Carlos Gutiérrez Vicén<sup>87</sup> esta regra establecida no art. 61 da LAP permite a protección do dereito ao honor, á intimidade persoal e familiar e a propia imaxe, se ben é dubidoso que se poidan incluír os dereitos patrimoniais ou, incluso, meramente comerciais, sendo un antecedente a figura do matrimonio secreto<sup>88</sup>.

Débase ter en conta que os prazos para resolver e notificar non se amplían por utilizar esta notificación sinalando Martín Rebollo<sup>89</sup> que esta publicación abreviada debe producir plenos efectos se, transcorrido o prazo sinalado, o interesado non comparece. Un exemplo deste sistema constitúeo a notificación de embargos de contas correntes.

### 5.3. Notificación por comparecencia

Non é un tipo específico de notificación, senón que consiste na entrega en man na sede da correspondente oficina administrativa do acto de que se trate. É o trámite final nas notificacións por indicación e débese documentar mediante unha dilixencia producindo iguais efectos un xustificante de recepción dos empregados polos servizos de correos (cabe a comparecencia voluntaria e entrégase unha copia literal autorizada polo funcionario competente).

Entendemos que a Administración debe conceder o prazo de 10 días para a comparecencia que é o prazo establecido con carácter xeral para a realización de trámites polo interesado que se disciplina na mal denominada fase de ordenación pola LAP.

Por último, hai que distinguir os supostos nos que unha lei esixa a comparecencia ante a Administración –art. 40 da LAP–, nos que a falta de comparecencia debe ser interpretada como un refutado expreso. Nalgúns casos, cando a notificación se efectúe por medio de anuncios, advertiráselle

---

<sup>87</sup> *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1994, páx. 471.

<sup>88</sup> Pola contra, González Pérez, J., *Comentarios...*, páx. 1109 admite no suposto de que a publicación dos datos contidos na comunicación puxera en coñecemento da competencia elementos dunha explotación ou dunha industria.

<sup>89</sup> *Leyes...*, páx. 425-426.

ao debedor para que compareza, por si ou por medio de representante, e, transcorridos 8 días desde a publicación dos edictos sen presentarse o interesado, teráselle por notificado de todas as sucesivas dilixencias sen prexuízo do dereito do interesado que ten que comparecer (art. 109.6 do derogado Real decreto 1637/1995, do 6 de outubro). Esta última solución estaba prevista no procedemento administrativo de apremio e evita a notificación e posterior publicación de actos sucesivos. Consideramos que debería regularse de forma similar no procedemento administrativo común pois, do contrario, pode traer como consecuencia a imposibilidade de cumprir os prazos para ditar e notificar a resolución, cando no transcurso do procedemento foi imposible a notificación de actos de trámite (por exemplo o trámite de audiencia)<sup>90</sup>.

#### 5.4. A publicación substitutoria e a publicación adicional

Respecto á primeira cómpre dicir que son os supostos de actos xerais nos que é fisicamente imposible a utilización da notificación persoal (nalgúns sectores do ordenamento xurídico as publicacións substitúen ás notificacións de actos singulares, STS do 29-10-1992 [*La Ley* 5260/1993-5] respecto á concentración parcelaria). Ademais, e en contra da finalidade da notificación, inclúense tamén os actos derivados dos procedementos selectivos e de concorrencia competitiva. Así, publícanse as relacións de

---

<sup>90</sup> Como réxime especial pódese citar o previsto no art. 112 da nova Lei xeral tributaria que introduce as seguintes novidades:

- Só se permite cando a notificación persoal sexa infrutuosa por causas non imputables á Administración.

- Esíxense dous intentos de notificación no domicilio fiscal ou no designado polo interesado agás cando a causa de devolución sexa a de descoñecido.

- Os anuncios de comparecencia publícanse unha soa vez por cada interesado no periódico oficial correspondente sen que se publique no taboleiro de anuncios do concello. A publicación efectúase o día 5 e 20 de cada mes ou inmediato hábil seguinte podendo utilizarse medios electrónicos, informáticos ou telemáticos. Na publicación constará a relación de notificacións pendentes con indicación do obrigado tributario ou do seu representante, o procedemento que a motiva, o órgano competente e lugar e prazo de comparecencia.

- A comparecencia debe ter lugar no prazo dos 15 días naturais seguintes a partir do día seguinte á publicación e se non comparece neste prazo a notificación produce efectos a partir do décimo sexto día hábil aínda que deben ser notificadas as liquidacións e os acordos de alleación de bens embargados. Esta regulación debíase estender ao procedemento administrativo ordinario xa que garante un mínimo de seguridade xurídica ao fixarse uns días determinados para a publicación se ben é criticable a omisión do carácter preceptivo da publicación no taboleiro de anuncios do concello, consulado e oficinas tributarias. Non se pode esquecer que con este sistema se publica non o acto administrativo, senón un anuncio onde se fai constar a existencia dunha notificación pendente de practicar por motivos non imputables á Administración sendo salientable que ao interesado se lle terá por notificado das sucesivas actuacións e dilixencias.

aprobados dos procesos selectivos (art. 22 do Real decreto 364/1995 do 10 de marzo), as convocatorias de concursos de traslados e a súa adxudicación (art. 38 e 48 do citado Real decreto)<sup>91</sup>. Como particularidade destes procesos selectivos a norma sinala o lugar de publicación que será a sede das probas e o boletín oficial correspondente sen prexuízo de publicacións adicionais noutros boletíns oficiais (art. 22 e 25 do mencionado Real decreto)<sup>92</sup>.

En canto á segunda, a norma deixa ao criterio da Administración a súa utilización o que pode chegar a ser problemático. O suposto típico constitúe o art. 33 da LAP cando, ante unha pluralidade determinada de interesados, a Administración considere que a notificación ao representante, ao interesado expresamente sinalado ou ao que figure en primeiro termo non é suficiente para garantir a notificación a todos. Tamén se debe considerar como un suposto de publicación adicional o contemplado no art. 11.4 da Lei orgánica 4/2001, do 12 de novembro, reguladora do dereito de petición, o cal déixalle ao criterio da autoridade ou do órgano competente a inserción da contestación, así como a publicación das poxas no procedemento en vía de apremio da Seguridade Social (art. 117 do Real decreto 1415/2004, do 11 de xuño, onde se prevé que o anuncio se inserte no taboleiro de anuncios da Tesouraría Xeral da Seguridade Social e dos concellos e se supera unha determinada contía publicárase en boletíns oficiais) e o procedemento de investigación previsto no art. 47 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas que se refire ao *BOE* e a outros medios de difusión.

En definitiva “las exposiciones públicas de los actos administrativos en periódicos oficiales o privados no enervan la obligación de las notificaciones personales cuando sean necesarias” (STS do 10-10-95 [*La Ley* 704/1996]).

En cambio existen supostos nos que o acto administrativo se publica e se notifica sendo obrigatoria só esta última para determinadas persoas. Así, a convocatoria de concursos de traslados notificada aos funcionarios en situación de excedencia forzosa en expectativa de destino (art. 29.6 da Lei 30/1984, do 2 de agosto) e, no ámbito urbanístico, o acordo de aprobación definitiva dos estatutos e as bases de actuación no sistema de compensación (art. 162.4 do Real decreto 3288/1978, do 25 de agosto, de xestión urbanística).

---

<sup>91</sup> A única xustificación que se nos ocorre é a de evitar as tomas de posesión en períodos prolongados no tempo o que determinaría unha carencia de persoal en determinados postos.

<sup>92</sup> En cambio nos art. 12.3 e 13.2 do Real decreto 365/1995, do 10 de marzo, contéplanse notificacións persoais nos supostos de funcionarios que se encontren nas situacións administrativas de expectativa de destino e excedencia forzosa respectivamente.

## 6. Prazo e lugar

### 6.1. Prazo

A LAP esixe cursar a notificación (a Lei de 1958 falaba de practicar o que é distinto) no prazo dos dez días (hábeis) seguintes á emisión do acto o que se determina en función da data que debe constar no acto e a data de rexistro de saída.

Actualmente xa non se pode manter que a infracción do mencionado prazo é unha mera irregularidade non invalidante xa que o prazo para a produción do silencio administrativo en calquera das súas dúas modalidades se computa desde que a solicitude tivo entrada no rexistro do órgano competente ou desde o acordo de iniciación de oficio ata o intento de notificación xa sexa frutífero ou non. Na práctica esta regra supón acurtar prazos á Administración (o prazo para resolver e notificar non se entende ampliado polo mencionado prazo de 10 días) e permite erradicar a fraude das resolucións antedatadas. Como excepción ao prazo dos 10 días podemos citar o artigo 10.1, 2 e 3 do Real decreto 320/94, do 25 de febreiro, no cal, agás causas concretas e específicas, se esixe a notificación inmediata do acto. Neste sentido, a STS do 19-12-00, en interese de lei [Ar. 2001/2617], aludindo ao citado real decreto, determina que a notificación practicada polo axente denunciante produce efectos cando se entregou o boletín de denuncia pese a que a denunciada rexeitou asinar.

### 6.2. Lugar

Se son expedientes incoados a instancia de parte, na solicitude debe figurar o lugar libremente elixido polo solicitante para a notificación sempre que tal lugar permita a práctica regular da notificación (a ausencia desta mención debe ser requirida para a súa rectificación mediante a publicación edictal), presentando esta elección múltiples problemas, que deben ser resoltos consonte o principio da boa fe, o que significa que os enderezos incorrectamente reflectidos polo interesado, así como aqueles outros que o propio interesado coñeza como imposibles (por exemplo, un piso baleiro), non impedirán a eficacia do acto a través da notificación edictal<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> “El art. 87 del Real Decreto 391/96 establece el orden de prelación de las distintas formas de notificación pero no quiere decir que haya de seguirse una tras otra, hasta llegar a la notificación edictal, sino que el reglamento confiere a los recurrentes la posibilidad de optar por las distintas formas que permite, en el entendimiento de que por razones de economía y eficacia, el reglamento prefiere una sobre otra”, STS do 21-12-01 [La Ley 3153/2002].

Destaca AYALA MUÑOZ, J. M. (*De las disposiciones...*, páx. 408) que a lei non se refire ao suposto dos procedementos non iniciados a solicitude do interesado nin aos pro-

Tamén se pode notificar noutro lugar sempre que reciba o interesado xa que non se pode aplicar a norma da recepción por persoa que se encontre no domicilio agás que o designara expresamente o interesado<sup>94</sup>. Neste último caso, é discutible que a notificación ao centro de traballo de actos de gravame, sen ter sido designado polo interesado, non conculque o dereito á privacidade. En calquera caso, o rexeitamento por persoa distinta ao destinatario ou o seu representante débese considerar como intento de entrega. Desta forma, o principio segundo o cal o domicilio electivo prevalece sobre o domicilio real e o legal debe ser matizado posto que só se aplicará cando se teña intentado a notificación ou ben o receptor non sexa o destinatario<sup>95</sup>.

Cuestión distinta é o cambio de domicilio que a LAP non esixe, de forma expresa comunicar á Administración a diferenza do que dispoñía a Lei xeral tributaria de 1963 no seu artigo 45.2<sup>96</sup>.

---

cedementos iniciados a solicitude do interesado cando o interesado non sinalara un lugar para notificacións na súa solicitude, senón nunha actuación procedemental posterior. Defende (*op. cit.* páx. 409) que sería correcta a notificación feita no lugar designado polo interesado nos demais procedementos e, así, naqueles que se iniciasen de oficio ou á solicitude dun terceiro, ou naqueles iniciados a solicitude do interesado en que a designación se faga polo interesado despois do inicio do procedemento. Para FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ e DEL CASTILLO, *Manual de...*, páx. 257, existe defecto formal cando se notifica en lugar distinto ao sinalado polo interesado aínda que se realice no domicilio persoal do interesado (en contra, a STS do 9-2-98 [Ar. 2196]). A Administración debe acudir aos rexistros dos colexios profesionais para indagar os domicilios (STCo do 23-5-05 [RTC 2005/135]).

<sup>94</sup> En contra, a STSX de Castela-A Mancha do 8-6-04 [La Ley 1707880/2004] que se refire a un suposto de notificación practicada nun inmovible propiedade do actor con persoa perfectamente identificada e situada no seu círculo empresarial e persoal que recibiu outras notificacións dirixidas ao domicilio do interesado. Tamén FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ e DEL CASTILLO, *Manual de...*, páx. 299.

<sup>95</sup> Existen dous supostos paradigmáticos de domicilio legal: o domicilio fiscal (art. 48 Lei 58/03) e o domicilio para efectos recadatorios. En relación ao primeiro, a citada lei considérase como lugar de notificacións non prioritario nos procedementos incoados de oficio e supletorio nos procedementos iniciados a instancia de parte (art. 110). Para o Ditame do Consello de Estado nº 1403/2003, do 22 de maio, debería ser prioritario, en todo caso, o domicilio fiscal. A STS do 10-6-00 [La Ley 9395] establece que o domicilio convencional foi sempre admitido no contexto do Código civil ao amparo do seu art. 1255, e hoxe encontra apoio na liberdade de residencia do art. 19 da Constitución. En relación ao segundo, o art. 16.1 do Real decreto 1415/2004, do 11 de xuño, regúlao como prioritario agás que se sinala expresamente outro distinto.

<sup>96</sup> Por analogía, débese aplicar a doutrina xurisprudencial segundo a cal o cambio de domicilio pode ser comunicado á Administración por calquera medio, é dicir, non necesariamente a través do modelo oficial (STS do 28-5-01 [Ar. 6027] e do 9-10-01 [Ar. 9714] segundo as cales, a declaración de cambio de domicilio para efectos do Padrón municipal ou doutros rexistros administrativos non substitúe á declaración tributaria expresa de cambio de domicilio fiscal).

Ademais se se notifica ao centro de traballo que non foi designado polo interesado (a LAP non regula o domicilio persoal como o único lugar para efectos de notificacións), haberá que aplicar as regras relativas ás persoas xurídicas, é dicir, poden ser entregadas ao propio empresario (se é persoa física), ao representante legal e incluso a un empregado ou dependente daquel. Neste sentido, a Administración non pode alegar ignorancia do lugar de notificación cando o destinatario ostente a condición de persoal ao servizo das administracións públicas, nin estea vinculada a esta, por exemplo concesionario, se ben esta regra se aplicaría, xeralmente, ás relacións de suxeición especial.

En cambio, nos procedementos incoados de oficio, o lugar de notificacións é o domicilio coñecido do interesado, debendo entenderse, que, consonte o principio de colaboración interadministrativa, o órgano autor do acto debe solicitar información doutros órganos ou administracións públicas. Por exemplo, os datos de censos electorais, padrón municipal e, con limitacións, os obrantes na Axencia Estatal da Administración Tributaria e a Seguridade Social.

Polo contrario, Martín Rebollo (*Disposiciones y ...* pág. 184) sinala que o criterio é que a Administración poida optar entre o domicilio ou calquera lugar adecuado a tal fin, excluíndose como tal lugar, os lugares públicos e sendo posible o lugar de traballo. Ademais, en aplicación do disposto nos artigos 11.1 e 21 da Lei orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter persoal e os artigos 16.3 e 17.3 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, na súa nova redacción operada pola

---

Como sinala a STS do 21-5-1988 se se produce o cambio de domicilio deberá comunicarse á Administración, baixo pena de pechar coas consecuencias derivadas da omisión da comunicación (en iguais termos a STS do 28-5-01 [Ar. 6027] que recolle o principio de que o citado domicilio será reputado válido ata a comunicación do cambio e a STSX de Madrid do 12-9-02 [Ar. 2003/95229]). Pero non se trata de cambio de domicilio cando se produce a modificación da numeración municipal do domicilio indicado para efectos de notificacións (STS do 12-12-96 [Ar. 1997/583]).

A nova Lei xeral tributaria habilita a cada administración tributaria para a comprobación e rectificación do domicilio fiscal declarado en relación aos tributos que xestionen pero establece, de forma ilóxica ao noso entender, que tras a comunicación de cambio de domicilio poderán seguir tramitándose ao anterior as actuacións de procedementos iniciados de oficio con anterioridade a esta comunicación (art. 48.3). A pesar de ser a cuestión debatida (cambio de domicilio regulado polo artigo 84/1996, do 26 de xaneiro) e do informe do Ministerio Fiscal relativo a que a Administración cumpre con intentar a notificación no domicilio de que dispón e, frustrado o resultado, recorrer á edictal, a STS no interese da Lei do 25-1-05 [Ar. 1518] non entra na súa análise. Para a STS do 8-3-05 [Ar. 2046] é correcto interpretar que ten a consideración de residencia habitual, como constitutivo do domicilio fiscal, o lugar onde debe prestar servizos un corredor de comercio ao existir unha norma específica funcional que esixe fixar a residencia na praza para a que se efectúa o nomeamento. En iguais termos, pronúnciase a STS do 21-3-05 [Ar. 2731].

Lei 4/96, do 10 de xaneiro, o Instituto Nacional de Estatística está obrigado a ceder os datos dos distintos padróns, entre os que se encontran os datos relativos ao domicilio ou a residencia dos interesados<sup>97</sup>.

En calquera caso, hai que esgotar todas as posibilidades entre as que tamén se encontran os datos das listas telefónicas, os obrantes en colexios profesionais e cámaras de comercio, rexistro da propiedade, rexistro mercantil...<sup>98</sup>

O suposto específico é o constituído por aqueles destinatarios cuxo último domicilio coñecido radique no estranxeiro. Neste caso, o art. 59.4 da LAP esixe única e exclusivamente a publicación no taboleiro de anuncios do consulado ou embaixada, o cal contradí a finalidade última da notificación (STS do 31-1-01 [Ar. 4915] que aplica literalmente o citado precepto sen cuestionarse a súa adecuación coa finalidade institucional da notificación). Pola contra, a STS do 22-10-93 [La Ley 13539] aprecia a validez das citacións por correo certificado, con xustificante de recepción, no estranxeiro.

Outros lugares que presentan problemas son os seguintes:

■ Hoteis (a citada STS do 31-1-01 non os considera aptos como lugar de recepción mentres que si o admite o art. 38 do Real decreto 1829/1999 esixindo autorización expresa do destinatario en beneficio de terceiras persoas), pensións, colexios e outros establecementos análogos.

■ Unidades militares ou entidades análogas (presúmese a autorización).

■ Centros penitenciarios (aplícase a súa normativa específica).

Por outra parte, naqueles procedementos nos que interveñan entidades colaboradoras, por exemplo entidades financeiras en procedementos recadatorios, a Administración ten dereito a coñecer e a entidade financeira o deber de facilitar a información sobre domicilios que figuren nelas.

---

<sup>97</sup> A propósito dos padróns municipais débese significar que están máis axustados á realidade que os certificados de convivencia que son expedidos previa comparecencia e indagación dos axentes da autoridade no domicilio indicado, que os certificados de empadramento, cuxa actualización depende, en gran medida, da colaboración diletante do propio interesado.

O padrón de habitantes e o rexistro para efectos tributarios de domicilios fiscais son rexistros administrativos independentes e non intercomunicados automaticamente (STS do 9-10-01 [Ar. 9714]).

<sup>98</sup> De opinión contraria é a STS do 23-5-95 [Ar. 4617] a que citando á STS do 10-3-86 [Ar. 4085] indica que "la Administración no está obligada a realizar su actividad de notificación en otros domicilios que no sean los determinados por los interesados en el expediente". Destaca a STCo 55/2003 do 24 de marzo [RTC 55] que lle corresponde ao administrador facer constar o cambio de domicilio social séndolle a el imputable a notificación edictal.

## 7. Recapitulación

Tras a análise efectuada podemos concluír que o réxime actual da notificación está constituído por unha serie de regras que responden a principios xurídicos opostos que se foron acumulando ao longo da súa evolución xurídica. Así, a superación da concepción da notificación exclusivamente como requisito de eficacia para transformala, en determinados supostos, en condición de validez dos actos administrativos, supón unha volta na súa interpretación xurisprudencial que debe traer, como consecuencia necesaria, a admisión das notificacións defectuosas, que conteñan como mínimo o texto íntegro do acto, sen necesidade de convalidación. É dicir, a raíz da produción automática do silencio positivo e da caducidade tras o transcurso do prazo para resolver e notificar, é imprescindible entender que o prazo de 10 días para cursar a notificación está incluído dentro do prazo máximo para resolver. Isto implicará que se a mencionada notificación defectuosa se produciu dentro do prazo para resolver e notificar, a xurisdición contencioso-administrativa poderá ordenar a retroacción de actuacións e acordar a repetición da súa práctica pero non se a notificación é extemporánea negándose, en consecuencia, a validez do acto administrativo sen que se poidan considerar como notificacións defectuosas encadrables nesta regra aquelas efectuadas a lugares distintos aos sinalados expresamente polos interesados<sup>99</sup>.

Ademais, preséntase o problema dos actos ditados en prazo pero non notificados ou notificados extemporaneamente. Desde o noso punto de vista, a Administración debe proceder á súa anulación polos trámites da revisión de oficio ou da declaración de lesividade sempre que incorran nalgún vicio pois do contrario se son favorables non os pode ignorar e está obrigada á súa notificación. Se son actos desfavorables e se produciu a caducidade ou o silencio negativo deben considerarse revogados por aquela ou por este, tendo que notificarse unicamente nos supostos de silencio negativo tanto se son confirmatorios coma sen contrarios ao citado silencio. É dicir, o acto naceu á vida xurídica desde que se ditou (art. 45 da LAP), pero produce efectos exclusivamente *intra muros*, nunca cara ao exterior agás que sexan efectos favorables para un único interesado, é dicir, non sexan actos de dobre efecto.

Outra conclusión que se pode extraer do actual réxime xurídico da notificación é a diversidade existente entre as practicadas por medios tradicionais e as practicadas por medios telemáticos observándose, neste último caso, unhas especialidades que priman a favor da entrada en vigor

---

<sup>99</sup> Decantámonos pola tese de ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La obligación de resolver...*, páxs. 124-125, onde desenvolve brillantemente a dobre natureza da notificación, como condición de validez e como condición de eficacia.

anticipada dos actos administrativos, así como na idea da voluntariedade da súa elección polos cidadáns.

Tampouco se pode olvidar que, actualmente, a convalidación de notificacións defectuosas se afasta da concepción tradicional que mesturaba as notificacións practicadas con defectos de contido e as notificacións inexistentes. Así, agora, a convalidación só pode operar cando se practica a notificación e só se padecen erros no seu contido distintos á expresión do texto íntegro do acto posto que non caben as convalidacións polo transcurso do prazo nin por actos concluíntes do interesado cando non se poida deducir que estes coñezan o contido e o alcance do acto. Non obstante, esta é unha cuestión que debería ser regulada de tal forma que non houbera dúbidas sobre a irrelevancia dos escritos dos interesados nos que se solicita a notificación en forma.

Ao noso entender, a LAP debería ser reformada para recoller as innovacións recollidas na nova Lei xeral tributaria de 2003, xa que esta resolve problemas básicos na xestión das notificacións dunha forma sinxela.

En conclusión, consideramos que o meritado réxime xurídico debe ser obxecto dunha serie de reformas que garantan o principio de seguridade xurídica entre as que destacamos as seguintes cuestións:

1.- Establecer de forma expresa a condición de suxeito receptor do porteiro dos inmobles ou urbanizacións.

2.- Fixación do prazo de duración da notificación edictal e prohibición da súa práctica simultánea con envíos postais pendentes.

3.- Designación, con carácter obrigatorio, dun domicilio ou dun lugar para efectos de notificacións en territorio español dos interesados residentes no estranxeiro. No seu defecto, regular a notificación persoal ao estranxeiro de acordo cos tratados internacionais vixentes e as directivas da Unión Europea.

4.- Acreditación do contido dos envíos postais remitidos pola Administración de forma fidedigna.

5.- Eliminación da convalidación tácita.

6.- Obriga de comunicación do cambio de domicilio ou do lugar indicado para efectos de notificacións.

7.- Validez universal do domicilio para efectos de notificacións ou do lugar designado polo interesado para todas as administracións públicas establecéndose un sistema de colaboración informático-interadministrativa.

8.- O segundo intento de notificación debe realizarse nunha franxa horaria diferente (xornada de mañá, de tarde...).

9.- Establecer expresamente a notificación edictal tras o rexeitamento, sexa ou non o interesado o suxeito que refusou. Implantación dun sistema de testemuñas para acreditar todas as actuacións do axente notificador que non forme parte da Administración pública.

10.- Fomento das notificacións telemáticas mediante unha política que favoreza o acceso de amplos sectores de interesados, xa sexa mediante subvencións para a adquisición de equipos informáticos ou a implantación dun profesional como representante obrigatorio de determinados colectivos de interesados.

11.- Supresión da posibilidade de entrega do acto administrativo a calquera persoa distinta do interesado ou do seu representante e a súa substitución por un aviso para que o interesado compareza nas oficinas correspondentes (desta forma daríasele carácter de proba plena á data de entrega do acto de que se trate). Se o axente notificador non pode efectuar a citada entrega debería proceder ao seu depósito na caixa de correo do interesado acreditándose mediante proba testifical.

12.- Establecer a dobre natureza da notificación no texto da LAP sen prexuízo das excepcións legalmente establecidas. 

## Bibliografía

- ÁLVAREZ LÓPEZ, P.: "La práctica de las notificaciones después de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre", en *Boletín Aranzadi Administrativo*, n° 14, 2000.
- ANGULO CASCÁN A. J.: "Las notificaciones electrónicas en el derecho tributario español", en *Jurisprudencia Tributaria*, n° 21, 2001.
- ARZOS SANTISTEBAN, X.: *La obligación de resolver y de notificar y el acto administrativo*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- AYALA MUÑOZ, J. M.: "De las disposiciones y los actos administrativos en la obra colectiva *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*", Aranzadi, 2002.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002.
- BEATO ESPEJO, M.: *Cauces de comunicación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2ª ed. 2004.
- BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1988.
- DORREGO DE CARLOS, A. e GUTIÉRREZ VICÉN, C.: "Disposiciones y actos administrativos" na obra colectiva dirigida por PENDÁS GARCÍA, B.: *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1994.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. J. e DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I. C. *Manual de las notificaciones administrativa*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 2004.
- GAMERO CASADO, E.: "La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, out.-dec. de 2002, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo T. I*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- GARRIDO FALLA, F. e FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 12ª ed., Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. e GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Vol. I*, Thomson-Civitas, 3ª ed., Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona, 1997.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. en colaboración con GONZÁLEZ PÉREZ, J. e GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley 4/99, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/92*, Civitas, Madrid, 1999.
- LÓPEZ MERINO, F.: *La notificación en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1989.
- MADRIGAL GARCÍA, C. na obra colectiva, *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Carperi, Madrid, 1993.
- MARTÍN REBOLLO, L.: "Disposiciones y actos administrativos" na obra colectiva dirigida por LEGUINA VILLA e SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, J. L.: "Modificaciones del régimen jurídico del acto administrativo con la Ley 4/1999", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n° 279 (xaneiro-abril, 1999).

- MORENO MOLINA, A. M.: "La motivación y la notificación de los actos administrativos", en *Documentación Administrativa*, nº 254-255, maio-dicembro, 1999.
- NÚÑEZ RUÍZ, M. J.: *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento administrativo común*, Montecorvo, Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L.: "La nueva regulación del llamado silencio administrativo", en *Documentación Administrativa*, nº 254-255, Madrid, 1999.
- PIÑAR MAÑAS na obra colectiva dirixida por SANTAMARÍA PASTOR, J. A. e PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo. La doctrina del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.
- TARRÉS VIVES, M.: "Notificación y publicación de los actos administrativos" na obra colectiva dirixida por TORNOS MAS, J.: *Administración pública y procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VELASCO CABALLERO, F.: "Notificaciones administrativas: Presunciones y ficciones", en *Justicia Administrativa* nº 16, xullo, 2002.
- VILLAR EZCURRA, J.L.: "El derecho del ciudadano a la notificación de resoluciones administrativas" en *Libro Homenaje a Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- VILLAR PALASÍ, J.L. e VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo vol. 2º*, Servicio de Publicaciones de La Universidad Complutense, Madrid, 1999.



# LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA REGULAR LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO DE SUS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

**Xavier Boltaina Bosch**

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona y de la Escuela de Administración Pública de Cataluña  
Letrado de la Diputación de Barcelona

## 1. Introducción

El estudio de las situaciones administrativas de los funcionarios y de la extinción de la relación de servicio ha sido, tradicionalmente, una cuestión que ha interesado en escasa medida a la doctrina teórica, que se ha centrado, por lo común, en alguna de esas situaciones, como es el caso de las excedencias. Sin embargo, las situaciones administrativas y la referida extinción es uno de los ejes centrales del Estatuto de los funcionarios públicos, por cuanto abarcan el régimen jurídico de éstos desde el nacimiento de su vínculo funcional hasta su extinción, de tal manera que se ha defendido su trascendencia por tratarse de cuestión sujeta –y por tanto, en absoluto neutra– a los condicionamientos políticos y de la orientación programática del Gobierno y el Parlamento en cada momento histórico<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, en AA.VV.: *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, 1998, pág. 429. Muy recomendable, por su amplio y completo estudio, al tratar diversas cuestiones –acceso a la función pública, extinción del vínculo

No puede aportarse legalmente un concepto de situación administrativa, ni en base a la legislación actual ni al derecho histórico. De ahí que cabe afirmar que se trata de uno de los aspectos menos transparentes y conocidos del régimen jurídico funcional<sup>2</sup>. Sin embargo, esta falta de concreción no impide que el operador jurídico pueda tener una clara y precisa percepción de su contenido, por cuanto a lo largo de la vida del funcionario siempre se encontrará en una situación administrativa. En todo caso, una aproximación teórica a su concepto nos permitiría definirla como aquella situación en que se sitúa el funcionario en virtud de la cual, sin perder tal condición porque implica la subsistencia de la relación de servicio con la Administración, le permite prestar servicios de forma plena o, temporalmente, dejar de prestar el mencionado servicio activo<sup>3</sup>.

Es preciso, antes de proseguir, proceder a distinguir entre dos conceptos más que aunque no objeto de pacífica asunción, son mayoritarios por parte de la doctrina administrativa<sup>4</sup>, y que permiten comprender el alcance de las situaciones administrativas. En función de ello, se distingue entre la relación de servicio y la relación orgánica.

La relación de servicio es la que mantiene el funcionario que desempeña un órgano administrativo con su Administración, y está integrada por un conjunto de derechos y obligaciones. El funcionario, por un lado, y la Administración por otro, con intereses y perspectivas distintas e incluso divergentes. La relación orgánica es la que se da entre el funcionario, como persona física, y el órgano administrativo. Para actuar como órgano, pues en él está inmerso, el funcionario debe previamente ser nombrado como titular del mismo y tomar posesión. Así, pues, para que pueda darse la relación orgánica es preciso previamente la existencia de la relación de servicio.

Así, siguiendo la distinción que se ha formulado tradicionalmente, podemos establecer dos grupos de situaciones administrativas. En el primero incluiríamos la situación *normal*, en la que se ubica la inmensa

---

funcional y situaciones administrativas con el derecho al cargo— es la monografía de Íñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, Madrid, 1995.

<sup>2</sup> Rafael MANZANA LAGUARDA: *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Ediciones RGD, Valencia, 1998, pág. 7.

<sup>3</sup> Juan Luis DE LA VALLINA: "Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos", *RAP*, núm.39, 1962, pág. 463.

<sup>4</sup> La distinción tiene su origen en la doctrina italiana y ha sido asumida por gran parte de la doctrina administrativa española, con excepciones. Entre los primeros, puede consultarse a Alberto PALOMAR OLMEDA: *Derecho de la Función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 5ª edición, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 325-327. En sentido contrario, *vid.* José TORREBLANCA VERGARA, que califica la distinción de *artificial y carente de contenido jurídico*.

mayoría de los funcionarios, cuál es la de servicio activo, a la que se añadiría también el supuesto de período de prácticas<sup>5</sup>. Legalmente puede definirse la situación de servicio activo como aquella en la que un funcionario ocupa una plaza dotada presupuestariamente y cubre un puesto de trabajo o se encuentra en situación de disponibilidad, comisión de servicio, licencia o permiso que supongan reserva de tal puesto<sup>6</sup>. En ella se da, para el funcionario, la plenitud de derechos y obligaciones que se derivan de su vínculo jurídico y suponen que tanto la relación orgánica como la de servicio se cohesionan con plena normalidad.

Frente a la situación normal se ubicaría el grupo de situaciones *excepcionales*, que serían todas las demás, esto es, las que por definición son temporales o provisionales, de tal manera que siempre será posible que el funcionario que en ellas esté pueda reincorporarse a la situación de servicio activo<sup>7</sup>. Al ser diversas las posibles situaciones administrativas, diferentes serán también en cada caso los derechos y obligaciones. La relación orgánica quedaría afectada, no así la relación de servicio, que perviviría. La razón de ser de tales relaciones no es otra que la necesidad de adaptar la prestación normal del servicio a las circunstancias personales del funcionario, de tal manera que según sea de mayor prevalencia al interés particular o influya también el interés de la Administración nos encontraremos en una u otra de las diversas situaciones administrativas, por lo que se afirma que si una situación administrativa excepcional es muy similar o parecida a la de servicio activo habrá una preeminencia de los intereses de la Administración, en tanto que cuando el parecido o similitud se va debilitando, prevalecen con mayor intensidad los intereses del funcionario.

Lo expuesto hasta el momento presente acredita la gran importancia que asumen las situaciones administrativas de los funcionarios, que se reafirma con su descripción. Así, junto a la ya mencionada situación de servicio activo, debe señalarse que según la normativa estatal vigente también se dan la situación de servicios especiales, la de servicios en Comunidades Autónomas y en otras Administraciones Públicas, la de expectativa de destino, todo el conglomerado de excedencias (forzosa y voluntarias, y dentro de estas, la de por interés particular, por prestación de servicios en el sector público –también denominada por incompatibilidad–, por

---

<sup>5</sup> José TORREBLANCA VERGARA: *Situaciones de los funcionarios*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1978, pág. 7. En el tratado se incluye también la jubilación como situación administrativa, posición de la que discrepamos, pues la condición de funcionario se extingue con la jubilación, cuanto menos en el derecho vigente de función pública española.

<sup>6</sup> *Vid.*, en el caso del personal funcionario de la Xunta, art. 50 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia.

<sup>7</sup> Rafael MANZANA LAGUARDA: "Situaciones...", *ob. cit.*, pág. 8.

agrupación familiar, la incentivada, más las dos últimas modalidades, que son propiamente voluntarias pero con unas notas singulares: la excedencia para el cuidado de hijos y de familiares, y la nueva excedencia de la mujer víctima de violencia de género, creada por la Ley Orgánica 1/2004, de 18 de diciembre). Finalmente, cabe referirse a la situación de suspensión de funciones, que puede ser firme o provisional. Aunque por lo común no se menciona, creemos imprescindible referirnos a la situación administrativa de segunda actividad a la que tienen derecho los funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y algunos colectivos no policiales (servicios de inteligencia, personal de instituciones penitencias, bomberos, etc.) y la denominada situación de reserva, que se aplica al personal de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

A esta previa ordenación de las situaciones administrativas cabe añadir, metodológicamente, la ubicación de la extinción de la relación de servicio. Así, en tanto que las situaciones administrativas excepcionales –esto es, todas excepto el servicio activo– no extinguen la relación de servicio, es natural que la ley prevea las circunstancias en que esa relación finaliza.

Paradójicamente, tal régimen de extinción –en concreto, las causas– aparecen recogidas en una norma preconstitucional, el art.37 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (LFCE), aunque para el ámbito autonómico y local lo establecen las propias leyes de función pública de cada Comunidad y las leyes de aplicación al ámbito local. La Ley estatal, en concreto, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), en su texto inicial y en las modificaciones posteriores, ha regulado únicamente uno de los supuestos de extinción, esto es la jubilación, en tanto que sí el legislador ha modificado la referida LFCE en el mencionado precepto, tal como tendremos ocasión de plantear en su momento.

En base a este conjunto normativo estatal, son causas de extinción de la relación funcionarial la renuncia, la pérdida de la nacionalidad española o la del país extranjero que habilitó para el ingreso en la función pública, la sanción disciplinaria de separación del servicio, la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, la jubilación –en todas sus variantes: forzosa por edad, forzosa por incapacidad permanente, voluntaria y voluntaria incentivada– y, aunque la norma no lo prevé expresamente, por el fallecimiento del funcionario. En el ámbito gallego, la Ley de función pública de 1988, modificada en 1995, establece el mismo esquema, aunque con algunas variantes y actualizaciones, como la referencia a la renuncia expresa, que no inhabilita para nuevo ingreso en la función pública o la pérdida de la nacionalidad española, si bien teniendo en cuenta, no obstante, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea.

## 2. Sobre el alcance del concepto *Estatuto de los funcionarios públicos* y su desarrollo normativo

El art. 103.3 de la Constitución Española (CE) señala que corresponde a la ley regular el Estatuto de los funcionarios públicos, así como también otros aspectos de la relación con la Administración Pública como son el acceso a la función pública, las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de tales funciones.

Las SSTC 99/1987, 56/1990 y 37/2002 señalaron que los contornos del art. 103.3 de la CE no pueden definirse en abstracto y *a priori*, lo que no impide entender que en tal concepto se incluyen determinados aspectos básicos de la relación funcional: la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa y las situaciones que en ésta puedan darse, los derechos y deberes del personal sujeto al referido estatuto, así como el régimen disciplinario al que pueda verse sometido, la creación e integración de Cuerpos y Escalas funcionariales y el modo de provisión de puestos de trabajo. Con mayor detalle respecto a la cuestión que aquí planteamos, la STC 1/2003 incluye también dentro de este Estatuto de nuevo la pérdida de la condición funcional y las situaciones administrativas (FJ 3º), como en otros momentos se ha incorporado a la noción aspectos también específicos del régimen funcional, como es el caso del régimen disciplinario, calificado como uno de los ejes esenciales de aquél (STC 235/1991, FJ 4º.c).

La competencia de regulación del Estatuto corresponde al Estado, al atribuir el art. 149.1.18 de la CE, como competencia exclusiva, "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios...". La jurisprudencia constitucional ha establecido al respecto tres notas básicas<sup>8</sup>:

a) corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios, tal como prescribe el mencionado artículo 149.1.18, lo que implica que en el precepto se entienden incluidos no sólo los funcionarios estatales sino también los de las Comunidades y los entes locales (entre otras, SSTC 57/1982 y 235/1991). Tal competencia, sin embargo, no se limita a este precepto, sino que del texto constitucional se desprende un refuerzo de la potestad estatal para normar aspectos específicos de la relación funcional: el régimen retributivo (SSTC 63/1986, 90/1990 y 385/1993, entre otras) o el

<sup>8</sup> Un estudio *in extenso* de la cuestión puede consultarse en Joan MAURI MAJÓS: "La distribució de competències en matèria de funció pública", *Autonomies*, núm. 24, febrero de 1999, EAPC, Barcelona, págs. 37 a 62.

régimen económico de la Seguridad Social de los empleados, públicos y privados (art. 149.1.17<sup>a</sup> de la CE).

La razón de ser de que tales bases configuren el Estatuto de los funcionarios públicos es que con ellas se logre regular, de forma uniforme para la totalidad de los empleados sujetos al régimen administrativo en España, todo aquello que sea preciso para satisfacer y garantizar el interés general del Estado, y dotado de estabilidad, ya que con las bases se atiende más a aspectos estructurales que coyunturales (SSTC 1/1982). Con las bases se proporciona, además, al sistema normativo, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad Autónoma podrá desarrollar sus competencias (STC 32/1983, FJ 2<sup>o</sup>) e introducir las peculiaridades que estime convenientes (STC 197/1996).

¿A quien corresponde establecer lo que es y no es básico? El Tribunal Constitucional ha dejado sentado con meridiana claridad que ello pertenece al legislador estatal, que goza de “completa libertad” para fijar las bases sobre una determinada materia (SSTC 32/1983 y 42/1983), sin que la jurisdicción constitucional pueda fiscalizar tal actuación, salvo que traspase el orden y garantías constitucionales, violente los límites que se derivan del denominado bloque de constitucionalidad o vacíe de contenido las competencias autonómicas<sup>9</sup>.

b) Lo anteriormente expuesto no impide la participación de las Comunidades Autónomas en la normación del citado estatuto, en aquello que se refiera a sus propios funcionarios y, en su caso, a los de las Corporaciones locales. Esa competencia alcanza la de desarrollo legislativo y de ejecución, siempre de acuerdo con la normativa básica (STC 37/2002, FJ 8, último párrafo). Ello supone, previamente, dos consideraciones:

b.1) las normas básicas tienen como objetivo establecer un común denominador normativo, en base al cual cada Comunidad Autónoma podrá adoptar su reglamentación específica (SSTC 32/1981, 1/1982, 32/1983, entre otras muchas).

b.2.) las bases no pueden incurrir en una regulación tan detallista y específica que vacíe de contenido, a través de uniformización total, las competencias de desarrollo normativo de las Comunidades, por cuanto también constitucionalmente están protegidos los principios de autonomía organizativa y autonomía financiera de aquéllas, junto al principio de eficacia. Ello no impide, sin embargo, que la regulación tenga un carácter único y estrictamente jurídico sino que, al contrario, podrá ser diferente según qué casos y qué opción política las ejerza, por lo que es perfectamente posible, y constitucionalmente válida, una normativa básica sobre función

---

<sup>9</sup> *Vid.*, en cuanto a este último supuesto, a M. LOPEZ BENÍTEZ: “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes básicas”, *REALA*, núms. 235-236, 1987.

pública más extensa o más escuálida, según así opte el legislador<sup>10</sup>. Igualmente se ha destacado que la intensidad y la extensión que pueden alcanzar las bases no es la misma para todas las materias, afirmándose en la STC 50/1999 (FJ 3º) que el alcance de aquello que es básico es menor cuando afecta a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas y mayor cuando influye más directamente sobre su actividad externa, especialmente “cuando afectan a la esfera de los derechos e intereses de los administrados”.

c) El ejercicio de la competencia debe efectuarse a través de ley, lo que no impide calificar tal reserva como *relativa*, porque se posibilita la participación de la norma reglamentaria, si bien de forma limitada, e incluso la negociación colectiva<sup>11</sup> (STC 1/2003, FJ 3º).

El esquema de este juego de normas puede ubicarse en varias coordenadas:

1ª.- la CE establece una reserva en favor de ley, lo que obliga a que la norma de tal rango que regule aspectos del estatuto funcional debera contener una determinación material suficiente de las cuestiones legislativas, lo que impide que se de un apoderamiento explícito o implícito en favor de la norma reglamentaria, pues siempre la ley debera fijar los fines u objetivos que la regulación inferior perseguirá (STC 99/1987, FJ 3.a y c). Debe tenerse en cuenta, al respecto y con carácter previo, que las SSTC 69/1988 y 80/1988 entre otras muchas, han confirmado el principio en base al cual la legislación básica debe estar contenida en normas de rango de ley, salvo excepciones justificadas. Es factible que en estas excepciones se incluya la posibilidad de declarar básicos preceptos o normas reglamentarias, actos de ejecución (STC 223/2000, FJ 6º) e incluso potestades administrativas –que las SSTC 69/1978 y 197/1996 califican de “dispensa excepcional” al principio básico de que debe ser una norma de rango legal– fundamentalmente para adecuar normas preconstitucionales a situaciones posteriores a la promulgación de la CE (STC 69/1988, FJ 5º), lo que presupone que cada vez se justifica menos tal opción habida cuenta el avanzado estado de construcción de nuestro ordenamiento constitucional (FJ 6º).

<sup>10</sup> Al respecto, *vid.* Miguel SÁNCHEZ MORÓN: “Marco jurídico y competencial del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: “Situación actual...” *ob. cit.*, págs. 73 y 74.

<sup>11</sup> En concreto, la STC 1/2003 establece que la colaboración en la regulación del estatuto funcional está abierta también a fuentes normativas tales como los convenios colectivos, lo que a nuestro juicio debe incluir también –y quizá con mayor propiedad– los Acuerdos y Pactos reguladores de las condiciones de trabajo de los funcionarios, como tendremos ocasión de destacar en el texto principal.

2ª.- las disposiciones reglamentarias podrán mantener una actitud de colaboración con la Ley, complementándola y/o particularizándola –al objeto de garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases, según la STC 48/1988, FJ 3º y 223/2000, FJ 6º–, pero siempre en cuanto a aspectos instrumentales, que generalmente se centran en cuestiones técnicas o con una finalidad optimizadora del cumplimiento de la propia CE o de la ley (STC 83/1984, FJ 4º). Tal participación subsidiaria o subalterna, que se califica por el propio Tribunal Constitucional como “pertinente en muchos casos”, no debe ser en modo alguno contradictoria con el dictado constitucional, siempre que la hipotética remisión al reglamento o norma inferior a la ley tenga una finalidad estricta de desarrollo y complemento de la norma legal<sup>12</sup>, no siendo posible por tanto lo que la jurisprudencia denomina “total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria...” (SSTC 37/2002, FJ 5º. Anteriormente, SSTC 99/1987 FJ 3º.a y 83/1984 FJ 4º).

3ª.- el mismo alcance de colaboración, complementación y especialización podrá asumir la negociación colectiva, según nuestro parecer, pero con más claros límites. Precisamente la STC 1/2003 se refiere al *convenio colectivo* (sic), FJ 3º, como fuente normativa que colabore con la ley en la regulación del estatuto funcional, expresión que debemos entender efectuada en realidad al fruto de la negociación colectiva funcional, esto es, los Acuerdos y Pactos reguladores de las condiciones de trabajo previstos en la Ley 7/1989, reformada por las Leyes 9/1990 y 18/1994<sup>13</sup>. Pero tal matización tiene gran importancia, por razones precisas: en primer término, porque la negociación colectiva laboral tiene un respaldo constitucional, en tanto que la funcional es un derecho de configuración legal, por lo que ésta podría ser suprimida, o reformulada, a la vez que una y otra no pueden entrelazarse. En segundo término, porque el alcance de la negociación funcional dependerá fundamentalmente del ámbito competencial de cada Administración pública, de tal manera que en aquellas entidades públicas que tengan facultades legislativas, el ámbito será mayor, pues lo acordado por la representación pública y las organizaciones sindicales en la Mesa de Negociación podrá ser trasladada a la norma

---

<sup>12</sup> En este sentido, la STC 32/1983 señala que el poder ejecutivo no puede, por vía reglamentaria, definir lo que es básico, pero sí regular materias que tengan el carácter de básicas si previamente han sido definidas como tales por la Ley. Esta es la función “completiva” del reglamento, que no puede delimitar o definir competencias (FJ 3º).

<sup>13</sup> Quizá ese deslizamiento a una expresión claramente *iustlaboralista* se deba a que la ponente de la STC 1/2003, aunque referida al estatuto funcional, fue la por aquel entonces Magistrada y Catedrática de Derecho del Trabajo, María Emilia CASAS BAAMONDE.

legal estatal o autonómica, en tanto que en las Administraciones, sin tal competencia, el marco será sensiblemente menor.

En todo caso, según nuestro parecer, cuando lo que se trate es de aprobar un Acuerdo o Pacto regulador de condiciones de trabajo, éstos no podrán mejorar la ley o el reglamento que norme las situaciones administrativas o las reglas de pérdida de la condición de funcionario, porque tales leyes o reglamentos no operan como derecho necesario mínimo mejorable por negociación colectiva, institución jurídica propia del derecho laboral y no de la función pública. Pero ello no impide que tales Acuerdos y Pactos traten sobre contenidos reservados a la ley, complementándola, dentro de los límites y condiciones en que es válido negociar en la función pública<sup>14</sup>, situándose en la materia objeto de nuestro análisis en lo que ha venido a denominarse “fuentes de naturaleza terciaria”<sup>15</sup>, que complementan la reserva de ley en cuanto a las situaciones administrativas y las causas de pérdida de la condición de funcionario. No obstante lo dicho, debemos destacar que tales posibilidades de la negociación colectiva en el ámbito de las situaciones administrativas no han sido acogidas pacíficamente y un sector de la doctrina niega su opción reguladora<sup>16</sup> y hemos de destacar que una consulta de la negociación colectiva, especialmente la local, acredita que las partes han incurrido con excesiva frecuencia en acuerdos y regulaciones contrarias a Derecho, al reformular o literalmente crear nuevas situaciones administrativas o marcos jurídicos *extra legem*<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Eva NIETO GARRIDO: “Una noción más estricta del concepto formal de bases en materia de función pública. La reserva de la Ley y los convenios colectivos y la cláusula de prevalencia del derecho estatal”, *REDA*, núm. 120, 2003, pág. 652.

<sup>15</sup> Eva NIETO GARRIDO: “Una noción...”, *ob. cit.*, pág. 654.

<sup>16</sup> Entre la doctrina más reciente, Rafael MANZANA LAGUARDA en “Situaciones...”, *ob. cit.*, pág. 20, según el cual su régimen jurídico queda excluido de la disponibilidad de los particulares y no es susceptible de negociación colectiva, a diferencia de lo que sucede en el sector laboral.

<sup>17</sup> *Vid.*, al respecto, nuestro trabajo en BOLTAINA BOSCH, Xavier: *La ordenació del temps de treball en l'Administració Local: AA.VV* (coordinador Joan MAURI MAJÓS): “Quina funció pública volem per als nostres ajuntaments?”, *Estudios*, núm. 15, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, Barcelona, 2003, págs. 263 a 265. Aquí destacamos que, asumido por vía convencional un determinado nivel de condiciones de trabajo en la Administración no superable por nuevos Acuerdos o Pactos, la negociación colectiva tiene una especial tendencia a regular situaciones, licencias y permisos, más allá del marco legal vigente, generalmente con criterios mucho más generosos que los previstos en la normativa: licencias retribuidas con reserva de puesto de trabajo por motivos particulares, modificación del régimen de excedencia voluntaria –por ejemplo, modificando la antigüedad que requiere la ley estatal, instituyendo períodos de duración restrictivos para los funcionarios, o más favorables, creación de nuevas modalidades de excedencia– o acuerdos permitiendo la reserva de puesto de trabajo para situaciones administrativas que no lo prevén, entre otros supuestos.

### 3 Las bases estatales reguladoras de las situaciones administrativas y de la pérdida de la condición de funcionario

Hemos tenido ocasión de señalar que la STC 1/2003 ha establecido con claridad “que, tanto la pérdida de la condición de funcionario, como las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcionarial, son dos aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional Estatuto de los funcionarios públicos” (FJ.3º).

No parece que la cuestión relativa a la pérdida de la condición haya ocasionado un debate enconado, pues es el lógico correlato a la inclusión en el Estatuto de la regulación de las garantías de acceso a los cargos y empleos públicos. La doctrina así se ha manifestado y la jurisprudencia constitucional lo ha validado (STC 99/1987). Sin embargo, más compleja es la inclusión de las situaciones administrativas.

La jurisprudencia constitucional lo ha entendido con claridad, tal como hemos señalado, pero la doctrina teórica ha cuestionado tal incorporación, con mayor o menor firmeza. En este sentido, la doctrina más solvente plantea que tal inclusión parte de una interpretación extensiva del concepto “estatuto funcionarial”, no deduciéndose de la literalidad de la Constitución y sí de la tradición del derecho español, hasta el punto que se ha propuesto que una cuestión como ésta debiera remitirse a la legislación laboral común o, incluso, a la negociación colectiva<sup>18</sup>.

Precisamente, una de las voces más solventes en el ámbito del estudio de la función pública ha aportado una distinción sutil en cuanto a lo que debe ser básico y lo que no en cuanto a las situaciones administrativas<sup>19</sup>. En concreto, se distinguiría entre las situaciones administrativas que implican una modificación de la situación normal de servicio activo, que generalmente suponen la introducción de elementos de flexibilidad en la ordenación del trabajo, y aquellas otras cuyo objetivo básico es mantener la condición de funcionario público del empleado afectado, por interrupción de los servicios que presta. En este planteamiento, no debería considerarse como básica la regulación de aquellas situaciones que solo comportan una variación de la situación del servicio activo, en tanto que sí podrían serlo aquellas en donde se dan circunstancias que, de no tenerse en cuenta, suponen la finalización de la condición de funcionario, lo que implica por tanto atribuir el carácter de básico a la regulación que evita que la Administración pierda definitivamente a funcionarios que por razones diversas dejan de prestar servicios. Este planteamiento llevaría a entender que la atribución del carácter básico a determinadas regulaciones de las situaciones administrativas no instituiría una restricción absoluta para

<sup>18</sup> Miguel SÁNCHEZ MORÓN: “Marco jurídico...”, ob. cit., pág. 68.

<sup>19</sup> Joan MAURI MAJÓS: “La distribución...”, ob. cit., pág. 53.

la Comunidad Autónoma. Ésta debería poder aprobar nuevas posiciones de sus funcionarios, que sean posible ubicar dentro de las situaciones administrativas previstas por la legislación estatal y que no desestructuren su coherencia interna, pero también poder crear nuevas situaciones administrativas, a fin de alcanzar una mejor gestión de los recursos humanos y fortalecer el régimen garantista de la relación de servicio. La opción del Tribunal Constitucional, por el contrario, adopta un concepto de norma básica, en lo referido a las situaciones administrativas, extraordinariamente expansivo, *agotador*, incluso, utilizando la expresión de Jiménez Asensio, permitiendo que el legislador estatal tenga una libertad de configuración absoluta, opción jurídica que se ve agravada por el hecho de que tan solo el TC parece ser el único capaz de controlar el exceso en el uso de lo que es básico, pero sin ningún elemento racional y razonable que permita llevar a cabo esta función de control de tal manera que, en la práctica, este es materialmente imposible<sup>20</sup>. De ahí, pues, nuestra apuesta, siguiendo el planteamiento del prof. Mauri Majós, por un concepto de lo que es básico y no, en cuanto a las situaciones administrativas, que respete en mayor medida la capacidad de las Comunidades Autónomas de regular su función pública.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional, en la línea ya apuntada al inicio, se perfila en una posición diferente, lo que ha obligado a la misma doctrina teórica a alertar sobre la dificultad existente por parte de las Comunidades Autónomas a la hora de normar aspectos de las situaciones administrativas, y añadiríamos también en cuanto a la extinción de la relación funcional, dado el excesivo detallismo en que finalmente ha incurrido la normativa estatal, que ha supuesto que algunos legisladores autonómicos hayan declinado a entrar a regular las situaciones de sus funcionarios ante el escaso o nulo margen de actuación<sup>21</sup>. En conclusión, para el Alto Tribunal, tanto la pérdida de la condición de funcionario como la ordenación de las situaciones administrativas son materias básicas desde el punto de vista material, por cuanto inciden, “de manera frontal”, sobre el eje central del régimen estatutario de los fun-

---

<sup>20</sup> En este sentido, *vid.* JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: “El repartiment de competències entre l’Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de funció pública: línies bàsiques de la jurisprudència constitucional”, *El Clip*, n° 27, Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2004, pág. 20.

<sup>21</sup> En este sentido, *vid.* José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ: “Las situaciones...”, *ob. cit.*, pág. 431. El autor recordaba en su momento que el por aquel entonces Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública intentaba corregir tal defecto, al invitar a las Comunidades Autónomas a legislar sobre las situaciones administrativas, previa configuración por parte del mismo de los supuestos de hecho de las diversas situaciones. Puede consultarse el Anteproyecto remitido por el Gobierno a las Cortes por acuerdo de 25 de junio de 1999 en el *BOCG*, núm. 177-1, de 5 de julio de 1999. El texto decayó tras la convocatoria de las elecciones generales del año 2000.

cionarios públicos, configurándose como “ámbitos verdaderamente nucleares” de ese régimen (STC 1/2003, FJ 8º).

Vamos a referirnos a continuación a tres cuestiones que consideramos esenciales para alcanzar una conclusión acorde con la jurisprudencia imperante en estos momentos en cuanto a la competencia de las Comunidades Autónomas en torno a normación de las situaciones administrativas y de la pérdida de la condición de funcionario: el establecimiento de qué se considera o no básico en el ámbito de la función pública cuando entran en juego normas pre y post constitucionales y cuál es la situación al respecto al tratar sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos y, más concreto en tercer lugar, sobre la extinción de la condición de funcionario y las situaciones administrativas.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que puedan inferirse o deducirse las bases, principios o criterios básicos sobre una materia regulada por normas preconstitucionales, al definir el concepto de norma básica como una noción material, de tal manera que, aunque no estén expresamente descritos tales criterios como básicos, son posible de deducir racionalmente de la legislación, tanto anterior como posterior a la CE (STC 32/1981).

Sin embargo, tal planteamiento debe ser aquilatado por otro igualmente importante, cual es que difícilmente puede deducirse el carácter básico de una norma o de preceptos preconstitucionales cuando el Parlamento español, tras la promulgación de la CE, ha aprobado las bases sobre una determinada materia de una forma tal que pueda considerarse, en terminología del propio Alto Tribunal, “aparentemente completa e innovadora”. Tal inferencia no será posible, en este caso, si bien con dos excepciones: que la nueva legislación declare de forma expresa el carácter básico de las referidas leyes preconstitucionales o bien que sea posible establecer tal nota de básica, de una forma indubitada, por tratarse de normas anteriores a la CE que son un complemento indispensable de las aprobadas con carácter básico con posterioridad, por no haber agotado éstas últimas toda la posible regulación de la materia objeto de litigio.

En cuanto al régimen estatutario de los funcionarios públicos, la jurisprudencia considera que, cuando menos “aparentemente”, el legislador ha regulado tales bases, señalando que pueden encontrarse en la LMRFP de 1984, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas; además, tal regulación ha sido llevada a cabo dentro de un plazo de tiempo razonable desde la promulgación de la Constitución, criterio éste que ha sido acogido por la STC 96/1996 (FJ 23). Por ello, razonándose que de forma completa e innovadora el legislador postconstitucional ha regulado las bases del régimen estatutario de los funcionarios, no puede atribuirse carácter

básico a normas preconstitucionales y, más concretamente, a la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964. Y ello es así porque, salvo que de forma expresa el legislador lo haya hecho, por lo común tales normas y en concreto la LFCE no ha sido declarada básica, ni puede inferirse tal carácter básico por ser un complemento necesario de las normas básicas posteriores a la CE (STC 37/2002, FJ 9º, último párrafo, reiterado en la STC 1/2003, FJ 4º).

Ello nos obliga a situarnos en el tercer aspecto, esto es, establecer cuál es el ámbito competencial en cuanto a la concreta materia de las situaciones administrativas y de la extinción de la relación funcional.

a) en cuanto a la extinción de la relación funcional, se ha postulado desde la Administración del Estado que el art. 37 de la LFCE de 1964 tiene carácter básico, siendo de aplicación a todas las Administraciones Públicas sin que las Comunidades Autónomas puedan establecer nuevas causas. Sin embargo, tal tesis no ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, a pesar de la regulación amplia que al respecto contiene el referido art. 37, por cuanto la LMRFP de 1984 y normas legales posteriores de reforma, han regulado la cuestión de la extinción funcional, en unos casos declarando el carácter básico y en otros no. Ello ha llevado al Alto Tribunal a considerar que el legislador postconstitucional ha regulado de forma aparentemente completa e innovadora las bases reguladoras de la extinción de la relación funcional, sin que se haya declarado expresamente tal carácter del art. 37 de la LFCE ni pueda considerarse tal precepto como un complemento necesario de la LMRFP (STC 1/2003, FJ 4º).

b) las situaciones administrativas han sido históricamente reguladas *in extenso* en la LFCE, manteniendo aún vigencia parcial en algunos preceptos en cuanto a la materia mencionada, si bien la LMRFP ha efectuado una regulación igualmente amplia, que además se ha ido modificando a lo largo del tiempo. Estos cambios legislativos acaecidos a partir del año 1984 han implicado que no todas las situaciones administrativas, y no todo el contenido de cada una de ellas, haya sido regulado con igual intensidad y naturaleza jurídica. En unos casos se ha atribuido carácter básico a determinada regulación, que posteriormente no se ha mantenido, o a la inversa, en tanto que en otras cuestiones, el legislador estatal no ha normado de forma completa y exhaustiva, pero ello no impide también considerar que el legislador estatal ha hecho, a través de la Ley 30/1984 y sus posteriores reformas, "uso de su competencia para fijar las bases en materia de situaciones administrativas..." (STC 1/2003, FJ 5.2).

Tal como ya hemos planteado a lo largo de este trabajo, es evidente que para el Tribunal Constitucional tanto la pérdida de la condición de funcionario como la ordenación de las situaciones administrativas forman parte de los ámbitos verdaderamente nucleares del régimen estatu-

tario de los funcionarios públicos. La doctrina que se sienta en la precitada STC 1/2003, puede concretarse en estos tres aspectos:

a) tanto en una materia como en otra, corresponde al Estado fijar las bases que aseguren un común denominador normativo, que coadyuve a la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3º), lo que no impide que cada Comunidad Autónoma, en tutela de sus intereses propios, puede introducir las modulaciones que crea adecuadas (SSTC 197/1996 y 223/2000). En concreto, la STC 1/2003 (FJ 8º) atribuye sin lugar a dudas al legislador estatal "la determinación de ese común denominador normativo que son las bases en la materia relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos (y, en concreto, en relación con sus dos ámbitos particularmente afectados..., esto es, los relativos a las situaciones administrativas y a la pérdida de la condición funcional)".

b) se insiste en el necesario respeto a los principios formales que rigen el ejercicio de esa competencia, esto es, que salvo supuestos excepcionales, la normativa básica venga incluida en una Ley del Parlamento, "que designe su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad" (STC 80/1988, FJ 5º), con lo cual se logrará quebrar una hipotética incertidumbre jurídica para las Comunidades Autónomas, a las que así no podrán oponerse leyes o reglamentos que independientemente de su rango o estructura se le atribuya el carácter de básico (STC 223/2000, FJ 6ª, entre otras muchas), permitiendo que ellas puedan conocer el marco básico al cual someter su competencia de desarrollo legislativo (STC 37/2002, FJ 9º).

c) el carácter básico atribuido a la extinción de la condición de funcionario y a las situaciones administrativas no debe impedir que la Comunidad Autónoma pueda aprobar en su legislación las peculiaridades para sus funcionarios autonómicos y locales que crea conveniente en función de sus propios intereses comunitarios (entre otras, SSTC 37/2002 FJ 13º y 1/2003, FJ 8º).

#### **4. Los cambios normativos experimentados sobre normas básicas y su afectación a la legislación autonómica: el caso de la extinción de la relación funcional y de las situaciones administrativas**

En la STC 1/2003 se plantea una muy interesante cuestión, nada pacífica como acreditan los votos particulares, y que no es otra que establecer si el cambio legislativo estatal, que en un momento dado no atribuía carácter básico a determinado precepto o determinada solución a un problema jurídico y al amparo de cuya situación la Comunidad Autónoma

ejerció sus facultades legislativas y promulgó una determinada normativa, afecta a la constitucionalidad de ésta cuando, con posterioridad, el Estado ha legislado con carácter básico en un sentido contradictorio a lo instaurado previamente por la Comunidad Autónoma.

La conclusión del pronunciamiento del Tribunal, como tesis mayoritaria, es que a pesar de su hipotética constitucionalidad en el momento de su promulgación por los Parlamentos autonómicos, el cambio posterior por parte del legislador estatal a la hora de atribuir el carácter básico o no a determinados preceptos o normas, afecta al juicio de constitucionalidad que el Alto Tribunal debe llevar a cabo en el momento de dictar su sentencia, de tal manera que "este Tribunal determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias..." (STC 1/2003, FJ 9º), porque según su criterio, fundamentado en anteriores pronunciamientos, la normativa a tener en cuenta para delimitar el ajuste de una norma autonómica a los límites competenciales derivados del carácter básico o no de una disposición estatal, es aquella que está vigente al momento de dictar la sentencia de constitucionalidad (entre otras, SSTC 28/1997 FJ 2º). La consecuencia es la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad de las normas autonómicas, al amparo del art.39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en virtud del cual las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, cuyos efectos generales suceden a partir de la publicación en el BOE (art.38.1), implicando la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados.

Sin embargo, el alcance de los efectos de la inconstitucionalidad no se retrotrae al momento de promulgarse la norma autonómica, sino a la entrada en vigor de la ley estatal, que modifica el carácter básico de los preceptos o normas, tal como ha tenido ocasión de indicar el propio Tribunal Constitucional en su STC 27/1987<sup>22</sup>.

Sin embargo, se plantea una tesis minoritaria, incorporada a un voto particular de la STC 1/2003<sup>23</sup> que discrepa de la posición mayoritaria no en cuanto a la solución del conflicto, sino al alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad.

Para los magistrados discrepantes tal alcance debía ubicarse según la cláusula de prevalencia que incorpora el art.149.3 de la CE, en virtud de

---

<sup>22</sup> En un supuesto parecido al enjuiciado por la STC 1/2003, por cuanto en la STC 27/1987 se declara inconstitucional y nulo un determinado precepto de la Ley valenciana 1/1983 a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

<sup>23</sup> Voto particular formulado por los Magistrados Manuel JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, Javier DELGADO BARRIO y Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

la cual las normas estatales prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencias de aquéllas. Esta cláusula hay que coordinarla con la evolución actual del Estado autonómico, calificado ya de “maduro”, en donde circunstancias como las descritas son habituales, ya no sólo en el ámbito de la función pública sino en muchísimas materias y cuestiones, en las que la legislación básica, lejos de ser estática, alcanza un gran dinamismo, a lo que contribuye sin duda los cambios de mayorías legislativas, que imprimen su criterio político, perfectamente válido en cada momento, pero diferente al anterior o al hipotético futuro.

Por ello, son dos las cuestiones diferentes a las que el operador jurídico puede enfrentarse: la promulgación de una ley autonómica que *ab initio* infringe uno o varios preceptos de la CE, o la de aquel producto legislativo de una Comunidad que no contradice el texto constitucional porque es acorde con la normativa básica, pero que posteriormente, por cambio de ésta, sobreviene contraria a la nueva regulación básica.

La respuesta jurídica al primer supuesto es la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad de la norma autonómica. No así en el segundo supuesto, para el cual se propone una doble solución en el voto particular, que creemos necesario analizar:

a) en un primer momento, corresponde al operador jurídico la búsqueda de una interpretación de la legislación estatal y autonómica, conjugado los preceptos a fin de que la contradicción sea “meramente aparente” y resolviendo a través de una función interpretativa acorde con la CE y con el esquema de competencias que de ella se deriva. Este planteamiento fue –tímidamente– defendido por el voto particular formulado en su momento por el Magistrado Francisco Rubio Llorente en la STC 27/1987, que en un supuesto similar al enjuiciado en la STC 1/2003 –si bien en el ámbito del control de la Comunidad valenciana sobre las Diputaciones Provinciales– apostó a favor de que, ante un conflicto derivado de la inconstitucionalidad sobrevinida de un precepto autonómico por cambio de la legislación estatal, se preservase la validez de la norma autonómica a través de una “declaración interpretativa” de ésta.

b) en un segundo escalón, ante la imposibilidad de resolver el conflicto mediante el anterior criterio, hacer prevalecer la normativa estatal sobre la legislación autonómica, a través de la cláusula de prevalencia del derecho estatal prevista en el art.149.3 de la CE<sup>24</sup>, según la cual en caso de conflicto entre norma estatal y autonómica prevalecerá aquella primera.

---

<sup>24</sup> Según Eva NIETO GARRIDO en “Una noción...”, ob. cit., pág. 657, es la vez primera que la jurisprudencia constitucional se refiere a tal cláusula de prevalencia con la STC 1/2003.

c) la importancia de esta respuesta estriba en que no acontecerá la nulidad de la disposición autonómica, sino su pura y simple inaplicación. Tal respuesta al conflicto es calificada por los magistrados discrepantes como “una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las Autonomías creado por la Constitución”.

Implica la propuesta del voto minoritario que corresponde a los Tribunales de Justicia, sin necesidad de recurrir siempre al Tribunal Constitucional, la aplicación de la normativa estatal que sea básica en su doble aspecto formal y material frente a la ley autonómica que, en cada momento, pueda resultar incompatible con las bases legítimamente aprobadas. Sólo ante la duda del órgano juzgador de instancia, cabría la cuestión de inconstitucionalidad planteada por éste.

Es de destacar que tal solución no impide las indudables incertezas que al órgano judicial de instancia se le pueden plantear, pues no siempre es fácil inaplicar una norma autonómica por las razones expuestas. En este supuesto, sería factible, siempre y en todo caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad o, también, el recurso de inconstitucionalidad, pero con un alcance muy claro, cual es de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida, pero no su nulidad. En este sentido, es el caso de la inconstitucionalidad mediata o indirecta de una norma autonómica, por contradicción con la legislación estatal básica posterior a la promulgación de aquélla, un supuesto en que no se daría la coetaneidad de inconstitucionalidad y nulidad (SSTC 45/1989, 96/1996 y 195/1998).

## 5. Nuestras conclusiones

El alcance de la STC 1/2003 es más destacado que su circunscripción al régimen de la función pública, pero siendo éste el objeto del presente comentario, nos ceñiremos a ella. Ya hemos expuesto previamente algunas de las dudas jurídicas que el complejo entramado entre norma básica estatal y norma autonómica acaece en la función pública española; quisiéramos ahora plantear algunas consideraciones y propuestas.

A nuestro juicio, la primera crítica al desarrollo legislativo efectuado hasta el momento presente por el Estado, en cuanto a las situaciones administrativas y las formas de extinción de la relación funcional, se centra en la validación que el Tribunal Constitucional ha efectuado en torno a las primeras, no tanto en cuanto a las segundas. Nos parece, en este último supuesto, coherente que haya un régimen lo más uniforme posible, de extinción del vínculo funcional y nos parecería una grave quiebra del sistema de empleo público español que hubieran causas de extinción diferentes según cual o tal Comunidad Autónoma o de estas en relación al Estado. Por ser la extinción, como el acceso, una pieza básica del régimen

jurídico de la función pública, apostamos por un específicamente estricto sistema de bases estatales.

Sin embargo, discrepamos abiertamente del modelo actual aplicado a las situaciones administrativas, y hacemos nuestro en este sentido las propuestas que desde la doctrina catalana se han efectuado. Así, creemos que en aquellas situaciones administrativas que afectan directamente a la propia pervivencia del vínculo funcional, el Estado debe ejercer su competencia legislativa y atribuir el carácter básico a la regulación pertinente, con mayor o menor alcance pero cuanto menos sobre los aspectos nucleares. Por el contrario, las situaciones que implican únicamente una variación o modulación en torno al servicio activo, pero que no comportan el fin del vínculo o incorporan elementos de flexibilidad, el recurso al carácter básico debería ser más limitado que el criterio actualmente imperante. En este sentido, pensamos que las Comunidades Autónomas deberían poder articular nuevas situaciones administrativas, o modular o adaptar a sus necesidades las ya existentes, destacando en ello el régimen de la excedencia voluntaria o aquellas derivadas de un Plan de Empleo, poco aptas en su aplicación a las entidades locales por haber sido creadas con una lógica estatalista y de gran Administración, y sobre las cuales aquellas Comunidades Autónomas con competencias sobre función pública local de su territorio deberían poder normar y/o adaptar.

Finalmente, nos parece ciertamente complejo y jurídicamente inseguro que una norma autonómica, plenamente constitucional en un momento dado –el de su promulgación– pueda devenir contraria al ordenamiento jurídico, porque en un momento posterior, la ley o norma estatal modifica la regulación estatal y atribuye a ese cambio el carácter de norma básica<sup>25</sup>. El uso, o abuso, de tal opción por parte del Estado choca, a nuestro juicio, con el necesario respeto a la autonomía de las Comunidades. En algunos supuestos, tales inconstitucionalidades sobrevenidas han sido producidas ya no por una nueva ley estatal, sino por un reglamento, que ha subvertido la decisión legal adoptada por un parlamento autonómico<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sin embargo, este criterio no parece que vaya a ser modificado en el futuro por el Tribunal Constitucional, pues su jurisprudencia, consolidada, asume la tesis según la cual el Tribunal debe enjuiciar la constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados tomando como elemento de control la ley vigente –estatal básica– en el momento de dictarse la sentencia, y no la ley vigente en el momento de presentarse el recurso, lo que acrecenta, sin duda, la inseguridad jurídica ya no sólo del operador jurídico, sino del propio legislador autonómico.

<sup>26</sup> Un ejemplo muy significativo, aunque en el ámbito de la selección, acontecía entre la ley autonómica local catalana y el Real Decreto 896/1991 promulgado por el Gobierno central. El art. 297 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña (actualmente ya no vigente, y sustituida en 2003 por un nuevo texto refundido) preveía un marco muy específico, pero generoso, de la selección de

La conclusión que deviene inconstitucional el precepto autonómico que previamente sí era acorde con la Constitución o, de adoptar el criterio minoritario de la STC 1/2003, que se aplique la cláusula de prevalencia de norma estatal sobre autonómica, desde el momento mismo de aprobación de la disposición estatal, nos parece no sólo contraria al principio de autonomía de las regiones y nacionalidades que componen España sino también, a la seguridad jurídica. Mi propuesta sería otra: ante estos supuestos, debería darse un plazo a las Comunidades Autónomas para su adaptación, y que la pérdida de vigencia de la ley autonómica no fuera automática. Es más, incluso en este supuesto, debería instrumentalizarse una estructura previa de negociación entre el Estado y las Comunidades, en donde éstas pudieran defender su parecer. Y, en todo caso, exigir al Estado que cualquier normación que comporte consecuencias como las descritas, se acometa con prudencia, lealtad constitucional y respeto a la autonomía, limitando al máximo el uso y abuso de la norma básica, máxime cuando, como en los supuestos descritos, si aquello que no era norma básica en un momento posteriormente pasa a serlo, quizá acredite que tan importante y relevante no lo era para se que produzca tal vaivén, por lo que posiblemente también el carácter de básico no sea excesivamente respetuoso en un Estado autonómico muy maduro y en donde, en cuanto a la función pública, son muchos más los funcionarios autonómicos y locales que los funcionarios civiles dependientes de la Administración Central del Estado. 

---

funcionarios por concurso, permitiéndolo para plazas singulares de los grupos A y B de la escala de administración general, para el grupo E y para los cuerpos y escalas de funcionarios de Administración especial de todos los grupos de clasificación. Sin embargo, posteriormente, el art. 2 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, sobre reglas básicas de selección de los funcionarios locales instituyó la oposición como sistema general, y como secundarios el concurso-oposición y el concurso, siendo éste último aún más subordinado a través del criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que lo ha reducido a simplemente residual o excepcional. El conflicto evidente ha sido resuelto por la jurisprudencia a favor del reglamento estatal frente a la voluntad legislativa del Parlamento autonómico, lo que supone a nuestro juicio una quiebra del respeto a la autonomía que constitucionalmente se atribuye a las Comunidades Autónomas.



## MANCOMUNIDADES E CONSORCIOS

Faustino Martínez Fernández

Secretario xeral da Deputación Provincial de Lugo

### MANCOMUNIDADES

#### 1. Cuestións xerais e delimitación do concepto

Unha das características comúns do réxime dos entes locais é a súa fragmentación, o que sempre se traduce nunha diversificación e multiplicidade tanto en termos cualitativos coma cuantitativos.

Os entes locais son partes integrantes doutros entes territoriais superiores aos que se atopan subordinados facticamente, nalgúns casos xurídicamente, incluso nos casos da existencia dunha autonomía en mans de entes locais, posto que, á parte de que nalgúns casos esas técnicas sexan máis nomeadas ca reais, a autonomía administrativa non ten a dimensión da autonomía política.

Por outra parte, a xestión dos servizos públicos locais ten que acomodarse aos principios de subsidiaridade e democracia, xestión que, ademais, ten que ser guiada polo principio de eficacia.

A Constitución española dinos no art. 137 que as entidades locais (provincias e municipios) "gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses". Á xestión dos "intereses propios" para os municipios refírese o art. 1 da Lei 7/85, reguladora das bases do réxime local, e tamén a dos "intereses respectivos" para a provincia.

Aos “intereses comúns” refírese a disposición adicional quinta da Lei 7/85, cando sinala a estes como susceptibles de protección.

A diferenza de léxico vai máis alá do puramente lingüístico e ten un contido conceptual indubidable.

Os intereses “propios” ou “respectivos” son os intereses da colectividade, dos cidadáns. Constitúen o núcleo esencial da autonomía local e son obxecto de *xestión*. Os comúns son aqueles intereses das colectividades en virtude da representación que teñen e que, ademais, son obxecto de protección e defensa. Os intereses propios ou respectivos fronte aos intereses comúns; a *xestión* fronte á representación necesitada de protección e defensa para todos os entes locais; en definitiva, a autonomía xustifícase pola existencia duns intereses propios e respectivos que terán que *xestionarse*, a autonomía xustifícase pola *xestión* dos seus intereses. Existen, ademais, uns intereses comúns que os entes teñen que defender e protexer.

En ambos os supostos, para a defensa, a protección, a promoción, etc., recoñéceselles aos entes locais o dereito de asociarse, pero con significacións completamente distintas.

Ímonos referir aquí ás asociacións voluntarias para a *xestión* das respectivas competencias dos municipios, quedando fóra do noso estudo o outro tipo de asociacións que recibe o nome xeral de mancomunidades voluntarias. Deixamos fóra, tamén, do noso estudo as denominadas agrupacións, xa sexan voluntarias ou forzosas, aínda que en ambos os casos se poidan referir aos servizos municipais. No caso das voluntarias, coinciden case totalmente coas mancomunidades aínda que con algunha especialidade.

A Lei de bases de réxime local imponlles aos municipios a obriga de prestar os servizos da súa competencia “por si ou asociados”. Esta lei impón, pois, a busca de solucións asociativas con outros entes municipais. Así, asegúrase a recepción dos servizos mínimos obrigatorios por todos os veciños e, ao mesmo tempo, facilítase voluntariamente o exercicio da competencia xenérica municipal dentro da cada vez maior esixencia social dunha maior calidade de vida.

Prefírese, así, a mancomunidad como fórmula asociativa xa que esta respecta o principio de autonomía na *xestión* dos seus propios intereses, máxime respecto á personalidade e ao carácter representativo dos concellos. Todo iso dentro do principio da solidariedade en canto garantía a todos os españois, calquera que sexa o municipio no que viven, dun nivel de prestación de servizos municipais consonte os tempos en que vivimos.

Principios de autonomía e de solidariedade que consagra o art. 137.2º, o art. 140 e o art. 138.1 da Constitución española.

O art. 44 da Lei 7/85 recoñécelles aos municipios o dereito a asociarse con outros para a execución en común de obras e servizos determinados. Faíse referencia, así, á *xestión* dos seus propios intereses. Na Disposición

adicional quinta desta lei faise referencia, á súa vez, ao dereito a asociarse para a defensa e a promoción de intereses comúns.

A Carta europea da autonomía local, ratificada o 20 de xaneiro de 1988, no seu artigo 10, afirma, en canto ao dereito de asociación dos entes locais, que:

1º.- Os entes locais teñen o dereito, no exercicio da súa competencia, de cooperar e, no ámbito da Lei, de asociarse con outras entidades locais para a realización de tarefas de interese común.

2º.- O dereito dos entes locais de integrarse nunha asociación para a protección e a promoción dos seus intereses comúns e de integrarse nunha asociación internacional de entes locais debe ser recoñecido por cada estado.

3º.- Os entes locais poden, en condicións eventualmente previstas pola Lei, cooperar coas entidades doutros estados.

Claramente, vese que o apartado primeiro se refire ao dereito dos entes locais a asociarse para a prestación de servizos, mentres que o apartado segundo se refire ao dereito de asociación para defender os intereses comúns.

A *Declaración universal sobre a autonomía local (IULA)*, do 29 de setembro de 1985 (Congreso de Río de Xaneiro) e ratificada en Toronto en 1993, di no art. 9:

“Asociaciones de Gobiernos Locales:

1. Los Gobiernos Locales podrían, haciendo uso de sus poderes, formar asociaciones para la defensa y fomento de sus intereses comunes, y para la prestación de determinados servicios a sus miembros (...).”

Recóllense, pois, os dous tipos de dereito de asociación aos que nos vimos referindo.

A *Carta mundial de goberno local autónomo*, documento en fase de proxecto, exposto no 34º Congreso mundial de IULA, celebrado en Barcelona os días 21 e 24 de marzo de 1999, no seu artigo 11 dinos:

“Asociaciones de Autoridades Locales:

1. Las autoridades locales podrán, en el ejercicio de sus poderes, formar asociaciones para la defensa y la promoción de sus intereses comunes, así como para prestar determinados servicios a sus miembros, y para cooperar y formar otras entidades jurídicas con otras autoridades locales, con el fin de realizar tareas de interés común (...).”

Por último, non podemos deixar de citar a *Declaración de Cartaxena* sobre a autonomía local, do 19 de novembro de 1993, aínda que sexa unha declaración de simple contido político e realizada por unha organización non gobernamental:

“Creemos y afirmamos el derecho de los Entes Locales de asociarse o de cooperar con otras, en el plano nacional e internacional, para el desarrollo de actividades y funciones que sean de interés común”.

Neste traballo é evidente que nos imos referir soamente ao dereito de asociación dos entes locais para a prestación dos servizos públicos da súa competencia e ao dereito de asociación para a xestión dos seus propios intereses ou dos seus respectivos intereses, que se atopa recoñecido, como vimos, na *Carta europea de autonomía local*.

## 2. Antecedentes

Dinos Sosa Wagner<sup>1</sup> que xa no Antigo Réxime era práctica común entre os municipios o asociarse para a asistencia mutua, incluída a defensa común cando os concellos sostiñan algunhas forzas armadas, como en Aragón. Se ben eran os aproveitamentos de pastos, leña ou montes os obxectivos fundamentais destas asociacións.

Un proxecto de Posada Herrera, citado tamén por Sosa Wagner, chamoulles *comunidades*, ás que se lles atribuíu a construción e a conservación de camiños, as escolas rurais, os aproveitamentos veciñais e outros obxectivos do seu exclusivo interese. Cada concello tería un representante (vogal) na xunta que administraba a mancomunidade e que elixía, á súa vez, un presidente entre os vogais.

A primeira referencia lexislativa sobre as mancomunidades atopámola na Lei municipal do 20 de agosto de 1870. No art. 68 dise:

“Es obligación de los Ayuntamientos procurar por sí o con los asociados en los términos que más adelante se expresarán, el exacto cumplimiento, con arreglo a los recursos y necesidades del pueblo, de los fines y servicios que, según la presente Ley, están sometidos a acción y vigilancia, y en especial:

1º.- Conservación y arreglo de vía pública.

2º.- Policía urbana y rural.

3º.- Policía de seguridad.

4º.- Instrucción primaria.

5º.- Administración y custodia, conservación, de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo”.

No art. 69 coméntase que para o cumprimento das obrigas dos concellos, correspóndelles a estes, moi especialmente, as obrigas seguintes: “4º. Asociarse con otros Ayuntamientos”.

Pola súa parte o art. 75 recolle que os concellos poden formar, entre si e cos inmediatos, asociacións e comunidades para a construción e a conservación de camiños, para as escolas rurais, para os aproveitamentos veciñais e para outros obxectos do seu exclusivo interese. Estas comunidades

<sup>1</sup> SOSA WAGNER, F.: “Mancomunidades y otras formas asociativas”, *Tratado de Derecho Municipal*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

rexeranse por unha xunta composta por un delegado de cada concello e presidida polo vogal que a xunta elixa.

A xunta formará as contas e os orzamentos que serán sometidos ás municipais de cada pobo e, en defecto de aprobación de todas ou dalgunha, á Comisión provincial.

Quixéronse incentivar este tipo de unións. Un proxecto de 1876, citado por Sosa Wagner, afirma que "el Gobierno de Su Majestad cuidará de fomentar y proteger por medio de sus delegados las asociaciones y comunidades de Ayuntamientos para fines de seguridad e instrucción, asistencia, policía, construcción y conservación de caminos, aprovechamientos vecinales y otros servicios análogos, sin perjuicio de los derechos adquiridos".

O Estatuto de Calvo Sotelo distingue mancomunidades voluntarias e agrupacións forzosas e a Lei de 1935 denomínasas *agrupacións intermunicipais*.

A Lei de réxime local, do 24 de xuño de 1955, e o Regulamento de poboación e demarcación, do 17 de maio de 1952, enumeran nos arts. 10 e 1, respectivamente, as mancomunidades municipais voluntarias e as agrupacións municipais forzosas como entidades locais, distinguindo esta Lei (arts. 10 ao 37) e o Regulamento (arts. 53 ao 68) as mancomunidades voluntarias e as agrupacións forzosas.

Como se deduce da denominación anterior, a lexislación citada reserva o nome de *mancomunidades* para as asociacións voluntarias de municipios, chamando agrupacións ás forzosas.

Os municipios, segundo a Lei de réxime local de 1955 e o Regulamento de demarcación e poboación de 1952, poderán formar mancomunidades para obras, servizos e outros fins de competencia municipal. Serían as asociacións voluntarias que responden ao nome de *mancomunidades*.

Á parte do caso previsto no art. 343 desta lei<sup>2</sup>, o Consello de Ministros, previa audiencia dos concellos interesados, poderá dispoñer da agrupación forzosa de municipios, sexan ou non limítrofes, para a execución de obras públicas subvencionadas polo Estado e para a prestación de servizos municipais obrigatorios ou os que a Administración central delegue nos concellos.

A Lei 48/1966, do 23 de xullo, modifica a clasificación anterior creando unhas mancomunidades voluntarias, aínda que tamén, e en casos especiais, poderán ser forzosas, por decisión do Goberno, para a xestión de todos os servizos obrigatorios mínimos.

<sup>2</sup> Art. 343: "Se ordena la agrupación, para sostener a un Secretario Común, de municipios vecinos, menores de 500 habitantes, en los que el sueldo real asignado al cargo excede del 20% de los ingresos de la Corporación, con las salvedades que se indican en dicho precepto...".

O Rd 3046/77, que articula parcialmente a Lei 41/85, do 19 de novembro, de bases do estatuto do réxime local, sinala no seu art. 1 que os municipios con poboación inferior a 5.000 habitantes terán un réxime específico que se axustará a unha serie de normas, entre as que se atopan as que terán que agruparse forzosamente nos casos e para os fins que se determinen neste capítulo. No art. 2 afirmase que os municipios comprendidos no artigo anterior (é dicir, os de menos de 5.000 habitantes) e que teñan a condición de limítrofes se agruparán con carácter forzoso para os seguintes fins:

- a) Para o sostemento da secretaría municipal e, de ser o caso, do persoal preciso, cando a poboación de cada un sexa inferior a 2.000 habitantes.
- b) Para a prestación de servizos públicos considerados esenciais pola lei, sempre que carezan dos recursos económicos suficientes.
- c) Para a execución de obras e servizos subvencionados ou delegados polo Estado.

Pero, ademais, o artigo 10 do mesmo precepto regula as mancomunidades voluntarias cando di que os municipios poderán xuntarse para o establecemento e desenvolvemento de obras, de servizos e doutros fins da súa competencia peculiar.

A Lei 7/85, RBRL<sup>3</sup>, aínda que no art. 44 se lles recoñece aos municipios o dereito a asociarse con outros para a execución en común de obras e servizos determinados da súa competencia, regula as mancomunidades, cremos nós, en clara alusión ás voluntarias. Pensamos, non obstante, que non abandona totalmente a idea de agrupacións, forzosas ou non, da lexislación anterior antes aludida<sup>4</sup> cando a Lei 7/85, no art. 42, nos di que as comunidades autónomas de acordo co disposto nos seus respectivos estatutos de autonomía poderán “crear en su territorio comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios...”.

Ben é verdade que naqueles se lle encomendaba a creación da agrupación ao Consello de Ministros e aquí encoméndaselles ás comunidades autónomas.

De calquera forma, o que a Lei 7/85<sup>5</sup> regula con máis precisión é a mancomunidade voluntaria, que ademais desenvolve o Regulamento de

---

<sup>3</sup> LÓPEZ-NIETO MALLO, F.: *Las Entidades Locales asociativas en el ámbito municipal*, Bayer Hnos., Barcelona, 1988.

<sup>4</sup> Art. 2 e 16 do Rd 3046/77.

<sup>5</sup> MORRELL OCAÑA, L.: “La nueva Ley de Régimen Local II. La supramunicipalidad en la Ley 7/85, de 2 de abril”, *REDA*, nº 9, 1986.

QUINTANA LÓPEZ, T.: *Las Mancomunidades en nuestro derecho local*, INAP, Madrid, 1990. “Las organizaciones supramunicipales en España: Las Mancomunidades”, *REALA*,

demarcación e poboación (art. 31 e ss.) e sen que o Rd 781/86 faga ningunha alusión ás agrupacións ás que se refire a citada lei básica.

A doutrina trata con máis extensión as mancomunidades voluntarias que as demais asociacións (véxase a nota 5).

Como dicíamos anteriormente a Lei de bases de réxime local, no seu artigo 42, fala de "otras entidades locais que agrupen a varios municipios" (*vid.* nota 5), aos que o art. 3.2.b) considerara xa como entidades locais. Nós vemos neste precepto unha habilitación das comunidades autónomas para crear agrupacións de municipios que serían distintas das mancomunidades; agrupacións voluntarias ás que, de conformidade co art. 44 da Lei de bases de réxime local e coa interpretación que deste fai a sentenza 214 do Tribunal Constitucional, lles corresponde a competencia de regulación básica doutros entes do estado e o procedemento das comunidades autónomas.

E, así, as diversas comunidades autónomas lexislaron sobre as mancomunidades voluntarias e outras agrupacións que ben puideran ser as agrupacións forzosas. Citaremos o caso de Galicia por ser o máis próximo xa que unha simple alusión a outras comunidades autónomas nos levaría moi lonxe, fóra do contido deste traballo.

A Lei 5/97, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia, no título terceiro, capítulo II, regula as mancomunidades voluntarias, mentres que no capítulo V regula as agrupacións distinguindo as voluntarias na sección I e as forzosas na sección II. Ben é certo que as agrupacións só se refiren á agrupación de municipios para o sostemento de funcionarios con habilitación de carácter nacional, funcionarios técnicos de administración especial ou auxiliares de Administración. As forzosas só se refiren ao mantemento do posto único de secretario ou de interventor para os municipios agrupados.

O mandato da lei está claro, cando se dean as condicións esixidas "deberá acordar", di o Consello da Xunta, a "agrupación daqueles municipios", etc.

Por último, paga a pena destacar, ao noso xuízo, o carácter prioritario e privilexiado que a lexislación lles dá ás mancomunidades voluntarias, posto que no art. 136.1.b) da Lei de Administración local de Galicia se lle obriga á Comunidade autónoma a consignar nos seus orzamentos unha partida destinada ao fomento e á axuda das mancomunidades municipais estimulando o réxime asociativo.

---

nº 254, 1991. Perdigo y Sola, J.: *Las Mancomunidades en nuestro derecho local*, Madrid, 1991.

MARTÍN MATEO, R.: *Entes administrativos complejos, mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987.

### 3. Mancomunidades. Concepto actual e características

A doutrina<sup>6</sup> adoita definir as mancomunidades como entes locais de tipo voluntario formadas por varios municipios, dotados de personalidade xurídica e de autonomía que se define nos seus estatutos para a prestación de servizos de competencia municipal.

Di a STC 214/1989, do 21 de decembro, que son "entes resultantes del ejercicio del derecho de los municipios a asociarse con otros, para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia (art. 44.1 de la Ley de Bases de Régimen Local)".

#### *a) Son entes locais*

As mancomunidades de municipios son entes locais segundo o art. 3.2.d). Tamén as describe como entes locais a Lei de bases de réxime local, pero sen ter natureza territorial. Sen prexuízo de que o municipio sexa a entidade básica do réxime local (art. 1 da Lei de bases de réxime local), arredor del xira todo o réxime local e dáselle potestades para cumprir os seus fins mediante a prestación de servizos públicos que poderá prestarllos, segundo o art. 26.1, "por si" ou "asociados", con clara referencia á prestación de servizos municipais de forma asociada e, polo tanto, ás mancomunidades (ver STC).

Así se expresa o art. 44.3.2.d) da Lei de bases de réxime local e o art. 35 do Rd 781/86 polo que se aproba o texto refundido das disposicións en materia de réxime local.

Como tales entes locais poden ter as potestades ás que se refire o art. 4 da Lei 7/85, de bases de réxime local, se ben cómpre realizar algunha matización. Ao non ser entidades territoriais non teñen un carácter xeral todas esas potestades, senón que, de conformidade co art. 4.3, ten que ser a lexislación das comunidades autónomas quen concrete cales daquelas potestades serán de aplicación.

#### *b) As mancomunidades son entes que emanan da autonomía dos entes locais*

A autonomía municipal amparada pola Constitución española garante tamén o dereito dos municipios a asociarse e a formar mancomunidades. De aí que sexan os plenos dos concellos os que acorden constituír a mancomunidade e os que aproben os seus estatutos. Pero do carácter bifronte do réxime local español dedúcese, e así o recoñece a doutrina española<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Ver notas 3, 4 e 5. LÓPEZ-NIETO MALLO, MORREL OCAÑA, MARTÍN MATEO, R., QUINTANA LÓPEZ, T. e PERDIGO Y SOLA, J.

<sup>7</sup> LÓPEZ PELLICER, J.A.: "La aprobación definitiva de la Constitución y estatutos de las mancomunidades intermunicipales", *REALA*, nº 251, 1991.

máis autorizada, que as competencias sobre o particular quedan da seguinte forma:

▮ Competencias estatais que se manifestan a través da Lei 7/85, concretamente no art. 44 desta, que é unha mostra do art. 149.1.18º da Constitución española e que ten carácter básico, como sinala a STC 214/1989, do 21 de decembro.

▮ Competencias das comunidades autónomas que se refiren ao procedemento de aprobación dos estatutos.

Pero iso non comporta que o art. 44 invada competencias das comunidades autónomas ao entregarlles aos propios municipios a facultade de constituír as mancomunidades e de aprobar os seus estatutos, sen intervención das comunidades autónomas. Como di a STC 214 o lexislador estatal optou, aquí, por ampliar o alcance e o contido da autonomía local, sen que a iso se lle poida imputar ningún exceso de competencia ao ser unha simple concreción dunha lexítima opción política.

O sistema está adecuado plenamente á natureza e ao carácter das mancomunidades como entes voluntarios derivados da autonomía dos entes locais.

*c) As mancomunidades teñen personalidade e capacidade xurídica para o cumprimento dos seus fins específicos*

A mancomunidad ten personalidade xurídica propia ao constituírse distinta dos municipios que a compoñen, sen prexuízo de que os municipios conserven a súa. Así o expresa o artigo 44.2 da Lei de bases de réxime local: "Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines".

Recoñéceselles a personalidade xurídica pola aprobación da Constitución e dos estatutos. A capacidade estará condicionada pola lexislación das comunidades autónomas, por unha parte, e polos seus propios fins, pola outra. A primeira condición á que fixemos referencia alude á extensión da capacidade dos termos do art. 4.2) da Lei 7/85, de bases de réxime local, ao darlles ás comunidades autónomas a competencia sobre a concreción de potestades que se lles poden atribuír aos entes locais non territoriais, en relación coa capacidade xeral destes contida no art. 4.1 da citada lei.

*d) Os fins teñen que ser específicos*

Así o esixe o art. 44.1 da Lei 7/85, cando di que as mancomunidades se constituíen para prestar servizos "determinados". O propio texto refundido no art. 35 sinala que máis claramente non podían asumir a totalidade das competencias que lles son asignadas aos respectivos municipios.

Ese é o criterio tamén do Consello de Estado (Ditame 47.909, do 18 de xullo de 1985).

### e) *Voluntariedade*

Como dixemos anteriormente a mancomunidade é unha manifestación da autonomía dos municipios e é un acto voluntario tanto a creación coma a modificación ou a supresión.

Esa voluntariedade, non obstante, está sometida a un procedemento que se axustará “en todo caso”, di o art. 44.3 da Lei 7/85, ás supostas regras. Como xa tivemos ocasión de manifestar, a STC 214 considera que ese precepto é básico e respectuoso coa Constitución española. As comunidades autónomas, respectando esas regras, poden establecer un procedemento de aprobación, pero reiteramos que ten que respectar totalmente esas regras ás que alude o art. 44.3 da Lei 7/85.

### a) Creación

A tramitación da creación dunha mancomunidade pódese resumir da seguinte forma:

1. Acordo dos concellos afectados pola creación da mancomunidade. O acordo ten que ter o *quórum* da maioría absoluta de conformidade co art. 47.3.b) da Lei 7/85 e art. 35.2. do TRRL.
2. Información pública dun mes. Art. 35.3 do TRRL.
3. A elaboración dos estatutos corresponderalles aos concelleiros da totalidade dos municipios promotores da mancomunidade constituídos en asemblea.
4. Informe da deputación ou deputacións afectadas. Art. 35.3 TRRL.
5. Aprobación de todos os concellos polos plenos co *quórum* do art. 47.3.b) dos estatutos elaborados.

Elimínouse a aprobación dos estatutos antes confiada á tutela da Administración do Estado e despois ás comunidades autónomas<sup>8</sup>. A sentenza 214 afirma que o art. 44.3 da Lei de bases de réxime local non implica ningún efecto restritivo das competencias das comunidades autónomas que poden constituír, así, algún tipo de intervención que lle permita á comunidade autónoma examinar definitivamente estes estatutos e poder formular observacións de legalidade. Pero a aprobación da creación é un acto voluntario que non pode ser controlado polas comunidades autónomas por motivos de oportunidade.

### b) Modificación e carácter aberto á evolución posterior

O fundamento da modificación dunha mancomunidade referente, claro está, aos seus estatutos ten como base a voluntariedade á que fixemos referencia.

---

<sup>8</sup> LÓPEZ PELLICER, J. A., ob. cit.

O art. 44 sostén que para a súa modificación se seguirá un procedemento similar ao da súa creación. Aquí é onde as comunidades autónomas teñen unha ampla marxe de manobra porque ás poucas directrices das normas básicas hai que engadir a indeterminación destas ao dicir que terán un procedemento similar, se ben ten que existir unha correspondencia entre os procesos de creación, modificación e supresión por esixencias do art. 44 que, como sabemos, é básico.

A lexislación das comunidades autónomas dista moito de ser homoxénea. Hai leis que someten a un mesmo procedemento calquera alteración dos estatutos da mancomunidade, como a de Galicia, no seu art. 143.2, A Ríoxa, Castela-A Mancha e Navarra. Cataluña e Andalucía non conteñen previsións ao respecto, polo que hai que estimar que someten toda alteración dos estatutos ao procedemento xeral de modificación.

Agora ben, existen dous grandes grupos de lexislacións que teñen un distinto réxime para as distintas alteracións e que, en principio, someten ao procedemento xeral de modificación os elementos esenciais da mancomunidade como son os fins, o obxecto, as competencias ou a estrutura interna da mancomunidade (Murcia, Aragón, Baleares e Castela e León) mentres que as adhesións ou separacións non se consideran como tales e se realizan por un procedemento abreviado. Incluso a de Aragón somete a un procedemento abreviado as modificacións de ampliación de fins.

Castela e León distingue modificacións substanciais e non substanciais, aplicándoselles ás primeiras o procedemento xeral de modificación (representatividade dos concellos nos órganos da mancomunidade, repartición de achegas financeiras e aqueles que determinen os estatutos) e ás segundas un procedemento abreviado (2/3 dos concellos que terán que tomar o acordo por maioría absoluta legal).

De calquera forma cremos que esta é unha das cuestións que ten que estar prevista nos estatutos, o cal non é óbice para que se formule a dúbida, como fai E. Collado<sup>9</sup>, de se as modificacións non substanciais que poidan alterar de forma relevante a organización e o funcionamento (composición de órganos, etc.) da mancomunidade e a situación dos demais municipios esixirían ou non a tramitación da modificación por un procedemento xeral.

A separación consistente na vontade de segregación dunha compoñente da mancomunidade hai que admitila, en principio, como manifestación da mesma voluntariedade que informe a creación destas asociacións. Partindo desa base as limitacións que poidan realizar as comunidades autónomas ou os municipios nos seus estatutos terán que

<sup>9</sup> ESCRIBANO COLLADO, P.: "Los estatutos de las Mancomunidades y consorcios locales. Principios informadores y contenido legal", *REALA*, nº 288, abril 2002.

ser restrinxidas e poderían condicionarse a un prazo mínimo, ao cumprimento das obrigas financeiras, etc.

O Consello de Estado<sup>10</sup> recorda no ditame de 1986 que a posibilidade de separarse dunha mancomunidade constitúe unha liberdade inalienable e non existen máis limitacións que as establecidas na lei ou nos estatutos. Admitíronse como válidos aqueles pactos que non desfiguren os perfís esenciais voluntarios da institución.

Así, considéranse acordos coa natureza democrática da institución a efectividade, a separación condicionada ao transcurso dun prazo ou a demora da efectividade dos dereitos e das obrigas do municipio separado ao momento da disolución. O que non parece admisible é que a efectividade de tal dereito dependa do órgano dirixente da mancomunidade, posto que iso levaría aparellada a súa inutilidade.

### c) Disolución

As causas de disolución dunha mancomunidade poden agruparse en normais ou previsibles e en anormais ou non previsibles.

Podemos agrupar entre as primeiras o transcurso do prazo, o cumprimento do obxecto e o acordo dos municipios. As anormais ou imprevisibles poden consistir nunha resolución xudicial anulatoria do proceso de creación ou na separación dalgún municipio que faga inviable a asociación porque é inviable técnica ou economicamente.

As leis das comunidades autónomas remítense xeralmente aos estatutos e someten a disolución ao mesmo procedemento que a modificación, conforme o art. 44 da Lei 7/85. Iso non impide que os estatutos ou as leis autonómicas puidesen prever un procedemento abreviado para a disolución da mancomunidade por causas normais, como o prazo por exemplo, cun pronunciamento do órgano de goberno, sobre o cumprimento do prazo ou da condición.

### d) Liquidación

Acordada a disolución, inicia a liquidación, cuxo procedemento tamén debería de regularse nas leis autonómicas ou nos estatutos. En xeral, as leis autonómicas (GAL, CLM, LR e CL) establecen que a mancomunidade conserva a súa personalidade xurídica ata a total liquidación.

Á falta de previsións legais, nós opinamos con Escribano<sup>11</sup>, os estatutos deberían conter un pronunciamento sobre os seguintes aspectos.

- Disolución dos órganos de goberno.
- Disolución de órganos e de unidades administrativas, e destino do persoal.

<sup>10</sup> Consello de Estado: Ditame 48863, do 25 de xuño de 1986.

<sup>11</sup> ESCRIBANO COLLADO, P., ob. cit.

- Destino ou reversión dos bens propios cedidos polos municipios.
- Liquidación do orzamento, aprobación das contas e distribución do *superávit*.
- Destino do arquivo.

#### 4. Elementos. Suxeitos

Aínda que o tradicional é que se esixan tres persoas para a formación do órgano colexiado (tres *colegium factiunt*), con todo, non existe ningún impedimento legal para que dous municipios formen unha mancomunidade.

O art. 44, tantas veces citado, recoñécelles o dereito a asociarse aos municipios considerados por sectores doutriniais moi especializados como unha fórmula excesivamente ríxida<sup>12</sup> ao non lles permitir ás deputacións provinciais crear mancomunidades.

Poderíanse considerar vixentes as mancomunidades urbanísticas que crea a Lei do solo de 1956, e que desenvolve o RGU (arts. 10 e 12), e das que poderían formar parte as deputacións provinciais. Pero, aínda que a Lei de bases de réxime local non derrogase a lexislación do solo cremos que a deputación provincial non podería formar parte dunha mancomunidade urbanística con municipios por falta de competencia, e polo tanto por falta de obxecto, como teremos ocasión de analizar no seu momento.

Desde o punto de vista subxectivo, a mancomunidade téñena que formar os municipios. Pero temos que facer algunha precisión sobre o particular, sobre todo referida ao territorio do municipio.

a) Non é necesario que os municipios sexan limítrofes, exceptuando o suposto do art. 35 do texto refundido, cando estes veñan impostos polo obxecto da mancomunidade. Esta condición refírese tanto á Constitución coma á adhesión posterior.

b) Os municipios poden pertencer a unha mesma provincia ou a varias, en cuxo caso se necesita o informe das deputacións provinciais interesadas.

c) Non é necesaria a pertenza a unha mesma comunidade autónoma, sempre que o permitan as normativas das comunidades autónomas afectadas, tal e como dispón o art. 44.5 da Lei 7/1985, na súa redacción despois da Lei 57/2003, do 16 de decembro.

Con iso remátase coa polémica doutrina xurdida arredor da sentenza do ST do 2 de novembro de 1995 (RA 8445)<sup>13</sup> na que R. Martín

<sup>12</sup> SOSA WAGNER, F.: "Mancomunidades y otras formas asociativas", *Tratado de derecho municipal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

<sup>13</sup> STS, do 2 de novembro de 1995: Fundamento xurídico 3º: "... y regulando el art. 35, como de su contenido se advierte que la agrupación de municipios de distintas

Mateo<sup>14</sup> sostíña que non podían formar parte dunha mancomunidade municipios de distinta comunidade autónoma por ser un dereito excepcional o dereito a asociarse e, polo tanto, a interpretar restritivamente. García Escudero e Pendás García<sup>15</sup> opinan que si podían facelo por non existir ningunha prohibición.

d) E, por último, a adhesión a unha mancomunidade constituída pode formalizarse para *varios* ou para *todos* os obxectivos que a mancomunidade persegue, como di o art. 36 de RPDT: “siempre que las obras o servicios sean independientes entre sí, atendiendo a sus aspectos técnicos o financieros”.

## 5. Estatutos da mancomunidade. Procedemento de aprobación

Tomados os acordos de constitución da mancomunidade ábrese un período de elaboración dos estatutos que corresponderá a unha asemblea formada por todos os concelleiros dos municipios promotores. A normativa sobre tramitación dos estatutos contense no art. 35 do texto refundido (Rd 781/86):

a) Información pública polo espazo dun mes (art. 35.3).

b) Informe ou audiencia á deputación ou deputacións interesadas (art. 44.3.b) da Lei 7/85).

c) Aprobación dos concellos co voto favorable da maioría legal absoluta.

Como xa tivemos ocasión de examinar, a aprobación dos estatutos correspóndelles aos concellos interesados e promotores sen que sexa admisible defender que tal acto puidera corresponderlles ás comunidades autónomas.

A STS 214 dinos que, segundo dispón o art. 44 desta lei, unha vez adoptado o acordo de constitución da mancomunidade (art. 47.3.b) ábrese un período de elaboración e aprobación dos estatutos que lle

---

provincias será y debe de entenderse referido a distintas provincias dentro de la misma Comunidad, como lo demuestra el hecho de que se regule la audiencia a las Diputaciones Provinciales como precisa y se infiere de lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 7/85 citada, pero en otro caso se podría afectar, como la Sentencia recurrida se refiere, no ya a las competencias de las Comunidades Autónomas sin oírlas, sino a la propia organización territorial del Estado que el art. 137 de la Constitución establece...”

<sup>14</sup> MARTÍN MATEO, R.: *Entes locales complejos, mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas y áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987.

<sup>15</sup> GARCÍA-ESCUADERO, P. e PENDÁS GARCÍA, B.: *El nuevo régimen local español: estudio sistemático de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local*, Praxis, Barcelona, 1986.

corresponderá a unha asemblea formada polos concelleiros dos municipios promotores, sendo os plenos dos concellos os que aproban os estatutos así elaborados previo informe da deputación ou deputacións interesadas (art. 44.3º).

Continúa a sentenza dicindo que a lei suprimiu a aprobación por parte das comunidades autónomas, sen que iso supoña descoñecer as competencias destas sobre réxime local, xa que a Lei 7/85 o fai así con plena cobertura no art. 149.1.18º da Constitución española e adecuado á natureza e ao carácter das mancomunidades. O Estado considerou preferible, dentro das solucións constitucionalmente posibles, erradicar esa manifestación de tutela, como é a aprobación, e entregarlle o control á xurisdición contencioso-administrativa.

En definitiva, amplíase, así, a autonomía municipal sen prexuízo da competencia das comunidades autónomas, xa que de conformidade co art. 44.3 da Lei 7/85: “el procedimiento de aprobación de los Estatutos se determinará por la legislación de las Comunidades Autónomas”. Iso permítelles ás comunidades autónomas poder reconstruír algún tipo de intervención que lles autoriza examinar estes estatutos e poder, así, formular observacións de legalidade e demais suxestións que estimen oportunas e que lles posibilite, con carácter previo á súa aprobación polos municipios, poder proceder á súa homologación ou visado desde a estrita perspectiva da legalidade<sup>16</sup>.

Así e todo, a sentenza é concluínte e dinos: “con absoluto respeto, eso sí, a las bases estatales (y, por tanto a la competencia reservada a los municipios para la constitución de Mancomunidades y aprobación de sus estatutos)”.

#### *Natureza*

Os estatutos son unhas normas xurídicas básicas, crean a entidade e configúranos nos seus aspectos funcionais e orgánicos.

Son unhas normas locais municipais sometidas a un singular procedemento de elaboración e aprobación. Emanan as normas de todos os municipios interesados, non dun só, e loxicamente existe unha reserva de regulación das materias relativas á organización e ao funcionamento.

Indubidablemente non teñen un valor xurídico superior a outras normas locais, pero si unha maior rixidez para a súa modificación ou supresión.

<sup>16</sup> A Lei de Aragón 6/1987, art. 5-71, ten previsto un trámite anterior á aprobación dos estatutos para que, mediante a remisión destes á comunidade autónoma, poder facer observacións de legalidade, suxestións e precisión.

A Lei de Cataluña 8/1987, art. 113 e ss., prevé, con carácter previo á aprobación dos estatutos, un trámite co que a Comunidade autónoma poida facer observacións e suxestións no prazo dun mes.

Os estatutos, en definitiva, son normas que crean e regulan unha corporación interadministrativa municipal, no que rexe plenamente o réxime asociativo.

### *Elementos*

Descríbeos o art. 44.2, e refírense ao ámbito territorial da entidade, ao seu obxecto e competencia, ao órgano de goberno, aos recursos, ao prazo de duración, e a cantos outros sexan necesarios para o seu funcionamento.

Referente ao ámbito territorial, sirva o mencionado ao falar de elementos subxectivos. Sobre o prazo de duración o mandato do art. 44.2 está claro. É un dos elementos que teñen que facerse constar nos estatutos. Iso supón o recoñecemento da mancomunidade como unha forma transitoria de prestar servizos, así pode ter unha duración para que se poida realizar unha obra en común. Nada empece este carácter transitorio da mancomunidade o feito de que adoite constar nos estatutos como de duración indefinida, porque, suposto o carácter voluntario da mancomunidade, sempre é posible unha separación dun membro ou a disolución e a liquidación nos termos que vimos.

### *Órganos de goberno*

De conformidade co art. 44.2, os estatutos terán que sinalar cales son os órganos de goberno, engadindo o último inciso do citado precepto que, en todo caso, os órganos de goberno serán representativos dos concellos mancomunados.

O art. 36.3º do Rd 781/86 establece que os estatutos terán que conter o número e a forma de designación dos representantes dos concellos que han de integrar o órgano de goberno da mancomunidade, sinalando o número 2 deste artigo que os estatutos terán que facer constar o lugar en que radiquen os órganos de goberno. Todo iso, claro está, despois de soste o parágrafo 4º do art. 35 que o órgano de goberno da mancomunidade estará integrado por representantes dos municipios mancomunados, na forma que determinen os correspondentes estatutos. O art. 140.1º do ROFEL dinos que o órgano de goberno ten que estar composto por representantes de cada un dos municipios.

Os membros da mancomunidade son, pois, os concellos e os representantes non son máis que uns delegados destes. Por iso, resulta que o cesamento destes mandatarios se produce ao deixar o posto delegante, e unha vez designados outros queda, sen máis, revogada a delegación anterior.

A STS do 11 de febreiro de 1992 (sala 3ª, sección 4ª, pres. García Estarús) recolle esta distinción perfectamente ao dicir que os órganos de goberno da mancomunidade representan os concellos. Estes, no exerci-

cio do seu dereito como partícipes nesta, poden impugnar os actos que estimen lesivos ao seu dereito ou interese lexítimo, aínda que o seu representante votase en contra, non participase na votación ou se abstivera.

Por iso, temos que distinguir neste apartado dúas cuestións: en primeiro lugar, a representatividade dos concellos e, en segundo lugar, a composición e a competencia dos órganos de goberno.

Os principios que teñen que rexer son:

1º. Segundo o art. 44.2 da Lei 7/85 que os órganos de goberno sexan representativos dos concellos. O art. 35.4 do TR sinala que o órgano de goberno estará integrado por representantes dos municipios que poderán ser calquera dos membros das corporacións interesadas.

Agora ben, dentro do propio concello os representantes poderían responder á representación proporcional das forzas que integran a corporación. Se se responde que si, podería causar un problema grave no funcionamento do órgano da mancomunidade, pois nalgúns casos non tería máis remedio que reproducir todas as compoñentes dos concellos. Sobre o particular, o TS nas sentenzas do 9 de setembro e do 5 de decembro de 1988 (RA 7039 e 9317) manteñen que non se infrinxe o art. 23.2 da Constitución española ao non se manter a proporcionalidade das forzas políticas do concello nos órganos da mancomunidade.

2º. Para a determinación do número de representantes que os concellos teñen que ter na mancomunidade poden seguirse varios sistemas:

a) Sistema igualitario. Cun número de representantes igual para todos os municipios, independentemente da poboación, orzamento, contribución económica, etc. É un sistema onde prima a solidariedade.

b) Sistema proporcional. Con calquera dos módulos antes indicados, é dicir, poboación, contribucións, ingresos, servizos, etc.

c) Mixta. Que á súa vez se pode subdividir:

■ Nun número de representantes mínimo e igual para todos e outro proporcional cos módulos indicados.

■ Combinada co voto, sendo o número igual para todos, pero ponderado de conformidade cos módulos.

De conformidade co art. 140 do ROFEL, se non se prevé nada nos estatutos, o número de vogais será de dous por cada municipio. Ademais, segundo o art. 38 do RPDE, haberá un secretario funcionario de habilitación nacional.

3º. Órganos de goberno

Como dixemos anteriormente a lexislación só esixe que os órganos de goberno sexan representativos dos concellos.

Creemos que da análise da lexislación actual (LBRL, TR, ROEE e RDPT) se poden establecer as seguintes premisas:

Son órganos *necesarios*:

- a) Unha comisión xestora ou xunta que son os representantes dos municipios.
- b) Un presidente e un vicepresidente que, na falta de previsión estatutaria, serán elixidos pola xunta por maioría absoluta.
- c) Existirá, ademais, un secretario, de conformidade co art. 37 do RPDT.

Son órganos *non necesarios* pero que poden existir estatutariamente:

- a) Os órganos colexiados activos, como a Comisión de goberno, a Comisión permanente, as comisións executivas, etc.
- b) Os órganos consultivos e as comisións informativas.
- c) Os órganos de participación.

#### 4º. Réxime xurídico

A distribución de competencias entre os distintos órganos abre unha ampla marxe de autonomía para os estatutos. De non o haber, as comisións xestoras ou xuntas exercerán as súas atribucións e axustarán o seu funcionamento ás normas do ROFEL referentes ao Pleno.

Así mesmo, as funcións de presidente e de vicepresidente rexeranse polo disposto no ROFEL para os alcaldes e tenentes de alcalde.

Nin que dicir ten que, a pesar da remisión ao ROFEL, haberá que entender que se terán en conta as modificacións da Lei 11/99 nesta materia.

## 6. Obxecto e competencia

A lexislación vixente, seguindo un criterio tradicional no noso dereito positivo, non enumera as materias, nin as actividades, nin os servizos sobre os que poden os municipios constituír mancomunidades. Utiliza a fórmula de obras e servizos determinados da súa competencia.

A) Obras e servizos de competencia municipal. Sempre, segundo a doutrina, nunha concepción ampla dos termos na que poidan encadrarse non só as competencias que enumere a Lei de réxime local, senón aquelas que nun momento determinado poidan exercer os municipios.

Quedarían fóra da mancomunidade aquelas competencias que non lle estivesen recoñecidas ao municipio. Por exemplo, a ordenación do territorio, os espazos naturais, os sectores da cultura, do ensino, etc.

Nestes casos o acordo de constitución sería nulo a falta de obxecto.

Así o entendeu o TS en sentenzas do 10 de febreiro de 2000 (sala 3ª, sección 4ª, pres. Baena del Alcázar), do 27 de outubro de 2000 (RA 445 de 2001), do 12 de decembro de 2000 (RA 10093) e do 9 de xullo de 2001 (RA 8753), (sala 3ª, sección 4ª, pres. Xiol Rius) cando di:

“Es obligado para esta Sala declarar que la constitución de Mancomunidades ha de llevarse a cabo para *la realización de obras o la prestación de servicios de acuerdo con el artículo 44.1* de la antes mencionada Ley Básica de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril. Ahora bien, como se ha dicho antes, está fuera de duda que con el fomento y desarrollo del uso del vascuence o euskera no se está realizando ninguna obra pública y, por otra parte, aun en el caso de que pudiera entenderse que se tratase de un servicio (lo que es más que dudoso), *habría de tratarse de uno de competencia municipal*. No es así en el caso ahora enjuiciado toda vez que según la Constitución y el Estatuto de Autonomía, por no mencionar el derecho propio de la Comunidad Autónoma en el que no debemos entrar en casación, el cumplimiento del fin o función de desarrollo del uso del vascuence, idioma oficial en el País Vasco al mismo tiempo que el castellano, es de competencia de la Comunidad Autónoma”.

B) A actividade ou as actividades teñen que ser determinadas. É unha esixencia legal de gran transcendencia da cal se deduce:

a) Que non cómpre recoñecerlles aos restantes sectores ou ámbitos, como teñen os municipios, o número da totalidade das competencias (art. 35.2º TR).

b) Tampouco se consideran legais as fórmulas de cláusulas xerais como o “fomento de los intereses de los municipios mancomunados”, o “desarrollo local”, o “fomento de los intereses de los municipios afectados”, etc.

c) As actividades teñen que realizarse en común. Deixan de ser privativas de cada un dos municipios afectados para pasar a xestionarse en común. A actividade ten que pertencer, polo tanto, a todos e ten que ser posible xestionalas en común; así excluíranse aquelas actividades que só é posible que as xestione cada municipio por si, como acontece coa policía local, (interpretación do TC que non lle permite á mancomunidade que revise o criterio favorable do TS, STS do 2 de maio de 1992 e RA 4445).

Xunto co obxecto, os estatutos das mancomunidades deben de determinar as competencias municipais que van exercer no ámbito funcional que lles fora recoñecido.

De conformidade co art. 44.1, como viñemos dicindo, as mancomunidades constitúense para a “ejecución en común de obras y servicios determinados”. É dicir, prestan uns servizos ou executan unhas obras que afectan a varios municipios e indícanos unha idea de supramunicipalidade que nos leva tamén a unha idea de xestión de intereses supramunicipais.

Pero a Lei 7/85 e as leis autonómicas<sup>17</sup>, con raras excepcións, non recollen este segundo aspecto, seguindo a liña da Lei de bases.

<sup>17</sup>A Lei de Aragón engade no art. 77: “la intervención coordinada en aquellos asuntos que promuevan el desarrollo económico y social de su ámbito” (art. 77).

As competencias que lle hai que traspasar á mancomunidade terán que estar de acordo cos fins desta. En principio, os municipios non poden traspasar todas as súas competencias, posto que senón habería que pensar nunha fusión, nunha agregación de municipios, etc. xa que:

a) A Lei 7/85 esixe que as obras ou servizos que prestarán en común sexan determinados.

b) O art. 35.2 do TR (Rd 781/86) di que non poderán as mancomunidades asumir a totalidade das competencias dos municipios asociados.

As competencias que se mancomunan non só son as propias, que se exercen baixo a súa responsabilidade, senón tamén as atribuídas por delegación ou por xestión ordinaria. O que acontece é que o réxime das competencias, pola súa propia natureza, é distinto. As delegacións terán que suxeitar o exercicio ao disposto no art. 27 da Lei 7/85.

## 7. Potestades

As potestades que poden ter as mancomunidades son as mesmas que as dos municipios que se fixan nos estatutos. Pode, pois, unha mancomunidade ter as mesmas potestades que os municipios, pero non máis, aínda que si menos se así se determina nos seus estatutos. Así se expresa o art. 4.3 da Lei 7/85 despois da redacción dada a este pola Lei 57/2003, do 16 de decembro ao dicir que:

*“Corresponden a las Mancomunidades de municipios, para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras de su competencia, las potestades señaladas en el apartado 1º de este artículo que determinen sus Estatutos”.*

Nin que dicir ten que as potestades que se lle outorgan o son para uns fins concretos que se sinalan nos estatutos. Pero cremos que o exercicio destas ten que ter a mesma dimensión que as potestades dos municipios, sen que sexa admisible ningunha restrición por parte das comunidades autónomas, como a lexislación de Castela e León que condiciona o exercicio da expropiación forzosa a unha autorización. Insistimos que, despois da Lei 57/2003, non é posible que ningunha lexislación autonómica condicione o exercicio desas potestades.

Pero a modificación introducida pola Lei 57/2003 vai máis lonxe aínda. Consérvaselle a voluntariedade da atribución de potestades á mancomunidade, pero introduce unha norma supletoria de gran transcendencia e que equipara os municipios ás mancomunidades no exercicio de potestades ao dicir que: *“en defecto de previsión estatutaria, les corresponderán ‘todas’ las enumeradas en dicho apartado”.*

O exercicio das potestades non estatutarias, pero atribuídas por aplicación subsidiaria do precepto mencionado, ten dúas limitacións, que ao noso xuízo, non son distintas das potestades atribuídas polos seus estatutos:

- a) Que sexan precisas para o cumprimento da súa finalidade.
- b) Que se exerzan de acordo coa lexislación aplicable.

## 8. Recursos económicos

O réxime económico das mancomunidades ten unha transcendencia definitiva na súa configuración, non só no aspecto substantivo dos ingresos e dos gastos, que no fondo non difiren do xeral, senón noutros aspectos que afectan á esencia mesma da mancomunidade. Esíxese legalmente no art. 44.2 da Lei 7/85 que nos estatutos se fixen os “recursos” da entidade. O art. 36.5º do TR (Rd 781/86) esixe que se fixe o réxime económico, concepto que nos parece un pouco máis amplo e no que se poden incluír os gastos:

- a) Comprende ingresos tributarios.
- b) Outros ingresos do dereito público (prezos públicos, subvencións, contribucións, multas, etc.).
- c) Ingresos do dereito privado.

En xeral, os recursos aludidos non presentan unha problemática distinta da que poden presentar nos municipios.

Así e todo, cremos que de todos merecen unha especial consideración as contribucións dos municipios promotores. En principio, atopámonos con que a fixación das contribucións fixas pode ser:

- a) Cotas iguais nas que prima a solidariedade.
- b) Cotas proporcionais ao número de habitantes, á superficie, aos ingresos, etc.

De calquera xeito, este tema, que ten que fixarse nos estatutos, non se pode desligar do número de representantes que os municipios teñen que ter nos órganos decisorios. Aínda que xuridicamente é posible, compréndese facilmente que o concello que máis contribúe ou que achega máis ca os demais non vai aceptar facilmente que os votos dos demais lles condicionen os seus propios orzamentos e as súas contribucións, xa que a longo prazo esa mancomunidade posiblemente non funcione adecuadamente.

Pero si é difícil de encontrar un equilibrio entre todos os concellos sobre todo cando son varios e desiguais. Non menor dificultade ten a efectividade das cotas á mancomunidade cando voluntariamente os municipios non as fan efectivas porque non queren ou non poden. Tan inembargable é o diñeiro dos concellos coma o da mancomunidade; ambas as entidades teñen privilexios ou cláusulas exorbitantes que fan que a executoriedade dos seus actos non funcione como nas relacións cos administrados.

Algunhas leis autonómicas, como a de Andalucía (art. 29), prevén a intervención da Comunidade autónoma mediante a solicitude a esta da retención do importe das contribucións non satisfeitas para o seu posterior ingreso nas arcas da mancomunidade. Algo similar se facía no réxime anterior, se ben a autoridade que debía de reter era o delegado de Facenda no momento de aprobación do orzamento. Así acontecía coa mancomunidade do Duranguesado; de calquera xeito, o seu excesivo formalismo ou a posición excesivamente ríxida dos funcionarios de Facenda facía case imposible a súa utilización.

Quizais, con base no art. 65 do RGR, se podería, suposta a cooperación e a colaboración obrigatoria do Estado, articular un procedemento para auxiliar as mancomunidades no cobro destas cotas. Ben é verdade que isto se atoparía, e sabémolo por experiencia, cunhas interpretacións do Ministerio de Facenda tan ríxidas e erróneas no conceptual que, adianto xa, sería un dificultoso camiño, e iso aínda que así se fixese constar nos estatutos e fora totalmente legal.

Non menos importancia ten o sistema de gastos ao que han de facer fronte estas contribucións municipais. Sirva o que dixemos aquí referente á representatividade.

Débase facer constar nos estatutos cal é a representatividade dos representantes respecto dos gastos, pois se non hai limitación podería, a través do orzamento da mancomunidade, crear unhas obrigas no municipio que non desexaba nin podería afrontar.

Podería facerse a distribución dos gastos ordinarios ou de investimento; pero o certo é que algunhas veces os gastos de entretemento serían maiores ca os do primeiro establecemento.

En definitiva, parece lóxico que os gastos en investimento ou primeiro establecemento teñan que ser aprobados polos municipios afectados, non así os de entretemento dos servizos, aínda que para evitar conflitos se poidan establecer limitacións, pero non excesivas, posto que se non a mancomunidade funcionará con menos rixidez e supoñemos que con pouca eficacia.

Por último, ímonos referir, aínda que sexa superficialmente, aos bens das mancomunidades. En principio, as cesións que se puideran facer poderían ser tales ou só a cesión de uso, cremos que sería suficiente para os fins que se perseguen. A cesión de propiedade posible tamén presentaría problemas na liquidación.

En definitiva, os bens dos que sexa titular a mancomunidade teñen o mesmo réxime ca os municipais. Os cedidos en uso terían o réxime derivado das condicións establecidas na súa cesión, podendo ter tamén bens propios unha vez desaparecida a limitación da lexislación anterior por aplicación (art. 79.2º RBRL e art. 76.2 do Rd 781/87).

### 1. Orixe dos consorcios e natureza xurídica.

#### Diferenzas coas mancomunidades

Os consorcios, creados por unha norma estatal ou autonómica, son persoas xurídicas nas cales as competencias, a composición e o funcionamento e os órganos do consorcio se determinan por lei. Non nos imos referir aquí a estes, posto que só os consorcios como manifestación da vontade de asociarse aos entes encaixa no presente traballo. Poden derivar dunha norma non dun pacto.

Aparecen no Regulamento de servizos das corporacións locais de 1955. A Lei de bases de réxime local recolle, no artigo 87, que os entes locais poden constituír consorcios con outras administracións públicas para fins de interese común ou con entidades privadas sen ánimo de lucro que persigan fins de interese público concorrentes cos das administracións públicas.

A Lei 7/1985 vén a ampliar o concepto de regulamento de servizos ao permitir a intervención de particulares.

En definitiva, o consorcio parécenos unha manifestación máis do dereito a asociarse que teñen os entes locais, pero nos que se inclúen a asociación con outras administracións públicas e, incluso, con entes particulares sen ánimo de lucro. É, en definitiva, un instrumento de cooperación económica, técnica e administrativa, entre a Administración local e outras administracións que dá orixe a unha entidade supramunicipal.

Por iso, convén diferenciar o consorcio da mancomunidade porque, en principio, ambos os dous son voluntarios (art. 57.1 da Lei de bases de réxime local), teñen personalidade xurídica propia (Conorcio: art. 110.2 do texto RRL), regúlanse por uns estatutos aprobados polos entes consorciados e, como vimos que son entes locais, os estatutos son, pois, normas locais. Os fins, o obxecto, as competencias e as potestades teñen que ser concretas, específicas, proporcionadas e congruentes.

As diferenzas poden ser:

- As mancomunidades son agrupacións voluntarias formadas por municipios mentres que os consorcios poden estar integrados por outras administracións e incluso por particulares.

- Os entes teñen distinto obxecto porque os estatutos das mancomunidades regulan un ente interadministrativo municipal no que o réxime asociativo rexe plenamente a vida do novo ente, en réxime de liberdade e de autonomía. Non acontece o mesmo cos consorcios onde, ao ser distintas as administracións, os fins non son homoxéneos. Pódese dicir que o consorcio é un ente ao servizo da xestión dun fin soamente. A posición económica diferenciada dos entes pode facer configurar os órganos de goberno de forma que recollan esa diferenza.

■ A tramitación dos estatutos é, por natureza, desigual porque cada administración interveniente ten as súas propias normas para acreditar a participación e a representatividade.

A Lei 5/97, de Administración local de Galicia, remite, no procedemento de constitución de consorcios, ao procedemento sobre mancomunidades.

## 2. Concepto e características

Son persoas xurídico-públicas constituídas para a asociación de varias administracións públicas ás que se lles poden unir entidades privadas sen ánimo de lucro que persigan intereses públicos concorrentes cos das administracións para a xestión de intereses públicos de competencia dos entes consorciados.

Son características do consorcio:

a) É un instrumento de cooperación económica, técnica e administrativa entre a Administración local e outras e con persoas privadas sen ánimo de lucro.

b) É unha forma de cooperación tipificada no art. 30.6.6) do Rd 781/86, cando sinala como formas de cooperación "la creación de consorcios" e outras formas asociativas.

c) En principio, non é un ente local, aínda que pode selo<sup>18</sup> cando intervéñ un.

### Natureza xurídica

Martín Mateo<sup>19</sup> considera os consorcios como entes locais de base corporativa. Esa tese podería romperse con carácter xeral na Lei 7/85, de bases de réxime local. En contra da tese de considerar os consorcios como entes locais podemos citar:

a) A Lei 7/85, na relación de entidades locais que realiza no art. 3.2, non inclúe o consorcio.

b) A alusión que se lles fai a estes no art. 87 da Lei 7/85, no capítulo II, "actividades e servizos" e no capítulo VI, "bens, actividades e servizos, e contratación", fai pensar que o consorcio é para o lexislador unha forma de xestión do servizo público.

---

<sup>18</sup> NIETO GARRIDO, Eva: "Naturaleza jurídica del consorcio administrativo a propósito de la sentencia del TS de 30 de abril de 1999", *REALA*, n° 285, páx. 249.

<sup>19</sup> MARTÍN MATEO, R.: *Los consorcios locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970.

—: *Entes locales complejos, mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas y áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987.

c) Abunda máis nese carácter negativo de considerar como entidade local o art. 57 da Lei 7/85, reguladora das bases de réxime local, cando, xunto ao convenio de colaboración administrativa, sitúa o consorcio.

d) A Lei 30/92 regula o consorcio fóra do ámbito local no seu art. 7, e a Lei 4/99, que modifica a anterior, introduce algunhas variacións, como a posibilidade de que non só a Administración do Estado constitúa consorcios, senón tamén os organismos públicos.

Ao noso modesto xuízo cremos que a cuestión pode concretarse da seguinte forma. Aceptamos, en principio, a tese do noso profesor R. Martín Mato, pero tamén comprendemos as dúbidas dalgún sector doutrinal<sup>20</sup> sobre a súa natureza xurídica, como, por exemplo, que a Lei de bases de réxime local non inclúa os consorcios como entes locais (art. 3.2), que se regulan no art. 87 da Lei dedicado a actividades e a servizos, como se fose unha modalidade de xestión de servizo público soamente, a regulación do consorcio xunto ao convenio, art. 57 da Lei de bases de réxime local e, en definitiva, a cualificación como ente local de todos os consorcios que parece desprenderse do art. 64 do Rd 781/86, aínda que é difícil de entender ese efecto expansivo da lexislación de réxime local.

Convén, de calquera forma, realizar algunha precisión. Os consorcios regúlanse na lexislación estatal na Lei 30/92, no título primeiro da Lei, referente ás relacións entre administracións públicas e, concretamente, aos convenios de colaboración cando di o art. 7 que: "la gestión del convenio haga necesario crear una organización común que tendrá personalidad jurídica".

Pero o art. 9, recollido no título II, regula as relacións entre a Administración Xeral do Estado, ou as comunidades autónomas, cos entes locais, e remite a un convenio a lexislación básica en materia de réxime local. Por suposto, un consorcio, como forma estable de organización, rexerase pola lexislación de réxime local básica e, polo tanto, aquel inconveniente que a doutrina<sup>21</sup> vía no efecto excesivo da lexislación de réxime local, atópase ampliada pola propia lexislación da Administración Xeral do Estado. Ben é verdade que na xestión dos servizos encomendados pode o consorcio utilizar calquera das formas previstas na lexislación aplicable. Pero concluímos que se a aplicable é a de réxime local, será porque é un ente local (art. 6.5 da Lei 30/92 actual).

Este é o argumento que, en definitiva, recolle a sentenza do Tribunal Supremo do 30 de abril de 1999 (sala 3ª, sección 7ª. Relator: Goded Miranda), cando di que "formando parte el Consorcio de la Administración Pública, no cabe sino considerarlo integrado en la Administración

<sup>20</sup> SOSA WAGNER, F.: "Mancomunidades y otras formas asociativas", *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, 1988.

<sup>21</sup> NIETO GARRIDO, E., ob. cit.

Local, como una entidad local, ya que se constituye al amparo de los arts. 57 y 87 de la Ley 7/85, por lo que le es aplicable con carácter imperativo el art. 92.3 de dicha Ley”.

A afirmación de Nieto Garrido de que só terá natureza local se os estatutos así o definen parécenos excesivamente pragmática. É difícil que unha administración se someta á lexislación doutra, en cuxa opción desempeñan un papel importante os funcionarios e os seus coñecementos (competencia profesional sobre a lexislación), e menos se contribúe economicamente. Pero cremos que o art. 9 da Lei 30/92 deixa poucas opcións interpretativas e a sentenza considerámola totalmente coherente e acertada. Se os estatutos din outra cousa, serían ilegais por infracción do art. 9. A Administración dominante sempre ten a opción de elixir outra forma de xestión. Se elixe o consorcio ten que ser local.

Os argumentos que se sinalan na sentenza citada son:

“..... Formando parte el Consorcio de la Administración Pública no cabe sino considerarlo integrado en la Administración Local, como una entidad local, ya que se constituye al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 y 87 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, por lo que le es aplicable lo dispuesto con carácter imperativo por el artículo 92.2 de dicha Ley”.

No mesmo sentido a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 21 de xullo de 2004 (pres.: Seoane Pesqueira), non deixa ningunha dúbida sobre a natureza do ente local do consorcio en litixio formado polos concellos que nesta se citan. Di no fundamento xurídico cuarto: “no cabe dudar de que los consorcios han de integrarse en la categoría de las entidades locales”.

Os entes locais complexos dotados de personalidade xurídica, non só porque así o establece expresamente o art. 149.2 da Lei 5/97, de Administración local de Galicia, sendo os consorcios entes integrados na Administración pública, hai que consideralos integrados na Administración local como entes locais.

Dá os argumentos positivos desta afirmación ao soste que se “constituye al amparo de los arts. 57 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local”.

Non obstante, os consorcios non aparecen como entidades locais enumeradas nos arts. 3 e do 42 ao 45 da Lei de bases de réxime local, nin no 1 e 45 do Rdl 781/86, argumento utilizado por Eva Nieto para afirmar que a uniforme doutrina de considerar o consorcio como un ente local romperase na Lei 7/85. A pesar diso a sentenza rebate estes argumentos cando di:

“sin embargo los consorcios se configuran como órganos de relaciones interadministrativas de carácter voluntario para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administra-

ciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes, con los de las Administraciones Públicas (artículos 57 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y 61, 69 y 100 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril) y se regirán por la legislación de régimen local, según su artículo 64, si bien gozarán de personalidad jurídica propia y sus estatutos determinarán sus fines, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero, según se dispone en el artículo 100.

Los artículos 87 de la Ley 7/1985 y 110 del texto refundido 781/86, de 18 de abril, señalan que las entidades locales pueden constituir consorcios y en el número tercero remite a los Estatutos que han de determinar las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero”.

En definitiva o consorcio é un ente local, tanto por estes argumentos legais como porque así o recolle o seu Estatuto.

### 3. Procedemento de constitución

O art. 196.2 da Lei 5/97, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia dinos que o procedemento e as regras que deberán observar os procedementos para a constitución dos consorcios locais e para a aprobación dos seus estatutos, así como para a súa modificación ou disolución, serán os establecidos no art. 150 e ss. aos que se remite. O mesmo acontece para a súa modificación.

A regulación dos consorcios na lexislación de réxime local é moi lacónica e tense que completar coa que promulguen as comunidades autónomas.

#### Elementos

##### a) *Subxectivos*

■ Poden constituír consorcios, de conformidade co art. 87 da Lei 7/85 e co art. 110 do Rd 781/86, as entidades locais con outras administracións. A Lei 30/92 engade que, despois da modificación da Lei 4/99, art. 6, se estende aos organismos públicos vinculados ou dependentes desta (art. 149.1.a) da Lei de Administración local de Galicia).

■ Entidades privadas sen ánimo de lucro que persigan fins de interese público concurrentes cos das administracións públicas (art. 87 da Lei 7/85, art. 110 do Rd 781/86 e art. 149 da Lei de Administración local de Galicia).

##### b) *Formais*

Xa sabemos que, de conformidade co art. 44 da Lei 7/85, se lle encomenda á lexislación das comunidades autónomas o procedemento para a constitución de mancomunidades; polo tanto, cremos que o mesmo

acontece cos consorcios. Así, a Lei de Administración local de Galicia no seu art. 150 regula o procedemento para a tramitación da constitución do consorcio.

O art. citado considera que o expediente para a constitución de consorcios locais, así como a elaboración e conseguinte aprobación dos seus estatutos, se iniciará polo acordo dos entes locais promotores que se adoptarán por maioría absoluta. A mesma que esixe o art. 47.3 da Lei 7/85.

Constitúese a Comisión xestora con representantes das entidades consorciadas que terán a representación dos entes ata a constitución definitiva do consorcio, que elaborará os estatutos e tramitará o expediente ata a constitución definitiva dos órganos de goberno.

Se forma a xunta cítase o disposto no art. 196 da Lei.

#### *c) Estatutos*

O contido dos estatutos, art. 110.3 do Rd 781/86, determinará os fins destes, así como o réxime funcional, orgánico e financeiro.

Por contraste coas mancomunidades, os fins do consorcio son máis concretos e determinados ca os das mancomunidades que, sen deixar de ser estes, son un pouco máis amplos; todo iso como consecuencia da natureza dos entes consorciados.

A única limitación que se establece é que nos órganos de goberno teñen que ter representación todos os entes consorciados na proporción que sinalen os estatutos.

A forma de representación marcará cada entidade de acordo coas súas normas particulares.

#### *d) Personalidade xurídica*

O consorcio forma, así, unha persoa xurídica nova; o art. 110.2 do Rd 781/86 di que os consorcios gozarán de personalidade xurídica propia e o art. 149.2 da Lei de Administración local de Galicia engade que gozará de capacidade para o cumprimento dos seus fins.

Como consecuencia diso e para a xestión dos seus servizos, poderán utilizar calquera forma prevista na lexislación de réxime local, dubidando Sosa Wagner do efecto expansivo da lexislación de réxime local, por non ser sempre os consorcios entes locais. A iso hai que traer a colación o manifestado no art. 9 e 14 da Lei 30/92. 

# AS OFICINAS DE ASISTENCIA ÁS VÍTIMAS (BASES PARA A SÚA IMPLANTACIÓN NA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA)<sup>1</sup>

Xulio Ferreiro Baamonde

Profesor axudante de dereito procesual  
Universidade da Coruña

## 1. Introducción

### 1.1. O concepto de oficina de asistencia ás vítimas

Un dos principais dereitos que se lles recoñece ás vítimas de delitos é o de recibir unha atención asistencial por parte do Estado que lle axude a levar as consecuencias da vitimización, tanto primaria coma secundaria<sup>2</sup>. Así se fai na Declaración das Nacións Unidas do 29 de novembro de 1985, sobre principios básicos de xustiza para as vítimas do crime e abuso de

---

<sup>1</sup> Este artigo ten a súa orixe nun traballo de investigación realizado baixo o auspicio da Excm. Deputación Provincial da Coruña, que me adxudicou unha bolsa de investigación da convocatoria de 2002, para a confección dun estudo sobre a necesidade de crear unha rede de oficinas de asistencia ás vítimas na provincia da Coruña.

Quixera expresarlles o meu agradecemento aos compoñentes dos servizos de asistencia ás vítimas de Madrid e Bilbo pola súa axuda prestada na confección deste artigo e a amable e cálida acollida que en ambos lugares me dispensaron durante a miña investigación.

<sup>2</sup> Por *vitimización secundaria* hai que entender aqueles danos que se lle causan á vítima polo seu contacto co sistema penal e que se unen aos directamente causados polo delito. *Vide*, ao respecto, HERRERO ALONSO, C.; GARRIDO MARTÓN, E.: "Victimología, el impacto del delito, la víctima y el sistema legal. Una aproximación psicosocial", en *Criminología aplicada II*, Madrid, 1999, páx. 46.

poder, na Convención Europea, do 24 de novembro de 1983, sobre a compensación ás vítimas de delitos violentos, na Recomendación (87) 21, do Comité de Ministros do Consello de Europa do 17 de setembro, sobre a asistencia ás vítimas e prevención da vitimización; na Decisión-Marco do Consello da UE, do 15 de marzo de 2001, pola que se establece un estatuto para as vítimas de delitos; ou mesmo na Lei 35/1995, de axudas e asistencia ás vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual.

Un servizo estatal fundamental á hora de posibilitar unha efectiva asistencia para quen teña sufrido un delito son as oficinas de asistencia ás vítimas. Estas configúranse como entidades formadas por un equipo multidisciplinar, integrado por xuristas, traballadores sociais, criminólogos e psicólogos que asisten a calquera cidadán que é vítima dun delito. O modelo e o tamaño deste equipo pode variar e adoptar diversas formas dependendo da poboación que teña que atender, o tipo de cidadáns aos que atenda preferentemente e o modo de financiamento<sup>3</sup>.

Os servizos de asistencia ás vítimas están chamados a cumprir un labor fundamental, que será o de ofrecer diversos tipos de axuda a aquelas persoas que, tras ter sufrido un delito, se aproximen a elas. A asistencia que están destinadas a prestar será, como se comprobará, de diversos tipos, de modo coherente coa composición multidisciplinar que se sinalou. O seu primeiro campo de actuación será o de prestarlle información á vítima no seu contacto co sistema penal, dándolle a coñecer cal é o funcionamento da Administración de Xustiza, en relación co seu caso, e das súas posibilidades de actuación dentro deste, incluídas aquelas relacionadas coa súa protección persoal. Na propia oficina, ademais, debe existir a infraestrutura suficiente para ofrecer apoio psicolóxico ás vítimas de delitos, de modo que no seu seo se poidan proporcionar servizos terapéuticos neste ámbito.

Ademais de ofrecer certas prestacións de modo directo, as oficinas de asistencia ás vítimas débense configurar como un verdadeiro vínculo entre a vítima e os diversos recursos comunitarios<sup>4</sup>. A oficina será, neste sentido, unha ponte entre a vítima e os servizos sociais en xeral, cuxa exis-

---

<sup>3</sup> Vide GONZÁLEZ VIDOSA, F.: *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, pág. 32. Unha definición semellante recóllese nos EE.UU. pola Oficina para as Vítimas do Delito (OVC), que describe a actuación de asistencia ás vítimas como unha completa defensa e campo de servizo dedicado a cubrir as necesidades físicas, financeiras e psicolóxicas das vítimas e das súas familias. As organizacións de asistencia, segundo esta mesma definición, poderán elixir, abranguer e servir a todos os tipos de vítimas ou ser selectivas e servir só a certos tipos (tales como as vítimas de delitos de agresión sexual, p. ex.). As organizacións poden ser gobernamentais, privadas ou unha combinación de ambas as dúas. O servizo que se debe subministrar pode ser local, estatal, rexional, nacional ou acadar a dúas ou máis destas xurisdicións.

<sup>4</sup> REIEF, R.: *The invisible victim*, New York, 1979, pág. 188.

tencia e dispoñibilidade pode ser descoñecida para un cidadán que se encontra nunha situación de desamparo por primeira vez, a consecuencia da vitimización. Será importante, por iso, que nas oficinas exista un coñecemento suficiente destes recursos asistenciais e que se poidan derivar a eles a todas as persoas cuxas necesidades post-delituais non poidan ser cubertas directamente polo Servizo de Asistencia ás Vítimas.

Por último, as oficinas de asistencia están chamadas a cumprir un papel maior ca o de ofertar unha serie de servizos ás vítimas de delitos. Os servizos de asistencia ás vítimas deben converterse nun referente simbólico para que tanto a sociedade coma o sistema penal tomen conciencia da problemática vítimal e se produza, cando sexa preciso, un cambio nas actitudes dos actores deste último no seu trato cos ofendidos por feitos delituosos. Os servizos de asistencia deben fomentar a imaxe e as necesidades da vítima dentro da Administración de Xustiza, realizando labores de información, tamén, aos membros dos diversos corpos que traballan no seu seo, e potenciando a coordinación das diversas institucións implicadas: xuíces, fiscais, funcionarios, policía, servizos sociais, etc...

Tamén a súa mera existencia está destinada a crear un sentimento de seguridade na poboación que pode contemplar, deste xeito, como o Estado se está preocupando por todas as partes implicadas na problemática delituosa e como, no caso de sufrir a continxencia de verse afectado por unha acción deste carácter, existe un lugar onde acudir para poder paliar os seus efectos negativos. A creación deste clima de seguridade debería levar a aumentar a confianza da cidadanía no sistema e, en consecuencia, lograr unha maior colaboración coa Administración de Xustiza, aumentando o número de denuncias, por exemplo.

## 1.2. A creación de servizos asistenciais para as vítimas no dereito estranxeiro: o caso do Reino Unido e dos Estados Unidos

### 1.2.1. *O caso de Victim Support en Inglaterra*

A orixe dos servizos de asistencia ás vítimas en Inglaterra ten lugar a partir dun grupo de traballo multidisciplinar creado na cidade de Bristol en 1969, pola *Bristol Association for the Care and Resettlement of Offenders*, preocupado polas escasas solucións que o sistema penal lles ofrecía ás vítimas de delitos e coa misión de explorar o lugar da vítima dentro deste<sup>5</sup>. Deste pequeno grupo de traballo xurdiría unha rede nacional que chega na actualidade a todos os lugares do Reino Unido.

<sup>5</sup> HOLTON, C.; RAJNOR, P.: "Origins of victims support philosophy and practice", en *Victims of crime, a new deal?*, Philadelphia, 1988, páx. 17.

Como continuación deste traballo inicial, en 1972 créase o primeiro proxecto de *Victim Support*, onde se implicaron, ademais dos membros de NACRO, a policía e o Servizo de Liberdade Vixilada (*probation*). Neste proxecto intentábase cubrir as necesidades das vítimas, pero descubriuse que, a pesar de que estas se encontraban con significativos problemas de carácter emocional, práctico e financeiro, non existían servizos nin axencias legais que tivesen a responsabilidade de axudalos. A este primeiro grupo de Bristol seguíronlle outros en todo o Reino Unido, creándose en 1979 unha organización matriz para coordinar e desenvolver o proxecto *Victim Support* en toda Inglaterra e Gales, ofrecéndolles asistencia e información aos grupos locais e sentar estándares de actuación –a Asociación Nacional de *Victim Support* (NAVSS)–. Baixo os auspicios desta nova organización conseguiuase que en 1986 existisen 247 grupos locais afiliados a esta asociación nacional, para os que traballaban unhas 5.000 persoas –a maioría voluntarios– e que atendían anualmente máis de 65.000 vítimas<sup>6</sup>. Para 1986 xa existía algún *Victim Support* en todos os condados de Inglaterra e Gales, así como un comité nacional para desenvolver o servizo en Irlanda do Norte<sup>7</sup>.

O crecemento de *Victim Support* provocou, na década dos 80, que, a pesar do carácter privado que posúe, se convertese nun importante actor do sistema xurídico-penal británico, conseguindo en 1988 que o *Home Office* publicase un folleto informativo para que a policía llelo entregase a todas as vítimas que denunciasen un delito, con información referida, entre outras cuestións, á existencia e aos servizos ofrecidos por *Victim Support*<sup>8</sup>. Influíu tamén nas políticas gobernamentais en relación coa atención e os dereitos das vítimas e testemuñas<sup>9</sup>. Desempeñou un papel definitivo na introdución da *Carta das Vítimas* de 1990, presentou en 1995 un informe sobre a xustiza penal, cuxas conclusións foron aceptadas e adoptadas polo Goberno; o seu informe *Criminal Neglect* (2002) foi seguido de preto polo *Home Office*, adoptando a súa chamada aos departamentos gobernamentais fóra da xustiza penal para recoñecer e axudar as vítimas e as testemuñas. Máis recentemente traballaron de preto co Goberno para realizar a nova *Violence, Crime and Victims Bill*, que, entre outras cousas, establecerá a introdución dun comisionado das vítimas, algo que foi longamente perseguido por *Victim Support*.

---

<sup>6</sup> REEVES, H.: "Victims support Schemes: the United Kingdom Model", *Victimology*, Vol. X, 1985, nº 1-4, páx. 679.

<sup>7</sup> VICTIM SUPPORT: *30:30 vision. Victim Support at 30 and the challenges ahead*, London, 2004, páxs. 2-4.

<sup>8</sup> VICTIM SUPPORT: *30:30 vision. Victim Support at 30 and the challenges ahead*, London, 2004, páxs. 2-4.

<sup>9</sup> VICTIM SUPPORT: *30:30 vision. Victim Support at 30 and the challenges ahead*, London, 2004, páx. 9.

En 2002, tamén, as *National Audit Office* concluíron nun estudo que a maioría das vítimas estaban satisfeitas co traballo ofrecido por *Victim Support* e declaraban que a organización supoñía un activo notable para o movemento do voluntariado.

En todo este tempo, *Victim Support* facilitou información, axuda práctica e apoio emocional a todas as persoas que sufriron un delito, así como aos seus familiares e amigos. Os seus servizos están fortemente afianzados no principio de compromiso comunitario. Trata de asegurar que os voluntarios –que maioritariamente forman o cadro de persoal de *Victim Support*– reflicten a diversidade das comunidades nas que traballan e que os seus servizos sexan igualmente accesibles a todos os cidadáns. Conseguiron que todos os tribunais penais de Inglaterra e Gales teñan na actualidade un servizo de testemuñas, que o mesmo *Victim Support* xestiona. Neste servizo, tanto o persoal profesional coma os voluntarios axudan as vítimas, testemuñas e as súas familias e amigos nos tribunais a familiarizarse cos xulgados antes das vistas, dan apoio no día no que esta se produce, así como información sobre os procesos e procuran axuda suplementaria tras as audiencias xudiciais<sup>10</sup>.

### 1.2.2. O nacemento da asistencia ás vítimas nos EE.UU.

Nos primeiros anos da década de 1970 tivo tamén lugar a aparición dos programas de asistencia ás vítimas nos EE.UU., motivados, en gran medida, pola actuación da *Law Enforcement Assistance Administration* (LEAA) do Departamento de Xustiza, que financiou, en 1974, oito programas de asistencia ás vítimas a través da Asociación Nacional de Fiscais de Distrito, como o desenvolvemento no *Crime Victims Service Centers* do Bronx en colaboración tanto con LEAA coma co *Albert Einstein College of Medicine*<sup>11</sup>. Durante esta década as oficinas dos fiscais desenvolveron estes programas nas áreas metropolitanas maiores, mentres noutras zonas eran as policía rurais, as das pequenas cidades ou, en menor medida, axencias de servizos sociais ou organizacións non gobernamentais<sup>12</sup>. De modo paralelo, en 1975, créase, en Fresno (California), a Asociación Nacional de Asistencia ás Vítimas (NOVA), por persoal dos servizos sociais e de xustiza penal, que tería tamén un papel dinamizador no xurdimento dos programas locais de asistencia<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> VICTIM SUPPORT: *30:30 vision. Victim Support at 30 and the challenges ahead*, London, 2004, páx. 6.

<sup>11</sup> Vide FRIEDMAN, D.M.: "A program to service crime victims", en *Victims and society*, ed. Emilio C. Viano, Washington, 1976, páx. 484.

<sup>12</sup> ROBERTS, A.R.: "Introduction and Overview of victimology and victim services", en *Helping crime victims*, Newbury Park, CA, 1990, páx. 30.

<sup>13</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 2-3.

Coa chegada ao poder de Ronald Reagan a principios dos 80 desaparece LEAA, polo que decaeron os fondos existentes para programas de asistencia ás vítimas. Como resultado, moitos programas tiveron que botar man de fondos locais, experimentando unha diminución dos seus orzamentos. Con fondos máis reducidos tiveron que recortar os seus servizos e restrinxir outros para certas clases de vítimas. Con todo, en 1982, o *Presidential Task Force on Victims of Crime* investigou as necesidades das vítimas e os modos máis efectivos de enfrontarse a elas. O *Task Force* recomendou que os gobernos federal, estatais e locais, xunto con organizacións privadas, levasen a cabo unha serie de accións encamiñadas a mellorar a posición das vítimas, incluíndo a creación de mecanismos para asegurar fondos permanentes para os programas de asistencia existentes. En 1984, o Congreso levou á práctica unha das principais recomendacións do *Task Force*: a *Victim of Crimes Act*. Nesta lei créase a Oficina para as Vítimas de Delitos, dentro do Departamento de Xustiza, que, entre outros esforzos significativos, proveu de fondos aos estados para que realizasen programas de asistencia e compensación ás vítimas.

Como resultado, nos anos 90, nos EE.UU., comprobouse que tanto organizacións privadas coma entes estatais e locais respondían á presión pública de defender os dereitos das vítimas de delitos e o Goberno Federal asumía un forte liderado no movemento dos dereitos das vítimas<sup>14</sup>.

### 1.3. A creación das oficinas de asistencia ás vítimas en España

En canto á situación en España, a creación de servizos de atención específicos para as vítimas de delitos sufriu, de modo semellante ao que se viu con respecto a outros servizos asistenciais, un retraso, se se compara coa actividade despregada noutros estados de Europa Occidental e nos EE.UU. Outra característica fundamental, que diferencia as oficinas de asistencia ás vítimas españolas con respecto a outras entidades semellantes dos estados do noso contorno, é que, mentres na xeneralidade dos estados a creación de servizos asistenciais para as vítimas xurdiu de iniciativas privadas ou fortemente arraigadas na comunidade (é o caso que se viu de *Victim Support* ou de NOVA) en España a iniciativa fundamental para a aparición e desenvolvemento destes servizos naceu das institucións públicas, que promoveron a aparición e dotación destas oficinas, aínda que nalgúns casos fosen posteriormente organizacións privadas sen ánimo de lucro as que se fixeron cargo da súa xestión cotiá.

As primeiras iniciativas para crear oficinas de atención especificamente dirixidas ás vítimas de delitos con carácter multidisciplinar realízanse na cidade de Valencia, onde a Generalitat Valenciana crea, en colaboración

<sup>14</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 2-3.

co concello desta cidade e os xulgados situados nesta cidade, a primeira oficina deste tipo en España, no ano 1985<sup>15</sup>. Con posterioridade, e baixo formulacións similares, créanse en Barcelona<sup>16</sup> e Palma de Mallorca<sup>17</sup> en 1989 e no País Vasco en 1991<sup>18</sup>, aproveitando as competencias autonómicas na materia. Esta era a infraestruturas existente en España ao tempo de promulgarse a Lei 35/1995, do 11 de decembro, de axudas e asistencia ás vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual, que pretenderá xeneralizar a creación das oficinas e establecer unha rede estable en todas as capitais de provincia e outras cidades de importancia.

A creación das primeiras oficinas de asistencia ás vítimas prodúcese por un impulso de certas comunidades autónomas que aproveitan as competencias transferidas en materia de asuntos sociais, sanidade, xustiza ou promoción dos dereitos humanos (art. 9 EAPV) para desenvolver políticas activas en prol das vítimas de delitos. O art. 16 da Lei 35/1995 fai referencia expresa á creación destas oficinas e posibilita a súa xestión autonómica ou municipal. A coordinación entre as diversas administracións territoriais, polo tanto, parece imprescindible para o correcto desenvolvemento das funcións que estes servizos deben desenvolver e ofrecer unha atención integral á vítima, habida conta do marco de competencias configurado pola Constitución, os estatutos de autonomía e a normativa de desenvolvemento<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Para un estudo polo miúdo da creación das oficinas valencianas, en funcionamento desde abril de 1985, *vide* VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: "Ayudas y asistencia...", *op. cit.*, páx. 22; DE MIGUEL, M.E.: "La asistencia respecto a las víctimas...", *op. cit.*, páx. 145; LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, *op. cit.*, páxs. 112-113; NEUMAN, E.: *Victimología...*, *op. cit.*, páx. 297; e MONTERDE FERRER, F.: "Victimología...", *op. cit.*, páxs. 257-259.

<sup>16</sup> Creada polo Ayuntamiento de Barcelona en abril de 1989. *Vide* VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: "Ayudas y asistencia...", *op. cit.*, páx. 22; e LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, *op. cit.*, páx. 113.

<sup>17</sup> O goberno balear abriu en decembro de 1989 a Oficina de Axuda ás Vítimas do Delito, con funcións de atención e asistencia ás persoas que fosen vítimas de calquera tipo de delito. *Vide* VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: "Ayudas y asistencia...", *op. cit.*, páx. 22.

<sup>18</sup> No País Vasco existe desde 1991 o Servizo de Asistencia á Vítima con sede no Pazo de Xustiza de Bilbo, creado polo Goberno vasco a partir do art. 9 do Estatuto de Gernika que lle outorga á Comunidade autónoma competencia para a promoción dos dereitos humanos no ámbito da súa competencia. En 1994 estableceuse un SAV en Donostia e en 1995 outro en Gasteiz. *Vide* VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: "Ayudas y asistencia...", *op. cit.*, páx. 22; DE MIGUEL, M.E.: "La asistencia respecto a las víctimas...", *op. cit.*, páxs. 147-150; PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.R.: "La asistencia a las víctimas...", *op. cit.*, páxs. 160-162 e CONDE, M<sup>a</sup>. J.: "Los derechos humanos...", *op. cit.*, páx. 128. Este servizo foi complementado coa creación dun programa de atención psicolóxica para vítimas de agresións sexuais. *Vide* BERISTAIN IPIÑA, A.: "¿La sociedad/judicatura...?", *op. cit.*, páx. 281.

<sup>19</sup> A necesidade da colaboración entre os diferentes entes territoriais foi destacado por VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P.: "Ayudas y asistencia...", *op. cit.*, páx. 23. A dispersión

Actualmente, tras un lento proceso de implantación, existen oficinas de asistencia ás vítimas en todas as capitais de provincia e noutras cidades relevantes de todas as comunidades autónomas, excepto Galicia. Algunhas delas foron creadas polas comunidades autónomas con competencia na materia e as restantes son directamente xestionadas polo Ministerio de Xustiza, aínda que con colaboración da comunidade autónoma, que se encarga habitualmente de dotar material, persoalmente, á oficina, a fin de garantir a asistencia, introducir as melloras que considere precisas e difundir entre a poboación e sectores implicados a posta en marcha da oficina. Pola súa parte, o Ministerio de Xustiza proporciona os servizos necesarios para o seu mantemento e facilita o acceso e a colaboración do persoal dos xulgados<sup>20</sup>.

## 2. As funcións das oficinas de asistencia ás vítimas

As oficinas de asistencia ás vítimas deben intentar atender dun modo integral todas as necesidades das persoas que sufriron algún delito de calquera tipo, xa sexa directamente, ou ben mediante derivación a outras entidades asistenciais. Verase que, tal e como foi deseñado nas experiencias doutros estados e pola propia evolución da institución, foi adquirindo un abano amplo de funcións que intentan cubrir tres campos principais de actuación: o xurídico, o social e o psicolóxico, pero conectados e coordinados en todo momento, desenvolvendo un traballo interdisciplinar que pretende defender os dereitos das vítimas, tendo en conta as súas necesidades<sup>21</sup>.

---

competencial é unha fonte de problemas no quefacer cotián dos SAV xa que se encontran entre dous ámbitos competenciais xestionados por organismos diversos e por entidades territoriais que comparten competencias. Así, a Administración de Xustiza onde o nivel estatal se coordina coas CC.AA. con competencias na materia e, ademais, dentro do ámbito estatal coexisten o Poder Xudicial e o Ministerio de Xustiza. Ademais, debe coordinarse este labor coa Policía –Ministerio do Interior– e a Garda Civil –Ministerio de Defensa–. No ámbito asistencial, as competencias maioritarias son autonómicas, pero tamén os concellos posúen funcións e o Estado central, con departamentos diferentes.

<sup>20</sup> Sirva como exemplo o convenio para a posta en funcionamento da Oficina de Axuda ás Vítimas do Delito en La Rioja, publicado por Resolución do 2 de xullo de 1998, da Secretaría de Estado de Xustiza, no BOE nº 171, do 18 de xullo de 1998, no cal se crea unha comisión de seguimento do convenio, presidida por un representante do Consello Xeral do Poder Xudicial.

<sup>21</sup> *Memoria del año 2002 del Servicio de Asistencia a la Víctima de la C.A.V.*, Bilbo, 2003, páx. 4. As funcións que aquí se sinalan para os servizos de asistencia ás vítimas céntranse na experiencia das oficinas en funcionamento en España, pero comprobárase que a maioría son comúns nas experiencias comparadas, como EE.UU. ou Inglaterra. Incluso en lugares como Serbia ou Sudáfrica, pode verse como a descrición dos servizos ofrecidos é semellante. Vide COPIC, S.: "Crime victims in the criminal justice

O primeiro ámbito de actuación das oficinas será o puramente xurídico. Neste campo, os servizos de asistencia están destinados a proporcionarlles, en primeiro lugar, información ás vítimas sobre os procesos xudiciais e a súa intervención neles. Ademais, como se verá, serán numerosas as actividades que se realizan en colaboración coa Administración de Xustiza e na relación das vítimas con esta. Neste sentido, tratarase de facilitar a quen teña necesariamente que convivir co sistema penal o seu contacto con este, para o que o persoal das oficinas ofrecerá determinados servizos, como acompañamento ás vistas, interesarse polos progresos do caso, mediar á hora de conseguir medidas de protección para a vítima, etc... En xeral, podemos encadrar neste ámbito de actuación aquelas actividades que vaian encamiñadas a diminuír no posible a vitimización secundaria.

En segundo lugar, tal e como se configuraron as oficinas de asistencia ás vítimas no Estado español, estas deben ter como unha das súas misións prioritarias encamiñar todos os recursos de asistencia social que as diversas administracións públicas poñen a disposición dos cidadáns e que poidan servir para atender as necesidades que xorden tras a vitimización. Neste sentido as oficinas deben contar con persoal que poida guiar a vítima no seu achegamento aos recursos asistenciais e coordinarse con outras instancias locais ou autonómicas, de modo que se optimicen as posibilidades existentes. As oficinas ofreceranlle á vítima as opcións ao seu alcance e indicaranlle as posibilidades de actuación para que sexa esta quen decida cales se adaptan mellor ás súas necesidades. Posteriormente, poderán axudarlles a que realicen os trámites necesarios para recibir certas axudas ou incluso xestionar directamente o seu acceso a servizos sanitarios, refuxios, casas de acollida, institucións tutelares, etc...

Considerouse moi importante nas oficinas españolas a posibilidade de que as vítimas accedan á asistencia psicolóxica na propia institución. As consecuencias psicolóxicas da vitimización son peculiares<sup>22</sup>, polo que é necesario contar con psicólogos nas oficinas que poidan realizar un primeiro diagnóstico e atención de crise, e, posteriormente, realizar un seguimento ou iniciar unha terapia que consiga repoñer a vítima, na medida do posible, ao estado en que se encontraba con anterioridade a que tivese lugar o feito delituoso.

---

system and the role of the victim support service in Serbia", comunicación presentada ao XI Simposio Internacional de Victimología, Stellenbosch, 2003, páx. 11 e OLIVIER, N.: "The role of the investigator in victim support: a case study of South African investigators", comunicación presentada ao XI Simposio Internacional de Victimología, Stellenbosch, 2003, páxs. 4-5.

<sup>22</sup> SEBBA, L.: *Third parties. Victims and the criminal Justice System*, Columbus, 1996, páxs. 80-81.

Por último, existe outra serie de servizos, que podíamos denominar transversais, nos que non se trataría tanto de incidir na situación individual de vítimas concretas, senón en promocionar a “causa das vítimas” ante a sociedade e ante outras institucións públicas. Este tipo de tarefas tratarían de impulsar ante outras instancias o coñecemento das oficinas de asistencia ás vítimas e a necesidade de mellorar o trato que se ofrece ás persoas vitimizadas. Neste ámbito, as oficinas deben darse a coñecer para que os cidadáns sexan conscientes da súa existencia, pero tamén deben mediar ante outras institucións –sanitarias e sociais– para que estas teñan en conta as necesidades específicas das vítimas e para coordinarse con elas, de modo que se poida producir un paso fluído dunhas a outras. Deben, tamén, incidir no persoal da Administración de Xustiza, para que se mellore o trato ás vítimas de delitos. Trataríase, tamén, de que as oficinas fosen unha canle de comunicación privilexiada entre a Administración de Xustiza e a sociedade de xeito que se dea a coñecer a actuación da primeira no seo da segunda e de que se atenda máis ás necesidades dos cidadáns no discorrer ordinario do sistema procesual<sup>23</sup>. Deste modo, conseguiríase un aumento da confianza pública na xustiza e, ao mesmo tempo, unha maior colaboración cidadá con esta.

As oficinas de asistencia tamén poderán coordinar tarefas de formación en temas relacionados coa súa actuación destinadas ao persoal policial ou xudicial. Así mesmo, poderán no seu seo realizarse tarefas de investigación, dado o gran potencial de recollida de datos que pode ter unha entidade deste cariz, o que redundaría nun maior coñecemento da vitimización e, polo tanto, dos modos de evitala ou de enfrontarse a esta<sup>24</sup>.

En conclusión, as funcións que as oficinas de atención ás vítimas deberán cumprir oriéntanse a lograr estabilizar a vítima ante a situación na que está tras a comisión do delito<sup>25</sup>. Preténdese que a vítima reciba unha atención integral<sup>26</sup>, xa sexa directamente a través do persoal das oficinas ou

---

<sup>23</sup> *Servicio de Asistencia a la Víctima: Dossier informativo*. Este foi o obxectivo do proxecto de colaboración entre a Oficina de Axuda ás Vítimas de Valencia e o Xulgado de Instrución nº 2 da mesma cidade, tal e como sinala GARCÍA BECEDAS, M.J.: “La victimología como ciencia y su trasposición a la realidad a través de las oficinas de ayuda a las víctimas de los delitos (OAVD)”, *Diario La Ley*, nº 4906, páx. 3.

<sup>24</sup> *Servicio de Asistencia a la Víctima: Dossier informativo*.

<sup>25</sup> Os servizos que se sinalaron e que serán detallados a continuación coinciden basicamente cos que MCEWEN, T.J.: “Victim Assistance Programs: Whom They Service, What They Offer”, 1995, páx. 2, ten sinalado como demandas principais das vítimas no seu achegamento aos programas de asistencia, e que consistirían en información sobre dereitos legais das vítimas e sobre os procesos xudiciais (88%); axuda na solicitude de compensación estatal para as vítimas (59%); e derivación a axencias de servizos sociais (51%).

<sup>26</sup> Un exemplo da variedade de servizos que se ofrecen ás vítimas nos programas de asistencia ofrécena ROBERTS, A.R.: “Introduction and Overview of victimology and

en coordinación con outras entidades asistenciais, de xeito que non se dupliquen recursos, pero que tampouco se vexa obrigada a vítima a peregrinar de administración en administración na busca de modos de cubrir as súas necesidades<sup>27</sup>.

### 2.1. Tipoloxía casual á que atende un Servizo de Asistencia ás Vítimas

Con prioridade á posta en marcha dunha oficina de asistencia ás vítimas é necesario estudar o ámbito de actuación no que desenvolverá as súas funcións para adaptar o seu organigrama ás demandas sociais. Deberá, pois, procederse a unha avaliación das necesidades existentes na comunidade onde a oficina deberá funcionar, tendo en conta as características socio-demográficas da poboación e tamén a tipoloxía delituosa que se pode encontrar no seo desa comunidade co fin de acomodar realmente os servizos que ofrece coas necesidades reais da xeneralidade das vítimas, tendo en conta ambos factores, é dicir, con que tipo de poboación se vai encontrar maioritariamente o persoal dos SAV na súa actuación e cales son os delitos que de modo primordial van producir as principais manifestacións de vitimización que poidan chegar á oficina. Haberán de terse en conta, tamén, os servizos asistenciais que xa estean funcionando na mesma comunidade, de modo que se evite repetir servizos innecesariamente para os mesmos destinatarios e cubrir as necesidades daqueles que non poidan acceder ou para quen non sexan útiles os recursos xa existentes<sup>28</sup>.

A configuración das oficinas españolas, únicas no ámbito provincial, e a falta de calquera outra infraestrutura para asistir a vítimas de determinados delitos –que só ultimamente está sendo cuberta coa aparición de medidas sociais de loita contra a violencia doméstica<sup>29</sup>– motivan que

---

victim services”, en *Helping crime victims*, Newbury Park, CA, 1990, páx. 31, que enumera ata 11 tipos diferentes de servizos: explicar os procedementos xudiciais (71,2% dos programas), facer derivacións a outras axencias (68,4%), axudar a vítima a solicitar compensación (64,1%), educar a opinión pública (60,9%), defender a vítima fronte ao empregador (60,3 %), prover transporte aos tribunais (59,2%), coidado de menores durante as vistas (37,5%), diñeiro de emerxencia (24,4%) e reparar pechaduras rotas (12,5%).

<sup>27</sup> *Memoria del año 2002 del Servicio de Asistencia a la Víctima de la C.A.V.*, Bilbo, 2003, páxs. 5-6.

<sup>28</sup> Vide NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 15.

<sup>29</sup> Un último exemplo desta preocupación pode verse na LO 1/2004, do 28 de decembro, de medidas de protección integral contra a violencia de xénero, na cal se establecen medidas preventivas, educativas, sociais, asistenciais e de atención posterior ás vítimas, medidas de sensibilización no ámbito sanitario, así como a normativa civil que incide no ámbito familiar e reformas penais e procesuais.

estas se encontren no seu actuar con todo tipo de vítimas<sup>30</sup> e todo tipo de delitos<sup>31</sup>, sen que sexa na maioría dos casos posible realizar políticas sectoriais para vítimas especialmente necesitadas ou para certos tipos de delitos<sup>32</sup>.

Os delitos que sofren as vítimas que se achegan á Oficina de Valencia, enumerados por González Vidosa<sup>33</sup>, veñen coincidir co que se puido observar noutras oficinas como Bilbo: homicidios, lesións, delitos contra a liberdade (detención ilegal, coaccións, ameazas), delitos contra as relacións familiares (matrimonio ilegal, abandono da familia), delitos contra o patrimonio e a orde socioeconómica, delitos contra o honor, delitos de falsidades, delitos contra os dereitos dos traballadores, delitos contra a Administración pública (prevaricación e suborno), delitos contra a Administración de Xustiza (realización arbitraria do propio dereito, acusación e denuncia falsa, omisión do deber de impedir delitos ou promover a súa persecución), faltas contra o patrimonio, contra as persoas e contra os intereses xerais. Incluso é común que as persoas que se achegan ás oficinas non se encontren ante problemas estritamente penais<sup>34</sup>, a pesar do cal é normal que o persoal destas as atenda de igual xeito, de acordo co cariz asistencial co que se configuraron estas oficinas no Estado español.

---

<sup>30</sup> MANRIQUE CABRERO, J.C. ("Estudio de la normativa de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual", *BIMJ*, nº 1981, 2001, páx. 16) sinala que toda persoa que fose vítima de calquera infracción penal ou sexa susceptible de selo, así como os seus familiares, poidan recibir este servizo.

<sup>31</sup> A heteroxénea configuración dos destinatarios dos servizos de asistencia ás vítimas sinalouse tamén nos EE.UU., onde McEWEN, T.J. (*Victim Assistance Programs: Whom They Service, What They Offer*, 1995, páx. 1) afirmou que estes serven a todo tipo de vítimas, desde membros de familias vítimas dun homicidio ata vítimas de delitos contra a propiedade. Do total de persoas atendidas, o 56% correspondía a vítimas dalgún tipo de delito violento. En canto ás características demográficas da poboación, segundo as estatísticas ofrecidas por este autor, o 20% das persoas que recibiron o servizo dos programas eran menores de 16 anos e o 8% eran maiores de 65, estando o 72% restante entre 16 e 64 anos. Case dous terzos (65%) das persoas asistidas eran brancos, 22% afroamericanos, 8% hispanos e o restante 5% pertencía a outras etnias.

<sup>32</sup> En canto á necesidade de adaptar os servizos a certos tipos de vítimas, FRIEDMAN, K., BISCHOFF, H., DAVIS, R. e PARSON, A. (*Victims and helpers: reaction to crime*, Washington, 1982, páx. 18) afirman que realmente os problemas derivados da vitimización non se agravan para certo tipo de vítimas senón en función da pobreza. Para estes autores, as vítimas con menos recursos teñen menos éxito en lograr a axuda que necesitan. Iso suxire a necesidade de esforzos especiais para axudar a estas vítimas, xa que os cidadáns con menos ingresos están habitualmente segregados xeograficamente.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ VIDOSA, F.: *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, páx. 32.

<sup>34</sup> Isto débese, tal e como di GONZÁLEZ VIDOSA, F. (*¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, páxs. 45-49) a que o cidadán, habitualmente, cando sofre un delito e o denuncia, ten un conxunto de problemas onde o aspecto penal é o de menor importancia. Non obstante, esperan do sistema de Administración de Xustiza penal que os resolva: problemas de relación conxugal, entre veciños, relacionados con enfermidades mentais, etc.

Esta amplitude no número e tipo de asuntos que tratan as oficinas vén desmentir certa imaxe que se vai estendendo de que os seus destinatarios únicos, ou cando menos os principais, son aquelas persoas que sofren a violencia doméstica. Esta visión correspóndese, ademais, coa práctica de certas oficinas (p. ex. o SAV de Madrid atende nun 80% casos de violencia doméstica)<sup>35</sup>. Pode ser preocupante, para os dereitos das vítimas doutro tipo de violencia ou doutro tipo de delitos, a tendencia á que se está asistindo de centralizar a problemática vitimal nos delitos de violencia de xénero ou doméstica, pois tende a esquecer que o fin primordial destes servizos é atender a todo tipo de vítimas e de cidadáns, polo que non sería bo tender a convertelos en meros apéndice da loita contra a violencia doméstica, a pesar de que poden e deben cumprir un labor moi importante na asistencia ás vítimas deste tipo de maltrato<sup>36</sup>.

## 2.2. O achegamento dos cidadáns ás oficinas de asistencia ás vítimas

Un dos principais factores para lograr un bo funcionamento dunha oficina de asistencia ás vítimas é conseguir que os seus potenciais usuarios teñan un coñecemento axeitado da súa existencia e das funcións e servizos que ofrece. É necesario, polo tanto, establecer canles que permitan acceder ás vítimas de delitos aos servizos destinados a atendelas. No Reino Unido, *Victim Support* conseguiu que as comisarías de policía lle remitan listas con vítimas dos delitos denunciados, sendo posteriormente o propio persoal do servizo de asistencia quen se encarga de seleccionar os casos que poden ser susceptibles de necesitar a axuda do programa e poñerse en contacto coas vítimas, ben a través de chamadas telefónicas, cartas ou incluso visitas ao propio domicilio. Este mesmo modo de fun-

---

<sup>35</sup> De todas formas, igualmente naquelas oficinas onde a tipoloxía delituosa atendida é máis ampla, é certo que existe unha predominancia de mulleres atendidas sobre homes, o que se comprobou nas estatísticas do SAV de Bilbo e de Valencia. Vide GALPIENSO CALATAYUD, C.: "Oficina de vítimas del delito: incidencia social en la lucha contra la violencia doméstica", en *Encuentros "violencia doméstica"*, CGPJ, Madrid, 2004, páx. 293.

<sup>36</sup> Neste sentido, GONZÁLEZ VIDOSA, F. (*¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, páx. 42) recolle as diferenzas entre un servizo de asistencia ás vítimas e un centro de atención á muller. Un SAV atende tanto a mulleres coma a homes, mentres que un CAM ten como campo de actuación só mulleres. Un CAM traballa con delitos específicos relacionados coa violencia de xénero (sexuais, maltrato, coaccións, etc.), mentres que un SAV ten unha tipoloxía máis ampla. A diferenza fundamental estará, ademais, no diferente tratamento que se lle dá ás faltas de maltrato e relacionadas, xa que nun SAV se tratará con prioridade se as necesidades que demandan as vítimas teñen resposta na vía penal, desaconsaxándolle, incluso, que denuncie se poden tratar o problema a través dunha alternativa, mentres que nun CAM despois de escoitala, asistila e xestionarlle unha praza nun centro de acollida, se lle aconsellará que denuncie.

cionamento é seguido tamén por certos programas dos EE.UU.. Esta maneira de actuar vén determinada pola propia filosofía do sistema que non ve nos servizos de asistencia unha actuación estatal, senón unha actuación comunitaria, baseada na axuda que presta o "bo veciño"<sup>37</sup>, o cal tamén se ve fortalecido pola propia composición do persoal dos servizos, maioritariamente voluntario.

Noutros casos, e este é o sistema que se seguiu en España, a oficina actúa só previo requirimento das vítimas. Mantense, polo tanto, un papel predominantemente pasivo no establecemento do contacto inicial, espérase a que sexan aquelas persoas que consideran que necesitan axuda quen acuda ao servizo de asistencia ás vítimas e soliciten as súas prestacións. Este modo de actuar implica, por un lado, que non se segue o filtro previo que supón a denuncia policial. É dicir, atenderase na oficina a toda aquela persoa que acuda en busca de asistencia, independentemente de se decidiu denunciar o delito ou non, e incluso moitas veces a propia asistencia requirida será información sobre as implicacións da denuncia ou a existencia de vías alternativas para o tratamento do seu conflito. Por outro lado, supón a necesidade de que exista entre os usuarios potenciais un nivel de coñecemento suficientemente amplo da existencia do servizo.

Un modo de lograr o achegamento das vítimas ás oficinas será conseguir que aquelas persoas que habitualmente teñen un primeiro contacto coas vítimas de delitos lles informen da posibilidade de acudir a unha oficina onde poderá encontrar asistencia e información. Será por iso importante que se cree unha rede de relacións entre o servizo de atención ás vítimas e outras entidades ás que as vítimas poidan acudir en primeira instancia<sup>38</sup>, principalmente, as axencias de control social e os servizos sanitarios. Comprobouse que este tipo de achegamento, asegurando o coñecemento a quen sufriu un delito, é máis útil que darlle a coñecer a oficina á poboación en xeral, xa que, neste caso, a publicidade é inconscientemente evitada por resultar incómoda para quen a presencia<sup>39</sup>.

Na experiencia existente no Estado español comprobouse como é fundamental para que exista un achegamento da poboación vitimizada ás oficinas de asistencia que a policía, os fiscais e xuíces informen ás vítimas da existencia destes servizos. Así, no SAV de Bilbo a maioría das vítimas chegaban remitidas polos xulgados, fiscalía ou pola Ertzantza, Garda Ci-

---

<sup>37</sup> CORBETT, C. e MAGUIRE, M.: "The value and limitations of Victims Support Schemes", en *Victims of crime, a new deal?*, Philadelphia, 1988, páx. 30.

<sup>38</sup> COPIC, S.: "Crime victims in the criminal justice system and the role of the victim support service in Serbia", comunicación presentada ao *XI Simposio Internacional de Victimología*, Stellenbosch, 2003, páx. 11.

<sup>39</sup> Vide FRIEDMAN, K., BISCHOFF, H., DAVIS, R. e PARSON, A.: *Victims and helpers: reaction to crime*, Washington, 1982, páx. 16.

vil ou policía municipais. Con todo, naquelas outras oficinas onde falaba a colaboración destas entidades, o nivel de demanda dos seus servizos baixaba de modo significativo<sup>40</sup>. Galpienso Calatayud destaca a importancia dunha boa colaboración entre xulgados e SAV, sinalando o exemplo de Valencia, no que o 63% dos asuntos foron remitidos polos xulgados, de tal modo que a Oficina, nesta cidade, se converteu nun recurso máis da Administración de Xustiza que non só cumpre unha función para os cidadáns, senón tamén para os propios órganos xudiciais<sup>41</sup>.

Neste sentido, á hora de realizarse os ofrecementos de accións tanto pola policía coma polos fiscais ou xuíces de Instrución, sería conveniente que, ademais de incluír a información referida na Lei relativa aos dereitos das vítimas no proceso penal, de cara a exercitar a acción punitiva e a acción civil de resarcimento, se lle comunicase á vítima a existencia dos servizos de asistencia á vítima e o modo de contactar con estes<sup>42</sup>. Esta práctica xa se realiza nalgúns xulgados ao realizar o ofrecemento de accións por escrito e sería bo que se xeneralizase.

Outros operadores xurídicos poderían sumarse ao labor de difusión das oficinas de atención ás vítimas. Neste sentido, o Consello Xeral da Avogacía asinou un convenio, o 29 de xuño de 2000, co Ministerio de Xustiza para a colaboración entre os colexios de avogados e os SAV no ámbito de competencias do Ministerio, de xeito que se logre a máxima eficacia dos servizos de asistencia ás vítimas.

Tamén os servizos sanitarios poden cumprir un transcendente que facer na remisión de vítimas ás oficinas, polo que sería útil dar a coñecer a existencia destas nos servizos de urxencia, de modo que cando se atendesen vítimas de delitos violentos –ou con sospeitas de selo– se lles facilitase información sobre os servizos que se ofrecen destinados á específica problemática vitimal. A colaboración entre entidades sanitarias e os SAV será especialmente importante dado que estes non poden cumprir certas funcións de asistencia inmediata e/ou en crise, co cal neste ámbito é clave a actuación que desenvolven os centros sanitarios e a psiquiatría social. Polo tanto, os SAV deben realizar un labor de “proselitismo” que posibilite unha atención sanitaria ás vítimas de delitos axeitada á súa situación e necesidades.

<sup>40</sup> Así se puido comprobar no SAV de Madrid, onde os xulgados de Instrución non remitían polo común ás vítimas a este, o que, entre outros factores, contribuía ao descoñecemento das vítimas sobre a súa existencia.

<sup>41</sup> GALPIENSO CALATAYUD, C.: “Oficina de vítimas del delito: Incidencia social en la lucha contra la violencia doméstica”, en *Encuentros “violencia doméstica”*, CGPJ, Madrid, 2004, páxs. 293-294.

<sup>42</sup> Nos EE.UU. esta práctica foise xeneralizando, de modo que tras o delito a policía soe ofrecerlles ás vítimas unha listaxe dos recursos dispoñibles para a súa atención. Vide OFFICE FOR VICTIMS OF CRIME: *First response to victims of crime*, Washington, 2000, páx. 3.

Para fomentar e asegurar na medida do posible a colaboración destas entidades seguramente os SAV se vexan obrigados a realizar un esforzo, sobre todo nos primeiros momentos de implantación, por dar a coñecer o novo servizo e a utilidade que poden ter para as vítimas de delitos, de modo que poidan vencerse as posibles reticencias iniciais destes suxeitos<sup>43</sup>. A creación dunha rede estable de relacións con estas entidades facilitará o coñecemento por parte das vítimas das oficinas, o que redundará nunha maior satisfacción das súas necesidades. O persoal da oficina, neste labor, deberá intentar familiarizar aos membros destas institucións da existencia dos SAV, informar sobre as necesidades das vítimas, dar a coñecer que accións poden realizar as axencias de xustiza penal para mellorar o trato e a situación das vítimas e mostrar que tamén a existencia e bo funcionamento dos SAV son beneficiosos para o seu propio traballo<sup>44</sup>.

### 2.3. A atención psico-social

Aínda que un pensamento intuitivo sobre o labor das oficinas de asistencia ás vítimas e a súa situación no seo da Administración de Xustiza –físicamente, pois estas oficinas, polo menos en España, soen estar nos edificios xudiciais e organicamente, posto que, como se verá, en moitos casos, os seus traballadores son funcionarios da Administración de Xustiza ou persoal colaborador desta– pode levar a pensar que as tarefas que se desenvolven no seu seo e, polo tanto, a axuda ofrecida ás vítimas se circunscribe única e exclusivamente ao campo da relación entre estas e a Xustiza. Porén, aínda que pode ser que certos programas, no ámbito internacional e incluso na primixenia idea das oficinas creadas en España, nacesen con este ánimo principal, o certo é que se foi desenvolvendo cada vez máis unha idea de atención integral á vítima, onde xunto á asistencia xurídica ou no seo do proceso se foron engadindo novas funcións aos SAV que cada vez foron cobrando máis importancia<sup>45</sup>. Esta atención

---

<sup>43</sup> Na actuación dos SAV norteamericanos detectouse, en ocasións, a dificultade de construír estas redes de relacións e as posibles friccións con outras axencias, concretamente con aquelas dedicadas á persecución penal, pois sinalouse que a policía soe ser particularmente escéptica en relación aos traballadores sociais, a quen poden ver como contrarios ás necesidades das axencias de persecución penal. É tamén un corpo especialmente contrario ao cambio. Moitos policías, tamén, poden ver que axentes estranhos entorpecen o seu traballo, cuestionan o seu procedemento ou crean ocupacións novas. Vide NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 62; MAGUIRE, M. E CORBETT, C.: *The effects of crime ant the works of victims support schemes*, Oxford, 1987, páx. 217.

<sup>44</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 17

<sup>45</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 36.

integral concrétese informando, asesorando e xestionando os recursos legais, sociais, psicolóxicos e económicos que axuden a paliar a situación de vitimización<sup>46</sup>. A atención psico-social supón, polo tanto, unha importante función que deben realizar estas entidades, en cuxa actuación se verá o seu carácter verdadeiramente asistencial e non meramente colaborador da Administración de Xustiza. O cumprimento destas funcións responderá de modo moito máis axeitado á complexa problemática vital<sup>47</sup> e demostrará que a creación das oficinas transcende un ámbito meramente utilitario de servizo ao propio sistema penal.

Á hora de desempeñar estas tarefas, as oficinas non poderán sempre cubrir directamente todas as necesidades asistenciais da vítima, debido á súa amplitude e natureza. Ningún programa de asistencia pode prover todos os servizos que necesitan as vítimas. Tal e como se foi configurando na práctica, tendo en conta as limitacións orgánicas dos servizos de asistencia ás vítimas e a existencia doutros recursos na comunidade, certas actividades asistenciais poderán ser tratadas directamente pola oficina, mentres que outras haberán de realizarse a través da derivación cara a diversas axencias e entidades públicas ou, incluso, privadas<sup>48</sup>.

En consecuencia, como paso previo para a actuación asistencial do SAV debe procederse a unha avaliación das necesidades da vítima. Tal e como se realiza este proceso no SAV de Bilbo, é o administrativo quen realiza a primeira detección do problema e quen dá a cita previa. Posteriormente, a acollida realízase polo traballador social quen fai unha análise do problema e comproba as demandas da vítima. Se as demandas son asistenciais, ou ben as resolve directamente ou ben deriva á vítima á axencia correspondente. No caso de que as demandas sexan simplemente xurídicas, remite ao xurista do servizo, quen ofrece unha información completa e realista sobre as posibilidades que o sistema xudicial lles ofrece ás vítimas. Se precisa de atención psicolóxica remitíraa directamente ao propio psicólogo do servizo.

Ante a imposibilidade de cubrir directamente todas as necesidades asistenciais das vítimas, unha das funcións primordiais dos SAV neste

<sup>46</sup> GONZÁLEZ VIDOSA, F.: *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, páx. 33.

<sup>47</sup> En canto aos diversos problemas aos que se enfrontan as vítimas de delitos, *vide* FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, páxs. 158-186.

<sup>48</sup> Nos EE.UU. as derivacións realízanse con carácter habitual a outros programas ou organizacións, de modo máis frecuente para grupos de terapia (saúde mental, grupos de auto-axuda, grupos de mulleres, igrexas, centros de crise en casos de violación, etc.), refuxios (de violencia doméstica, p. ex.), grupos comunitarios de prevención do delito, programas de abuso de nenos ou anciáns e servizos sociais como o Departamento de Benestar, o sistema de Seguridade Social, sanidade pública, traballadores sociais, servizos de alimentación, etc. *Cfr.* NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 70-73.

ámbito, e na cal ocupan moito do seu traballo, será, polo tanto, a mobilización dos recursos existentes na comunidade e a súa posta ao servizo das vítimas. Deste modo, as oficinas convértense nunha ponte entre a Administración de Xustiza e as administracións de asistencia social; un vínculo, como se sinalaba antes, entre a vítima e os recursos comunitarios. Normalmente, a vítima non será consciente dos medios dispoñibles para cubrir as súas necesidades, polo que é conveniente que a oficina apareza como un lugar onde se poida centralizar a información útil para a vítima e que se destine especificamente á súa problemática. Pero a derivación cara a outras entidades non é simplemente ofrecer información, senón realizar unha avaliación da necesidade ou problemática que a persoa que consulta formula e, posteriormente, poñela en contacto cos recursos sociais ou profesionais que poidan atendela ou axudala a resolvela. É dicir, unha vez escoitada a súa demanda, encamiñala cara a outra institución, servizo ou profesionais que poidan darlle a atención, orientación e tratamento que necesite para resolver o seu conflito ou demanda. En calquera caso, a derivación supón, para que sexa eficaz, buscar o recurso profesional máis adecuado por parte do persoal do SAV para poder entender o contexto onde se produciu a agresión da que a persoa é vítima ou a situación que lle está provocando ese conflito ou problema. Unha vez aclarado o contexto e entendida a problemática é cando se pode proceder á derivación.

As oficinas deben cumprir o papel de guiar a vítima na busca dos recursos precisos para cubrir as súas necesidades<sup>49</sup>, deben ter información suficiente sobre cales son as organizacións que lle poden ser de utilidade, sinalándolle aquelas que mellor se adaptan á súa situación ou á súa específica problemática, posto que certas vítimas poden requirir servizos que se adecuen mellor ás súas situacións peculiares<sup>50</sup> –como vítimas menores, maiores, que residan en núcleos afastados ou en zonas suburbanas, etc.– e asegurándose de que nestes se lles presta unha atención oportuna ás vítimas de delitos, facilitándolle o camiño, concertando citas, realizando as xestións necesarias para facilitar o seu acceso, etc... Para

---

<sup>49</sup> Vide REIEF, R.: *The invisible victim*, New York, 1979, pág. 188.

<sup>50</sup> Vide NVAA: "Profesionalizing the discipline of victim services", USA, 1999. Así, no caso de violencia doméstica, procurouse que os SAV informen as vítimas deste tipo de delitos da posibilidade de recibir asistencia sanitaria, psicolóxica e social axeitada ás súas necesidades, así como aos recursos sociais e institucionais aos que poden ter acceso. A conexión cos Centros de Muller 24 Horas, así como cos demais departamentos que xestionan recursos sociais, é continuo de modo que no momento en que a vítima o solicita, desde os SAV pódese xestionar calquera tipo de solicitude, acompañando ao solicitante a calquera lugar que sexa necesario. Vide GALPIENSO CALATAYUD, C.: "Oficina de vítimas del delito: Incidencia social en la lucha contra la violencia doméstica", *Encuentros "violencia doméstica"*, CGPJ, Madrid, 2004, páxs. 289-290.

un correcto desenvolvemento desta función será moi importante a existencia dunha coordinación óptima entre todas as administracións implicadas, de modo que se evite que as vítimas sexan "mareadas" nun peregrinar por diferentes organismos oficiais, creándose unha nova vitimización secundaria, que pode incidir negativamente no proceso de recuperación da vítima. O persoal dos SAV debe manter contacto con todas estas entidades como membro da Administración de Xustiza para poder facilitar as derivacións e constatar como se realiza na práctica a atención ás vítimas podendo solventar os problemas que xurdan coa experiencia. Neste sentido, cómpre subliñar a actuación que se realizou en numerosos lugares no ámbito da delincuencia doméstica onde se desenvolveron os "protocolos de actuación", a través dos cales se asegura a coordinación entre administracións e se establece a canle que ten que seguir a vítima e os suxeitos implicados na súa atención<sup>51</sup>.

Pero as oficinas de asistencia ás vítimas non son simplemente unha axencia de derivación, senón que ofrecerán numerosos servizos de modo directo. Nos equipos multidisciplinares dos SAV españois cóntase coa presenza dun ou varios psicólogos. Estes ofertarán a súa axuda ás vítimas tanto para a superación do trauma coma para o enfrontamento que terá lugar cos procedementos xudiciais<sup>52</sup>. A intervención do psicólogo irá destinada a devolver a vítima á situación na que estaba no momento previo á comisión do delito. O psicólogo tratará de ofrecerlles apoio emocional ás vítimas, clarificar os seus sentimentos e necesidades, asistilas na com-

---

<sup>51</sup> Vide MAGRO SERVET, V.: "La necesidad de protocolizar la lucha contra la violencia doméstica", *Diario La Ley*, nº 5416, 2001, onde se realiza unha exposición do protocolo global de actuación contra a violencia doméstica da provincia de Alacant, onde participaron as consellerías de Sanidade, Benestar Social e Xustiza da Generalitat Valenciana, a Deputación Provincial de Alacant, o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana, a Audiencia Provincial de Alacant, os concellos de Alacant e San Juan, o Instituto de Medicina Legal de Alacant, representantes da Asociación de Mulleres Xurídicas *Themis*, o Foro contra a Violencia, Forzas e Corpos de Seguridade do Estado, xuíces, secretarios xudiciais, fiscais, funcionarios de Xustiza, colexios de avogados e procuradores de Alacant, Elxe, etc...

<sup>52</sup> O psicólogo do SAV de Navarra realiza habitualmente as seguintes intervencións: 1) primeira entrevista e toma de contacto coa vítima: coñecemento do caso; 2) realización dunha entrevista semiestruturada: relato do feito para tratar de diminuír o nivel de ansiedade, eliminar sentimentos de perigo, descontrol e submisión, etc. e análise diagnóstica; 3) descrición do cadro observado, recomendacións, diagnóstico de gravidade, derivación a outro especialista; 4) intervención en crise, *in situ* ou en segunda fase da crise; 5) seguimento e coordinación dos psicólogos de intervención permanente; 6) acompañamento das vítimas a recoñecementos médicos, ratificacións de denuncias, recoñecemento de detractores, etc.; 7) mediación e negociación; 8) asesoramento a outros técnicos intervinientes respecto ao estado da vítima e técnicas de atención psicolóxica; 10) coordinación dos casos de intervención multidisciplinar; 11) redacción de informes psicolóxicos e testificais e de materiais informativos de divulgación; 12) apoio ás funcións policiais: formación e asesoramento.

prensión das opcións que se presentan ante si e facilitar a posibilidade de levar a experiencia da vitimización<sup>53</sup>. A superación do trauma non quere dicir a súa negación ou esquecemento, xa que iso podería significar facilitar as condicións para recrear a vitimización, senón que se orienta cara ao chamado *victim empowerment*<sup>54</sup>. Trátase de ofrecerlle á vítima unha axuda na superación do trauma, pero de modo que se lle posibilite un control sobre a situación. Habitualmente as vítimas simplemente necesitan coñecer que as súas reaccións tras a vitimización son normais ou teñen algunha explicación para poder comezar a superar a vitimización<sup>55</sup>.

A intervención debe realizarse contando sempre coa voluntariedade da vítima. Trátase de que non se lle desapodere aínda máis do conflito, senón de permitir que a vítima refaga a situación por ela mesma, ofrecéndolle o camiño para iso e proporcionándolle os instrumentos para levar a cabo unha recomposición da súa psique. A vítima debe tomar parte activa na superación do trauma que a tivo como protagonista; non é unha persoa inválida, senón que é alguén que sufriu unha perda inesperada que pode ter trastornado a súa vida, polo que tratada como inválida implica perpetuar as consecuencias da vitimización en lugar de asistila a superala. Deste modo, non só se mobilizan os recursos sociais en axuda do individuo vitimizado, senón os seus propios recursos persoais, fomentando a súa autoestima e autonomía<sup>56</sup>. O proceso de *victim empowerment* implica involucrar a vítima no proceso de axuda e a converterse nun "supervivente", asumindo os feitos que conduciron á vitimización.

A atención psicolóxica á vítima realizarase normalmente na propia sede da oficina, pero é posible poñer á súa disposición teléfonos 24 horas ou outro tipo de servizos de apoio<sup>57</sup>. Non se limita, unicamente, a unha primeira atención tras a comisión do delito, senón que o obxectivo dos SAV é ofrecer un verdadeiro seguimento na evolución da vítima<sup>58</sup>, reali-

---

<sup>53</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 88-89.

<sup>54</sup> Este é definido por HOLTSMANN, B.: "Gender bias in service delivery to victims of crime", comunicación presentada ao XI Simposio Internacional de Victimología, Stellenbosch, 2003, páx. 2, como o proceso onde a vítima é devolta ao estado máis próximo posible a aquel existente antes do delito. Isto é feito a través dunha variedade de medios que tratan de capacitar a vítima para tratar coas consecuencias do evento e deixalo atrás sen sufrir maior dano ou perda.

<sup>55</sup> REEVES, H.: "Victims support Schemes: the United Kingdom Model", *Victimology*, Vol. X, 1985, nº 1-4, páx. 684.

<sup>56</sup> *Servicio de Asistencia a la Víctima: Dossier informativo*.

<sup>57</sup> Este tipo de *hot lines* para vítimas de delitos é común nos EE.UU. e en España puxéronse en marcha para o ámbito da violencia doméstica, o teléfono do menor, etc... Vide NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 8.

<sup>58</sup> *Servicio de Asistencia a la Víctima: Dossier informativo*.

zando intervencións a medio e longo prazo<sup>59</sup>. As primeiras sesións da intervención deben ofrecerlles ás vítimas a posibilidade de mostrar as súas ansiedades e falar sobre as súas experiencias e medos. Posteriormente, tratarase de estabilizar a vítima. A estabilización debe realizarse facilitándolle información e facéndolle descubrir que os seus sentimentos e ansiedades son reaccións normais ante unha situación anormal, como é o delito<sup>60</sup>.

Outro tipo de intervencións son as chamadas *in situ* ou “de crise”. Este tipo de asistencia consiste en atender as necesidades da vítima no mesmo momento de comisión do delito, cando se lle procuraría determinada axuda de emerxencia co obxectivo de cubrir as súas necesidades inmediatas, como a busca de refuxio e comida, asistencia financeira ou coitado médico de primeiros auxilios<sup>61</sup>. Porén, as dificultades para poder establecer un servizo de tal tipo –económicas, de persoal, etc.– levan a que normalmente os SAV españois non realicen tal tipo de intervención<sup>62</sup>, senón que se realiza por derivación<sup>63</sup> ou quedalles reservada aos chamados centros de crise, pero son habituais en programas doutros países. Ao non poder realizar esta intervención inmediata cobra maior importancia a necesidade de promocionar o servizo entre outros profesionais –sanitarios e policía–, no sentido anteriormente sinalado, para que estes poidan ofrecer atención específica á vítima. Con todo, algunhas oficinas estableceron mecanismos para realizar algún tipo de intervención psicolóxica no momento de comisión do delito. Así, a Dirección

---

<sup>59</sup> Isto diferenciaría, segundo OLIVIER, N. (“The role of the investigator in victim support: a case study of South African investigators”, comunicación presentada ao XI Simposio Internacional de Victimología, Stellenbosch, 2003, páx. 5), o *victim empowerment* do *victim support*, en canto ao último só trataría de reconfortar a vítima no momento inmediatamente posterior ao delito.

<sup>60</sup> HARTMANN, U.I.: “The role of volunteers in victim assistance and the work of the “Lower Saxon’s foundation for victim assistance” in Germany”, comunicación presentada ao XI Simposio Internacional de Victimología, Stellenbosch, 2003.

<sup>61</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 8.

<sup>62</sup> En certos programas estadounidenses, porén, os seus voluntarios atenden a calquera hora e encóntranse coas vítimas no hospital, que responden a solicitudes de axuda da policía, ou levan servizos de localización, de modo que están dispoñibles para a policía. Posteriormente provee asistencia de seguimento por teléfono, nas oficinas do programa ou nos tribunais. Vide NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 79.

<sup>63</sup> Así, no SAV de Bilbo, xestiónase a busca ás vítimas de pisos de acollida cando sexan necesarios. Estes pertencen ao Concello de Bilbo ou á Deputación Foral de Biscaia. Os acollementos urxentes remítense ao albergue da Deputación Foral, onde se fai unha valoración, e no caso dos residentes no Concello de Bilbo pasan a pisos municipais de acollemento ordinario ou, no caso contrario, aos da Deputación ou aos respectivos concellos.

Xeral de Interior de Navarra asinou un convenio, o 28 de decembro de 2000, co Colexio de Psicólogos da Comunidade Foral para garantir asistencia psicolóxica ás vítimas de delitos a través do servizo de urxencias sanitarias (112) as 24 horas do día, 365 días ao ano.

A atención de urxencia ás vítimas soe organizarse ao redor dos chamados centros de crise, cuxa función será ofrecerlles ás vítimas unha asistencia inmediata e inaprazable de tipo material, físico ou psicolóxico, inmediatamente despois da comisión do delito, co obxectivo de paliar as necesidades perentorias da vítima neste momento e intentar previr desde o principio a traumatización vitimal<sup>64</sup>. Exemplo deste tipo de centros son as casas de acollida para mulleres ou os *Rape Crisis Center*, xurdidos en Inglaterra e EE.UU., respectivamente, ao amparo do movemento feminista<sup>65</sup>, cuxa influencia foi decisiva na evolución do movemento vitimo-

---

<sup>64</sup> Vide LANDROVE DÍAZ, G.: *La moderna victimología...*, op. cit., páxs. 91-92. PETERS, T. ("Consideraciones teóricas...", op. cit., páxs. 124-125) define a intervención de crise como "la intervención de crisis es la asistencia inmediata después de que se conocen los hechos con el fin de estabilizar la situación emocional de la víctima y de impedir la traumatización y a fin de poner las bases de una guía ulterior de la víctima y de la asunción de los problemas. (...) la intervención de crisis se guiará exclusivamente por la situación de necesidad de la víctima. Sobre todo, en la primera fase, que sigue a un delito de violencia, hay una gran necesidad de contactos y apoyos". O propio Departamento de Xustiza dos EE.UU. define os programas de asistencia inmediata como aqueles que operan no nivel local e axudan as vítimas de diferentes modos, incluídos explicar o sistema xudicial, acompañalas no tribunal, facerse cargo do transporte, mediar con entidades de crédito, proporcionar terapias e axudar na solicitude de compensación e servizos de emerxencia. Cfr. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE: *Indexed Legislative History of the Victims of Crime Act of 1984*, Washington, 1984, páx. 6. BERISTAIN IPIÑA, A. ("¿La sociedad/judicatura...?", op. cit., páx. 272) define a función destes centros, basicamente, en escoitar a vítima, axudala a formular a denuncia, buscarlle aloxamento, asistencia médica e, sobre todo, asistencia psicolóxica. Para VALEIJE, I. ("La víctima en los delitos...", op. cit., páx. 9), estes programas están destinados, fundamentalmente, a mulleres violadas ou maltratadas e propoñen a creación de distintos servizos relacionados con necesidades imperiosas de tipo material psíquico e psicolóxico no que se ofertan distintas medidas terapéuticas para paliar as disfuncións e trastornos postraumáticos das vítimas de agresións sexuais: síntomas cognitivos, psicolóxicos e trastornos de conduta.

<sup>65</sup> Tal e como sinalan BUSTOS RAMÍREZ, J. e LARRAURI, E.: *Victimología: presente y futuro...* op. cit., páx. 123, as casas de acollida permaneceron en Inglaterra relativamente independentes dos organismos municipais e estatais. Esta maior autonomía obedece a diversos factores. Por un lado, a diversidade de medidas creadas baixo o ímpeto do movemento feminista, que non concibe estes centros unicamente como medidas asistenciais de axuda á muller vitimizada, senón que pretenden exercer un labor educativo, de presión e de combate contra as actuais estruturas familiares e sociais. A esta distinta concepción axuda tamén a tradicional desconfianza cara ao sistema penal -policía e tribunais-. Non se rexeita de plano a súa intervención, pero obsérvase a segunda vitimización que no caso de determinados delitos se produce nas mulleres. Un último factor é a diferente concepción das causas de vitimización, pois os estudos feministas identificaron como causas da vitimización das mulleres a súa ausencia de poder, a súa posición subordinada nas relacións familiares e sociais que a converten en vítima propiciatoria.

lórico. A existencia de servizos deste tipo pode ter unha importante repercusión sobre as vítimas de diversos delitos, particularmente dos delitos violentos<sup>66</sup>, para os que se calcula que, polo menos, un terzo das vítimas ten necesidade de intervencións de crise<sup>67</sup>. Describen Sánchez e Soria VERDE a actuación en crise en diversas etapas. En primeiro lugar, a intervención externa ou situacional, que intentará extraer a persoa afectada da situación vitimizadora o antes posible, trasladándoa a un contorno relaxado e acolledor, axudándolle a retornar gradualmente ao contorno no que se produciu a vitimización para previr situacións de invalidez psíquica vencelladas a esta situación. En segundo lugar, procúrase resolver a situación creada e organizar tarefas urxentes, como hospitalización, aloxamento, atención de nenos, comunicación a familiares, etc... En canto á intervención interna ou psicolóxica, inclúe tranquilizar e intentar diminuír o nivel de ansiedade, comunicándolle que o perigo xa pasou, facilitar a expresión dos afectos acumulados e que son fonte de sufrimento e interfíren co traballo posterior; actuar para resolver as cuestións pendentes e evitar que se volva a revivir a situación. A acción correspóndelle ao suxeito, sendo o papel do psicólogo facilitala, axudándoo a buscar saídas axeitadas<sup>68</sup>. En España creáronse tamén centros a imitación dos desenvolvementos levados a cabo noutros países, como poden ser as casas de acollida para mulleres maltratadas, pero, tras a Lei 35/1995, serán as oficinas de asistencia ás vítimas de delitos as que estarán destinadas a achegar en gran medida axuda inmediata e a coordinar os restantes recursos asistenciais existentes con aplicación ás necesidades vitimais.

En xeral, os SAV procuran realizar todas as actuacións posibles para poder ofrecer axuda práctica á vítima a fin de superar a vitimización. Nalgúns programas dos EE.UU. ou Inglaterra axúdase ás vítimas a reparar pechaduras ou ventás tras roubos nos domicilios, sobre todo no caso de anciáns, ou persoas con especiais dificultades<sup>69</sup>, ou incluso median ante empregadores ou propietarios dos pisos para explicarlles as dificultades xurdidas para a vítima tras a comisión do delito –problemas económicos,

---

<sup>66</sup> Incidencia positiva nas vítimas, que se pode reflectir nunha mellora para o sistema penal, tal e como reflecten os datos achegados por KARMEN, A. (*Crime Victims...*, *op. cit.*, páx. 142) sobre o impacto do centro *Stop Rape* en Baton Rouge, Louisiana, cuxa apertura supuxo un aumento nas taxas de denuncia e nas de detención, desde o 38% ao 69%. A subida das taxas de condena foi aínda máis espectacular, pasándose dun 3% a un 88% dos casos levados a xuízo.

<sup>67</sup> PETERS, T. "Consideraciones teóricas...", *op. cit.*, páxs. 124-125.

<sup>68</sup> Cfr. SÁNCHEZ, A. e SORIA, M.A.: "Intervención psicológica...", *op. cit.*, páxs. 106-107.

<sup>69</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 88-89.

p. ex. – ou a necesidade de perder horas de traballo debido á necesaria colaboración coa Administración de Xustiza ou ao seguimento de terapia<sup>70</sup>. Os SAV son tamén lugares adecuados para informar e axudar as vítimas á hora de solicitar e tramitar axudas económicas (p. ex. as recollidas na Lei 35/1995), reclamacións a compañías de seguros, etc.<sup>71</sup>.

#### 2.4. O labor de asistencia xurídica das oficinas de asistencia ás vítimas

A función orixinaria para a que foron creados os servizos de asistencia á vítima foi para guiar as vítimas de delitos no seu periplo polo proceso, para procurar que a súa relación coa Administración de Xustiza fora o menos traumática posible e, en definitiva, para evitar a vitimización secundaria. Este é tamén o servizo máis demandado polas vítimas que se achegan ás oficinas de asistencia<sup>72</sup>. Ademais, a súa inserción no seo das axencias de Xustiza penal convérteas en verdadeiros colaboradores da Administración de Xustiza, de modo que tamén a esta se lle facilite o trato coas vítimas<sup>73</sup>, encargándose da comunicación con elas ou elaborando informes periciais de carácter vitimolóxico, por exemplo. Esta interacción mutua debe ser aproveitada, tamén, para crear un ambiente de coidado e atención ás vítimas no seo dos órganos xurisdicionais, promovendo a “causa das vítimas” ante os diferentes actores do sistema e procurando a sensibilización sobre a problemática vitimal de modo que a Xustiza penal asuma tamén como unha das súas funcións a de ofrecer unha resposta adecuada ás necesidades das persoas afectadas polo delito e proporcione un trato digno a todos os cidadáns que se achegan a ela, tendo en conta, ademais, os especiais problemas que o delito provoca sobre quen o sofre.

Neste ámbito de actuación, as oficinas deben procurar facilitar a relación entre vítima e proceso, desenvolvendo unha gran variedade de actuacións informativas, de seguimento do caso, interesándose nos xulgados ou ante a policía polo avance da investigación, a situación do imputado,

---

<sup>70</sup> Vide NVAA: “Profesionalizing the discipline of victim services”, USA, 1999; NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 88-89.

<sup>71</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 8.

<sup>72</sup> REEVES, H.: “Victims support Schemes: the United Kingdom Model”, *Victimology*, Vol. X, 1985, nº 1-4, páx. 681.

<sup>73</sup> Neste sentido, os SAV completan o tempo de atención que un xulgado debería dedicar ás vítimas, escoitandoas e informándoas dos seus dereitos, interpreta a linguaxe técnica que o cidadán non entende, apoia e guía á vítima polo seu periplo xudicial, en definitiva, contribúe a mellorar a imaxe que o cidadán ten da xustiza. GONZÁLEZ VIDOSA, F.: *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, páxs. 52-68.

etc.<sup>74</sup>, facilitar a solicitude dun avogado de oficio polas vítimas, procedementos legais para facer valer os seus dereitos, explicando os diferentes tipos de actuacións policiais, recomendando certas accións para evitar unha nova vitimización, adopción de medidas de seguridade, etc... Para procurar que todas estas posibilidades de actuación se volvan efectivas para as vítimas é necesario, como se sinalou anteriormente, asegurar que as persoas interesadas teñan un coñecemento real da existencia da oficina e dos servizos de asistencia xurídica que poden prestar. Para iso, é altamente recomendable que no propio ofrecemento de accións que se realice á vítima, xa sexa no xulgado ou pola policía (arts. 109, 771 e 776 LECrim), se faga mención á posibilidade de que as vítimas acudan ao SAV e aos servizos que lle pode ofrecer<sup>75</sup>.

En todo caso, as oficinas deben limitarse a ofrecer información xurídica, e non tanto asesoramento legal. O xurista dos SAV non debe actuar como un avogado da vítima, senón simplemente ofrecerlle toda a información e sinalar as diferentes consecuencias que poden ter as súas decisións para que esta decida en función dos seus intereses. Trátase, novamente, de non desapoderar a vítima do conflito, senón ofrecerlle as opcións necesarias para que poida decidir por si mesma<sup>76</sup>.

A atención que dispensan as oficinas de asistencia ás vítimas intenta cubrir todos os aspectos da relación entre vítima e proceso penal, realizándose ao longo das diferentes etapas procesuais, atendendo ás necesidades das vítimas en cada unha delas<sup>77</sup>. A primeira acción, polo tanto, debería realizarse inmediatamente tras a comisión do delito. A oficina informará, neste caso, á vítima das posibilidades de actuación que posúe, desde a denuncia ante a policía ou o xulgado, ata incluso a conveniencia de, no caso concreto, non realizar a denuncia, e acudir a medios alternativos para a resolución do conflito, se iso redunda nun maior interese para ela<sup>78</sup>. Este tipo de recomendacións son posibles nunha institución que

<sup>74</sup> Nos programas estadounidenses este seguimento do caso en ocasións continúa tras a condena, proporcionando información sobre o sistema penitenciario, notificando os cambios no status do reo, a súa posible liberación, establecendo iniciativas de reconciliación, etc... Vide NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 8.

<sup>75</sup> Así se inclúe no Protocolo de coordinación entre as ordes xurisdicionais penal e civil para a protección das vítimas de violencia doméstica.

<sup>76</sup> NVASC: *Standars for victim assistance programs and providers*, USA, 2003, páx. 35.

<sup>77</sup> Vide GALPIENSO CALATAYUD, C.: "Oficina de vítimas del delito: Incidencia social en la lucha contra la violencia doméstica", en *Encuentros "violencia doméstica"*, CGPJ, Madrid, 2004, páxs. 201-292.

<sup>78</sup> Isto tamén se pode considerar un labor de apoio á Administración de Xustiza, xa que o SAV procurará que se solucionen en vía extraxudicial conflitos que non deberían ser denunciados, desconxestionando os xulgados de Instrución. O sistema penal

non busca unicamente unha maior eficacia do sistema penal, senón solucionar os problemas concretos de persoas afectadas por un feito disruptivo para a súa vida. Neste sentido, pódese aconsellar ou indicarlle á vítima a posibilidade de acudir á vía civil, cando os problemas cos que se encontra a persoa que acode á oficina teñen un difícil encaixe penal, ou poden ser solucionados dun modo máis satisfactorio a través desta vía. Tamén é posible que os SAV realicen funcións de mediación para procurar solucionar o conflito interindividual naqueles casos que sexa posible. A mediación pode ser un modo de solventar os problemas que enfrontan a vítima e vitimario, ofrecendo unha solución que en moitos casos pode ser máis adecuada e duradeira que a ofrecida polo proceso penal.

Cando a vítima decida optar pola denuncia, as oficinas pódena asesorar sobre o modo de interpoñela e ofrecerlle axuda para a súa redacción, así como as actuacións que debe realizar para fundamentalala e asegurar, na medida do posible, o éxito na tramitación, evitando formulacións erróneas que condicionen a súa viabilidade, producíndose o arquivo ou unha inaxeitada cualificación dos feitos<sup>79</sup>. Procurarase que a vítima lea sempre a denuncia antes de asinala, para asegurarse que se inclúe todo aquilo que considere importante e que non se recollese, só asinala cando todo o que considere importante estea incluído. En ocasións, será importante que se acompañen á denuncia informes médicos, de hospitais ou de servizos de urxencia, polo que se non se realizou, débese orientar as vítimas para que sexan recoñecidas por estes especialistas.

Tamén se realizan habitualmente actuacións en determinados trámites do proceso penal para facilitar a intervención da vítima neste, como pode ser á hora de que esta realice declaracións ante os órganos xudiciais. Neste sentido, as oficinas poden organizar servizos de acompañamento. O persoal dos SAV pode realizar visitas coas vítimas e testemuñas ás salas de vistas de modo que estas se vaian familiarizando co lugar onde deberán declarar, coñezan a situación que ocuparán no seo da sala e o dos restantes participantes nas vistas. Tamén poderán ofrecer acompañamento ás vítimas nos momentos previos á declaración –ou incluso durante esta<sup>80</sup>– para infundir tranquilidade durante a espera, evitar que esta se

---

non pode dar resposta nin explicacións en determinados casos, o que pode dar lugar a confusión e mala imaxe no cidadán. GONZÁLEZ VIDOSA, F.: *¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, páxs. 52-68.

<sup>79</sup> *Memoria del año 2002 del Servicio de Asistencia a la Víctima de la C.A.V.*, Bilbo, 2003, páx. 36.

<sup>80</sup> Nestes casos o acompañamento soe reservarse para vítimas que estean severamente afectadas pola vitimización, tipicamente vítimas de delitos violentos, maiores e nenos que foran agredidos sexualmente. NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 88-89.

realice en solitario nos corredores do xulgado<sup>81</sup>, co perigo que iso trae consigo de encontrarse co agresor ou con persoas do seu contorno próximo, o que pode ser especialmente vitimizante<sup>82</sup>. Os SAV tamén poderán mediar ante os órganos xudiciais para que as declaracións se produzan nun ambiente o máis favorable posible para a vítima, instando, cando o consideren necesario e a vítima o solicite, o uso de biombos, ou outros medios que permitan realizar a declaración en condicións de tranquilidade e seguridade para a vítima.

Tamén as oficinas poden cumprir algunha función á hora de proporcionar protección persoal para a vítima. Aínda que as posibilidades materiais para proporcionar unha efectiva protección física son limitadas, é certo que o mero feito de que a persoa vitimizada encontre un ambiente de preocupación e de atención ás súas necesidades pode contribuír a aumentar a súa tranquilidade e con iso a sensación subxectiva de seguridade<sup>83</sup>. Tamén se poderá informar a vítima das posibilidades de obter protección desde a Administración de Xustiza, e interceder ante esta para que se tomen decisións que garantan o respecto á súa intimidade e seguridade, como pode ser a través do establecemento de zonas de espera específicas, da adopción das medidas que se inclúen na Lei 14/94, do 23 de decembro, de protección de testemuñas e peritos en causas criminais, ou proporcionar determinadas informacións que axuden a tranquilizar a vítima como a detención do agresor, etc...

No ámbito da violencia doméstica outorgóuselles aos SAV unha función primordial no tocante a asegurar a protección das vítimas deste tipo de delitos<sup>84</sup>, sobre todo a partir da introdución no noso sistema proce-

<sup>81</sup> GONZÁLEZ VIDOSA, F. (*¿Qué es la ayuda a la víctima?*, Barcelona, 2001, pág. 41) propón que nos SAV se organicen programas de acompañamento a vítimas e testemuñas, a cargo de alumnos en prácticas dos institutos de criminoloxía, obxectores de conciencia ou voluntarios.

<sup>82</sup> Os servizos dirixidos ás vítimas en canto testemuñas desenvolvéronse nos EE.UU. a través dos programas de asistencias a vítimas e testemuñas, normalmente vinculados ás oficinas do Fiscal, onde se proporcionan servizos tales como recepción de testemuñas, orientación nos tribunais, notificación das citacións para declarar, transporte das testemuñas, coidado de nenos mentres se realiza a declaración e acompañamento á sala. Vide NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, pág. 8.

<sup>83</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páxs. 88-89.

<sup>84</sup> O SAV de Bilbo describe a súa intervención nos casos de violencia doméstica como segue: acollida da vítima por parte da traballadora social do servizo e contención desta; obtención dos datos necesarios en relación coa problemática da vítima e dos seus recursos sociais, culturais e económicos, coa finalidade de realizar unha abordaxe multidisciplinar e individualizada; coordinación cos servizos sociais existentes na provincia, co obxectivo de non duplicar os organismos intervinientes e, de ser o caso,

sual penal da orde de protección ás vítimas<sup>85</sup>. As oficinas configúranse nos protocolos de actuación en violencia doméstica como equipos de coordinación<sup>86</sup>; neste sentido deben analizar as necesidades de protección e da vítima<sup>87</sup>, instar, cando sexa conveniente, a súa adopción ou axudar á vítima na solicitude destas. Ademais, os xulgados deben notificar a adopción das ordes de protección ás oficinas de asistencia ás vítimas, para que sexan estas quen se encarguen de explicar ás súas destinatarias o seu contido e proceder a aclarar as dúbidas ou medos que estas puidesen ter. A comunicación á vítima das medidas do art. 544 *ter* LECrim debe ser realizada con claridade, empregando termos sinxelos e comprensibles sobre o contido do auto, explicando as características das medidas concretas que se ordenen e que as medidas de carácter civil contidas na orde

---

coordinar a actuación; coordinar, en caso de necesidade, o traslado e aloxamento da vítima en pisos de acollida; coordinación cos servizos sociais existentes e outros organismos para a tramitación de axudas económicas de urxencia, nomeamento de avogados, tratamentos terapéuticos e médicos individualizados; asesoramento na redacción de denuncias; presentación de escritos de solicitude de probas; acompañamento a calquera dilixencia xudicial e/ou policial (interposición de denuncia, declaración, rolda de recoñecemento, xuízo oral); solicitude de medidas de protección; información sobre trámites xudiciais ou policiais; preparación do xuízo oral no aspecto formal; tratamento terapéutico individualizado para paliar os efectos da vitimización; redacción de informes a solicitude do MF; clínica médico-forense, xuíz de Instrución ou xuíz do Penal; ratificación de informes no xuízo oral, etc... Cfr. *Memoria del año 2002 del Servicio de Asistencia a la Víctima de la C.A.V.*, Bilbo, 2003, páxs. 68-70.

<sup>85</sup> A valoración destas ordes de protección está sendo positiva por parte dos profesionais de asistencia ás vítimas, que, con todo, apuntan a necesidade de contar cun avogado –e polo tanto con diñeiro suficiente, moitas veces– para conseguilas. Por iso, o labor dos SAV pode ser importante para axudar a solicitar estas ordes. Será importante unha coordinación entre os SAV e os servizos de asistencia xurídica ás vítimas de violencia doméstica que se organicen nos colexios de avogados. Así se sinala na *Memoria del año 2002 del Servicio de Asistencia a la Víctima de la C.A.V.*, Bilbo, 2003, páx. 59, onde ambas as institucións traballan conxuntamente para superar a problemática presentada, tanto desde o punto de vista social coma psicolóxico.

<sup>86</sup> A necesidade de coordinar a loita contra a violencia doméstica para unha maior eficacia das ordes de protección foi sinalada polo propio Protocolo de coordinación entre as ordes civil e penal para a protección das vítimas de violencia doméstica. Deste xeito, o parágrafo 2º DA 2ª Lei 27/03 dispón que lle corresponderá á comisión de seguimento “la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección regulada en esta Ley, así como la elaboración de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y por las Administraciones Públicas competentes”. Isto inclúe aos SAV, xa que segundo o punto 4º do Protocolo é importante regular as relacións entre as mencionadas oficinas e “aquellos órganos judiciales penales y civiles que realicen actuaciones relacionadas con la orden de protección”.

<sup>87</sup> Así, no Protocolo de actuación subscrito polo Goberno vasco, o TSX do País Vasco, o Departamento de Interior e outras institucións, o SAV de San Sebastián emite un informe psico-social sobre a vítima de violencia doméstica a solicitude do xulgado de Instrución, para a adopción das medidas pertinentes. *Memoria del año 2002 del Servicio de Asistencia a la Víctima de la C.A.V.*, Bilbo, 2003, páxs. 67-68.

de protección terán unha vixencia temporal de 30 días, explicándose, tamén, o resto do contido do art. 544 *ter* LECrim, polo que os SAV son a institución adecuada para realizar esta información, tal e como sinala o Protocolo de coordinación, realizándose nos xulgados cando non existan oficinas de atención ás vítimas ou non se encontren operativas en función do seu horario. Por último, as oficinas están chamadas, tamén, a realizar un labor de seguimento en canto á eficacia e cumprimento da orde.

### 2.5. Outras funcións dos servizos de atención ás vítimas

Ademais das funcións primordiais que se sinalaron, a propia estrutura e a vocación de servizo ás vítimas das oficinas de asistencia posibilitan o desenvolvemento doutras misións que van máis alá das puramente asistencias, pero que están intimamente relacionadas coa mellora do status das vítimas e a promoción dos seus dereitos. Entre estes labores pódense sinalar as relacionadas coa prevención do delito, as de activismo en prol das vítimas e promoción de “causa vitimolóxica” ou a intervención das oficinas de asistencia en funcións de mediación penal.

Os SAV son institucións axeitadas para a coordinación e o desenvolvemento de campañas de prevención vitimal e de formación en materia de asistencia ás vítimas<sup>88</sup>. En primeiro lugar, a través da realización de campañas informativas, dirixidas á cidadanía, para lograr avanzar na prevención do delito. Estas campañas poderán ir acompañadas dunha actividade institucional na que os SAV intercambien experiencias con outras entidades –policía, Poder Xudicial, etc.– xunto coa organización de cursos, seminarios, etc... No ámbito educacional tamén se pode desenvolver un labor de promoción e de formación dos profesionais de distintos ámbitos en materias de corte vitimolóxico. De feito, a relación entre universidade e asistencia á vítima está sendo frutífera noutros países, de modo que se contribúe a formar novas xeracións de profesionais que poden desempeñar funcións de atención ás vítimas desde distintos ámbitos de actuación, a través da impartición de másters, programas de doutoramento en vitimoloxía, a inclusión dos asuntos vitimais en programas de estudos de diversas disciplinas, etc...

A propia actuación ordinaria dos SAV fainos especialmente apropiados para colaborar na prevención do delito desde o traballo de investigación criminolóxica. De feito, o trato coas vítimas pode achegar unha gran cantidade de datos que correctamente analizados e sistematizados son sus-

<sup>88</sup> O SAV de Bilbo inclúe entre as súas funcións colaborar cunha política de prevención e diminución dos efectos da inseguridade cidadá a través dunha eficaz política informativa, a través da edición de carteis, trípticos, reunións con grupos e institucións do ámbito xurídico-penal, realización de sondaxes de opinión, enquisas de vitimización, etc. *Servicio de Asistencia a la Víctima: Dossier informativo.*

ceptibles de chegar unha gran fonte de coñecemento da realidade vitimal e, polo tanto, delincuencial. Valeije fai referencia á existencia de diferentes modelos de oficinas, desde o punto de vista das funcións que deben realizar. Así, fronte a un modelo asistencial –de benestar social– ou de atención legal, existiría un modelo criminolóxico, que tería como punto de partida a asistencia á vítima como parte da realidade criminal, atendendo aos múltiples factores que participan. Para os defensores do modelo criminolóxico, este ofrece unha serie de vantaxes, centradas basicamente no emprego das oficinas de asistencia como un medio máis de control social e de loita contra o delito<sup>89</sup>. En xeral, pode dicirse que as oficinas organizadas baixo este patrón teñen como fin dar a maior información posible á vítima, así como ás Forzas e Corpos de Seguridade do Estado e á Administración de Xustiza, desenvolvendo un papel importante como medios de control social formal e informal, máis alá do puramente asistencial. Centrar a actividade das oficinas cara a fins preferentemente criminolóxicos e preventivos é contrario á inspiración destas como verdadeiras institucións asistenciais, que se sinalou neste traballo e que se reflicte na intención do lexislador español ao crealas, dos movementos sociais ao reclamálas e da actuación dos poderes públicos que foron pioneiros na súa implementación. Por iso, debe terse en conta que, aínda que o torrente de datos vitimolóxicos que pode ser recollido na actividade das oficinas de asistencia a fan susceptible de contribuír á investigación criminolóxica e ás tarefas de prevención delituosa, esta non debe ser a súa función primordial e debe realizarse tendo en conta que o labor principal será a de asistir ás vítimas nas súas necesidades e procurar o seu maior benestar. As tarefas complementarias a estas deberán realizarse sempre e cando non entorpezan este ánimo central e se respecten os dereitos e a intimidade das vítimas.

Ao igual que están destinados a actuar en favor das vítimas no seo da xustiza penal, os SAV poden tamén realizar un labor de promoción da causa das vítimas no seo da sociedade<sup>90</sup>, a través dun auténtico papel activista dos dereitos destas. Esta actuación está estendida nos EE.UU. ou en Inglaterra, aínda que, nestes casos, se ve facilitada polo carácter non gobernamental que teñen organizacións como *Victim Support*<sup>91</sup>, o que difire do

<sup>89</sup> Estas vantaxes foron resumidas por VALEIJE, I: "La víctima en los delitos...", *op. cit.*, páxs. 15-16.

<sup>90</sup> HARTMANN, U.I.: "The role of volunteers in victim assistance and the work of the 'Lower Saxon's foundation for victim assistance' in Germany", comunicación presentada ao XI Simposio Internacional de Victimología, Stellenbosch, 2003.

<sup>91</sup> A actuación política no caso inglés non se viu exenta de polémica, polo que o labor de NAVSS limitouse neste sentido. O feito de intervir publicamente en favor das vítimas viuse como vantaxoso para o propio movemento, xa que se percibiu como unha organización allea a movementos partidarios, defensora dunha "causa xusta". Unha imaxe máis agresiva podería, segundo CORBETT, C. e MAGUIRE, M. ("The value and

status de Administración pública co que se configuran en España os servizos de asistencia ás vítimas. A pesar diso, os SAV poden participar na tarefa de promover os dereitos das vítimas e ofrecer a súa visión ante os cambios lexislativos que se propoñan ou ante as necesidades sociais que reclamen tomas de posición dos poderes públicos, tanto a nivel político, reclamando determinadas actuacións das institucións, coma a nivel cidadán, dando a coñecer os problemas e realidades das vítimas ante a opinión pública, coma a nivel institucional, promovendo as actividades a prol da vítima non só ante os órganos da xustiza penal, senón no ámbito das institucións sociais, sanitarias, etc., de xeito que se crea unha verdadeira rede asistencial e que se acaden un nivel de conciencia adecuado sobre a situación das vítimas de delitos e a necesidade de que toda a sociedade reaccione contra este problema e actúe consonte a verdadeiros mecanismos de solidariedade.

Por último, na práctica, véñense promovendo en certos SAV iniciativas de mediación penal, tanto na xustiza de menores coma na de adultos<sup>92</sup>. O carácter multidisciplinar dos equipos que integran as oficinas e a formación dos seus membros –psicólogos, traballadores sociais e xuristas, principalmente– favorecen a introdución destes programas no seu ámbito de actuación<sup>93</sup>. Ademais, a mediación penal pode ser en ocasións máis beneficiosa para a vítima que o recurso aos medios formalizados de resolución do conflito<sup>94</sup>. De feito, un dos aspectos primordiais da mediación e unha das súas perspectivas máis habitualmente subliñadas é que esta toma por igual os intereses da vítima e do ofensor<sup>95</sup>. A vítima resulta

---

limitations of Victims Support Schemes”, en *Victims of crime, a new deal?*, Philadelphia, 1988, pág. 36) danar as oportunidades de recibir fondos gobernamentais, ademais, o seu carácter basicamente asistencial limita as posibilidades de realizar actividades reivindicativas. *Victim Support* mantívose tamén á marxe de polémicas como as relacionadas co endurecemento das penas e as que teñen que ver coa represión penal, en xeral, de modo que aumentou o seu prestixio.

<sup>92</sup> Vide HERRERA MORENO, M.: “La conciliación menor-vítima en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la L.O. 5/2000, de 12 de enero”, en *Anuario de Justicia de Menores*, nº 1, 2001, páxs. 425-441; JORGE MESAS, L.F.: “Mediación. 1ª experiencia de adultos en España”, *PJ*, 1995, nº 40, páxs. 321-322.

<sup>93</sup> MESSMER, H.: “Reducing the conflict: an analysis of victim-offender mediation as an interactive process”, en Galaway, B. e Hudson, J.: *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*, Monsey, N.Y., 1990, páxs. 60-61.

<sup>94</sup> Este beneficio para as vítimas provoca que algúns autores, como MARSHALL, T.F. (“Results of research from British experiments in restorative justice”, en Galaway, B. e Hudson, J.: *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*, Monsey, N.Y., 1990, páxs. 103-104) defenderan o compromiso dos traballadores de asistencia ás vítimas nos programas de mediación.

<sup>95</sup> WYNNE, J. (“Leeds Mediation...”, *op. cit.*, páxs. 448-449) fai referencia aos diversos intereses da vítima e ofensor que son cumpridos polo proceso de mediación. En canto

especialmente beneficiada a través da intervención directa na resolución do conflito, a consecución dun acordo de reparación<sup>96</sup> e da oportunidade que se lle ofrece para disipar os seus temores, facer ver os seus puntos de vista e conseguir resposta aos seus intereses, incluso a aqueles relacionados con danos morais e estados e sentimentos que lle impiden á vítima assimilar de forma racional e frutífera a experiencia delituosa vivida<sup>97</sup>. Tales posibilidades sonlle negadas de modo habitual no proceso penal, onde os intereses centrais son os do imputado e os do Estado, que ocultan o interese da vítima, o cal, cando é considerado, ocupa unicamente un lugar secundario, a pesar dos avances que se fixeron neste sentido nos últimos anos<sup>98</sup>. Na mediación, porén, o equilibrio de posicións entre ambas as partes motiva que os intereses da vítima non queden postergados aos do ofensor, senón que son tratados en pé de igualdade<sup>99</sup> <sup>100</sup>.

---

á primeira, a mediación ofrécelle unha oportunidade para tomar parte no proceso e poder elixir o nivel de involucración apropiada, se debe haber un intercambio de sentimentos vía mediador, ou un encontro cara a cara; ofrécelle unha información precisa do progreso do caso; ofrécelle un recoñecemento ao sufrimento da vítima e a aceptación de responsabilidade polo dano do ofensor; ofrécelle a posibilidade dalgunhas formas de reparación; pode axudar a reducir o medo de ser revitimizado. Pola súa parte, con referencia ao ofensor permítelle aceptar a completa responsabilidade do seu comportamento; ofrecer reparación dalgún modo; ofrecer desculpas; esquecer o delito e empezar de novo; aumentar a autoestima; reintegrarse dentro da comunidade.

<sup>96</sup> Esta vantaxe é especialmente importante, como se viu e resalta BONET ESTEVA, M. (*La víctima del delito...*, *op. cit.*, páx. 30) nos sistemas onde a responsabilidade civil derivada do delito non se substancia no seo do proceso penal.

<sup>97</sup> Vide GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología...*, *op. cit.*, páx. 320; CARRASCO ANDRINO, M.M.: "La mediación del delincuente-víctima...", *op. cit.*, páx. 78. KARMEN, A. (*Crime Victims...*, *op. cit.*, páx. 245-246) sinala como vantaxes para a vítima na mediación o feito de que non deban ser interrogadas en público; poden representarse elas mesmas mellor que aceptar os servizos dun fiscal que coida dos intereses do Estado ou dun avogado que só busca ganar diñeiro. O acordo pode verse como unha vindicación se o ofensor pide desculpas e compromete a restitución. Pode ser, ademais, unha base para a reconciliación.

<sup>98</sup> Para BAZEMORE, G. ("Three Paradigms for Juvenile Justice", en *Restorative Justice: International perspectives*, Monsey, NY, 1996, páxs. 46-47) a involucración das vítimas no sistema penal tradicional é pequena e está conducida, fundamentalmente, por prioridades retributivas, máis ca restaurativas. Por moitas melloras que se introduzan, o interese de fiscais, xuíces e avogados defensores e directores de programas de tratamento é ganar casos, procesar acusados ou asegurar a liberdade dos clientes, etc., sobre as necesidades das vítimas. Polo contrario, o enfoque da *restorative justice* presta atención ás necesidades das vítimas, ao recoñecemento da súa vitimización, a devolverlle as súas perdas, a permitirlle participar no proceso penal e a ter un rol de toma de decisións neste proceso.

<sup>99</sup> Este modelo, como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología...*, *op. cit.*, páx. 318, "procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema criminal, con armonía y ponderación".

<sup>100</sup> A utilización da mediación favorece, ademais, a determinados tipos de vítima dun modo especial. A COMISIÓN EUROPEA (*Víctimas de delitos en la Unión Europea—Normas y medidas*, Bruxelas, 1999, páxs. 8-9) recomendou o uso das fórmulas de mediación

### 3. Os modelos organizativos das oficinas de asistencia ás vítimas

Ademais das funcións das oficinas de asistencia ás vítimas, para explicar o funcionamento destas e propoñer un modelo para a súa implantación en Galicia será necesario, tamén, estudar os diferentes modelos organizativos existentes, tanto no dereito comparado coma no Estado español, e establecer cal se adapta mellor ás necesidades das vítimas e á organización xudicial propia. Nas organizacións comparadas que se estudaron pódense establecer unhas directrices organizativas xerais. Son dúas as tendencias principais que se observaron, en primeiro lugar, aquela que responde a unha inspiración comunitaria, de entidade caritativa, desvenellada das institucións gobernamentais e que utiliza fundamentalmente persoal voluntario. O segundo modelo típico sería o dun SAV incardinado de modo máis ou menos permanente na organización da Administración de Xustiza, empregando persoal profesional ou incluso funcionario da propia Administración de Xustiza.

A incardinación no seo da Administración xudicial presenta unha serie de beneficios fronte ao sistema de organización privada, debido a que deste modo o SAV non é visto polos demais actores do sistema como un corpo ou unha entidade extraña a este, o que facilita a colaboración dos seus membros<sup>101</sup>. A pertenza á Administración implica, ademais, un maior coñecemento do seu funcionamento o que facilitará o entendemento con outras administracións e maior facilidade á hora de establecer reunións de coordinación e activar protocolos de coordinación. Os SAV convértense, así, nunha ponte entre as diferentes administracións que teñen algo que dicir no referente á asistencia ás vítimas<sup>102</sup>. Existen opinións contrarias, con todo, que aprecian nas vítimas maior receptividade ante os modelos de inspiración comunitaria. Por outra parte, estes mesmos autores sinalan que os modelos fortemente institucionalizados

---

para as vítimas estranxeiras, que se poderían beneficiar destes sistemas a través de dúas formas: a mediación inmediata, pola policía ou o fiscal, soluciona o problema antes de saír do país. En segundo lugar, a mediación de terceiros, cando un intermediario actúa a prol da vítima co fin de conseguir un acordo mediado, é vantaxosa cando a vítima regresou xa ao seu país de orixe. Isto probablemente é pertinente só cando se trata de delitos contra a propiedade e, aínda así, nos casos nos que se consegue aprehender ao delincuente, e este ten medios suficientes para que a mediación teña perspectivas de éxito.

<sup>101</sup> O NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE (*Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 9) apreciou nos EE.UU. que moitos axentes de policía, fiscais e funcionarios de *parole* e *probation* recoñeceron que cumprimentar as súas obrigas para cubrir as necesidades das vítimas require a integración dos servizos ás vítimas dentro do funcionamento normal do sistema de xustiza penal.

<sup>102</sup> GALPIENSO CALATAYUD, C.: "Oficina de vítimas del delito: Incidencia social en la lucha contra la violencia doméstica", en *Encuentros "violencia doméstica"*, CGPJ, Madrid, 2004, páx. 289.

tenden a colaborar máis coas propias necesidades do sistema penal, correndo o perigo de deixar a un lado as necesidades da vítima en caso de conflito<sup>103</sup>. Sinálase que unha organización privada representa mellor os intereses das vítimas, desenvolve máis iniciativas e mantén máis viva a súa enerxía ca unha oficina pública<sup>104</sup>.

O modelo de xestión privada, porén, presenta certos inconvenientes<sup>105</sup>. En primeiro lugar, o risco de que estas asociacións sexan copadas por determinadas entidades con adscrición a unha ideoloxía concreta –relixiosa ou social– que as empregue con fins máis alá dos puramente asistenciais. En segundo lugar, o perigo de que se produza un lucro efectivo de determinadas persoas privadas a partir destes servizos. O caso de certas asociacións de rehabilitación de drogodependentes é un exemplo a ter en conta, pois, xunto con agrupacións que realizan o seu labor de modo loable, xurdiron outras nas que se reflicten ambos os problemas apuntados.

O servizo de asistencia ás vítimas debe ser proporcionado polo Estado, sen deixar de lado, por suposto, á sociedade civil, da que se debe buscar o apoio e implicar na recuperación da vítima<sup>106</sup> –e do delincente–, e uti-

---

<sup>103</sup> Destacado expoñente desta opinión é ELIAS, R.: “Community control, criminal justice and victim services”, en *From crime policy to victim policy*, New York, 1986, páx. 312, quen desconfía dos servizos oficiais. Para este autor, a aproximación comunitaria transformaría significativamente a confianza nas perspectivas oficiais e nas solucións para tratar o delito, para as necesidades das vítimas, e incluso para outros problemas sociais.

<sup>104</sup> GONZÁLEZ VIDOSA, F. e STANGELAND, P.: “La oficina de ayuda...”, *op. cit.*, páx. 4.

<sup>105</sup> MAWBY, R.I.; WALKLATE, S. (*Critical victimology...*, *op. cit.*, páxs. 108-109) refírense a unha serie deles. En termos xerais, os servizos dependen en gran medida do financiamento por parte do Estado. Porén, o apoio financeiro dos gobernos é raramente a tal escala que non permite que o servizo estea baseado en persoal profesional e en case todos os países onde se proporcionan servizos de apoio ás vítimas hai unha forte dependencia de voluntarios. As implicacións disto son diversas. En moitos casos, a dispoñibilidade financeira é a curto prazo e pode ser eliminada cun cambio de clima político, ou pode ser provido por un período limitado na expectativa de que a axencia se autofinanciará a longo prazo. Os voluntarios poden pasar, por iso, gran parte do seu tempo buscando financiamento máis que facilitando servizos. A dependencia de voluntarios pode facer que exista competencia con axencias rivais para recrutar e a falta de voluntarios pode restrinxir a provisión de servizos en determinadas áreas. Moitos países crearon corpos nacionais de coordinación que provén estándares nacionais, consello, exemplos de boas prácticas, e vínculos con axencias semellantes.

<sup>106</sup> Esta necesaria implicación social é a que leva a determinados autores, como PELEATO, A.; RAMOS, E. e GUTIÉRREZ, M. (“Intervención psicosocial...”, *op. cit.*, páx. 139) a defender a participación de voluntarios nos servizos de asistencia como unha fórmula da comunidade para manifestar a súa responsabilidade, implicación e participación. Subliñan a importancia que para a vítima do feito ten a reacción do contorno cando esta se enfronta ao feito delituoso. En xeral, dáse unha perda da confianza noutras persoas, no sistema, na resposta social. Polo tanto, o contorno ou o traballo de voluntarios pode ser unha das canles para restablecer a desconfianza.

lizando principalmente persoal profesional. O emprego de asociacións privadas e a introdución do voluntariado dá lugar a que as funcións encomendadas se realicen por persoas que non recibiron suficiente formación, ou que traballan en condicións de precariedade, incluso sen remuneración, o que acaba por redundar na calidade da atención recibida pola vítima. Ademais, moitos esforzos necesarios para a efectiva realización das tarefas previstas distraeríanse na busca de financiamento e de persoal colaborador, tarefas das que nun modelo de xestión pública se deberían ocupar outras instancias.

En canto á determinación de se o persoal debe ser profesional ou se, polo contrario, sería máis beneficioso o uso de persoal voluntario, en certos sistemas, como os EE.UU.<sup>107</sup> ou o *Victim Support*<sup>108</sup> en Inglaterra, optouse maioritariamente polo uso de voluntariado, existindo propostas en España de estender este modelo a través do uso de estudantes en prácticas ou dos xa desaparecidos obxectores de conciencia. O uso de persoal non profesional ten moita relación coa inspiración caritativa do modelo, e incluso se sinalou que están libres dos prexuízos de quen recibiu unha formación profesional, centrándose máis nas necesidades sentidas na comunidade<sup>109</sup>, pero a tendencia, incluso nos sistemas que tradicionalmente optaron por este modelo é a de intentar asignar a este tipo de colaboradores tarefas menores, como ofrecer axuda ás vítimas para cumprir formularios, traballo administrativo, axuda por teléfono, etc., xa que ante a escasez de medios son unha solución barata que permite aumentar o servizo<sup>110</sup>. Basear o labor de asistencia ás vítimas en persoal voluntario trae consigo unha serie de desvantaxes, como son a falta de preparación deste, o seu comportamento pouco profesional en ocasións, o tempo necesario para proporcionarlles unha axeitada formación e a incerteza do compromiso co programa, debido a que non se senten obrigados –naturalmente– a cumprir un horario ou a colaborar durante un

<sup>107</sup> MCEWEN, T.J. (“Victim Assistance Programs: Whom They Service, What They Offer”, 1995, páx. 2) sinala para os Estados Unidos un promedio de voluntarios que supera en 2/3 ao persoal profesional e desempeña un papel básico á hora de proporcionar servizos ás vítimas. A variedade do persoal, de todas formas, é grande duns programas a outros, desde empregados a tempo completo ata voluntarios a tempo parcial, desde aqueles que teñen unha formación avanzada en servizos sociais, xustiza, asistencia sanitaria e outras disciplinas, a aqueles que non teñen unha educación formal; desde aqueles cuxa historia vital non inclúe unha vitimización persoal a aqueles que sobreviviron ao trauma da vitimización criminal cometida contra eles ou seres queridos. Cfr. NVAA: “Professionalizing the discipline of victim services”, USA, 1999.

<sup>108</sup> Vide CORBETT, C. e MAGUIRE, M.: “The value and limitations of Victims Support Schemes”, en *Victims of crime, a new deal?*, Philadelphia, 1988, páxs. 31-32.

<sup>109</sup> MARSHALL, T. e WALPOLE, M.: *Bringing people together*, London, 1985, páx. 49.

<sup>110</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 35.

tempo determinado, o que leva consigo a necesidade de recrutar permanentemente novo persoal voluntario<sup>111</sup>.

En España optouse por un modelo baseado na inserción dos SAV no seo da Administración de Xustiza, xa sexa porque o persoal das oficinas é directamente persoal funcionario ou a través de concesións administrativas a entidades privadas sen ánimo de lucro, que contratan elas mesmas ao persoal laboral que consideren máis adecuado, de acordo co disposto no art. 473 LOPX que sinala que “cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación técnica necesaria para el desempeño de determinadas actividades específicas o para la realización de actividades propias de oficios, así como de carácter instrumental, correspondientes a áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos o instalaciones u otras análogas, podrá prestar servicios retribuidos en la Administración de Justicia personal contratado en régimen laboral”, polo que se podería entender que as administracións autonómicas poden recorrer a esta vía para establecer os SAV, tal e como se fixo, p. ex., no caso do País Vasco<sup>112</sup>. O uso de voluntariado é residual nas experiencias que se tiveron oportunidade de estudar. Isto vén coincidir coa falta de tradición no ámbito español na atención ás vítimas do delito como unha actividade caritativa específica<sup>113</sup>, e coa orientación que se prevé na Lei 35/1995, que se ben é certo que non predeterminaban ningún modelo, si facía referencia ás oficinas existentes, que foran fomentadas desde os poderes públicos e asumidas como unha obriga institucional.

---

<sup>111</sup> NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE: *Serving crime victims and witnesses*, 2ª ed., USA, 1997, páx. 49.

<sup>112</sup> Así, mentres, p. ex., no SAV de Madrid o persoal que o forma é funcionario da Administración de Xustiza, no de Bilbo é unha asociación privada sen ánimo de lucro quen o xestiona. Esta entidade é o Instituto de Reintegración Social de Biscaia (IRSE-EBI), que é unha asociación creada no ano 1987 por profesionais de diferentes campos, que ten por obxecto a prevención e o tratamento da delincuencia con medios abertos, incidindo nas causas individuais e sociais que a provocan e asesorando a toda persoa que sexa detida, excarcerada ou se encontre en liberdade provisional. En 1991 asina un Convenio de Colaboración co Departamento de Xustiza do Goberno vasco para o funcionamento e desenvolvemento do Servizo de Asistencia á Vítima de Bilbo. Integrado por un equipo multidisciplinar situado no Pazo de Xustiza de Bilbo, este servizo contempla a atención de toda persoa que manifeste ser vítima dalgún delito, prestando a asistencia xurídica, psicolóxica e social que necesite, así como informar as vítimas dos recursos e procedementos de defensa que os asisten. Cfr. *Memoria de Actividades del Instituto de Reintegración Social de Bizkaia (IRSE-EBI)*.

<sup>113</sup> Contrasta isto co sinalado por AURTENETXE GOIRIENA, J.L.: “Políticas a favor de las víctimas en Euskadi”, *Eguzkilore*, 1997, nº 11, páx. 268, en relación ao País Vasco, xa que indica que a creación de asociacións de axuda foi xenerosa e frutífera neste campo, sendo moi activas no labor de concienciación e de asistencia, labor que é apoiado e fomentado desde a Administración.

#### 4. Conclusión. A necesidade de crear auténticos SAV en Galicia

A valoración da creación dos SAV a nivel do Estado español non pode ser senón positiva. Os diferentes estudos realizados a nivel internacional demostraron que as vítimas aprecian a posta a disposición de servizos asistenciais, incluso aínda que non cheguen a empregalos<sup>114</sup>. En España non se coñecen estudos globais sobre a aceptación social das oficinas de asistencia, pero as experiencias individuais dos diferentes servizos indican que na maior parte dos casos se aprecia unha resposta moi positiva daquelas persoas que se achegan en busca de axuda. É necesario, con todo, mellorar algúns aspectos. Aínda que a diferenza entre uns casos e outros é grande, tal e como se puido apreciar na realidade dos diferentes SAV, é necesario que estes estean adecuadamente dotados en canto a persoal e posibilidades materiais. Estas dotacións deben ser acordes co número de usuarios potenciais da oficina, podéndose tomar como referencia o número de xulgados de Instrución do partido xudicial onde actúe. Non responde a unha lóxica de atención eficiente que exista o mesmo persoal nunha oficina destinada a cubrir o ámbito de máis de 50 xulgados de Instrución e unha poboación de máis de 3 millóns de persoas que noutra incardinada nunha cidade de menos de 200.000 habitantes. Tamén debe mellorarse en moitos casos a proxección da oficina, de modo que sexa suficientemente coñecida entre a cidadanía, ou cando menos entre aquelas persoas que poden necesitar dos seus servizos. A súa localización espacial debe responder a un criterio de visualización e accesibilidade, que non sempre se está dando na práctica. As instalacións deben ser axeitadas para a realización das funcións previstas, isto quere dicir que terá que haber espazo suficiente para garantir unha atención en condicións de intimidade e garantindo o respecto á situación moitas veces traumática da vítima.

De todas formas, pode dicirse que, a pesar das deficiencias detectadas en moitos casos, a situación é mellor en calquera outro lugar do Estado do que o é en Galicia. A creación dunha rede asistencial apenas comezou na Comunidade autónoma, sen que se coñezan intentos serios da Administración por establecer servizos de asistencia ás vítimas co carácter multidisciplinar e de atención integral que aquí se describiron. Existen, é certo, servizos ofertados a vítimas de determinados delitos ou con determinadas características, como poden ser os menores ou as mulleres vítimas de violencia doméstica –neste sentido é de destacar o labor que está a realizar o Servizo Galego de Igualdade–, pero non entidades destinadas a tratar a vitimización en sentido amplo.

<sup>114</sup> MAGUIRE, M. e CORBETT, C.: *The effects of crime ant the works of victims support schemes*, Oxford, 1987, páxs. 211 e 255; CORBETT, C. E MAGUIRE, M.: "The value and limitations of Victims Support Schemes", en *Victims of crime, a new deal?*, Philadelphia, 1988, páx. 29.

Recentemente creáronse nos xulgados da Coruña e Pontevedra uns denominados “servizos de atención ao cidadán e á vítima de delito”, que, a pesar da boa vontade dos funcionarios ao cargo, non se poden comparar de ningún modo cun verdadeiro servizo de asistencia ás vítimas, no sentido que aquí se lle deu; son, máis ben, meros puntos de información sobre todas as dúbidas que a calquera cidadán lle poden xurdir no seu contacto coa Administración de Xustiza, servidos por un só funcionario da Administración de Xustiza, e nun ambiente –cando menos na Coruña– que non é o máis axeitado para asegurar un trato apropiado para as vítimas do delito, debido á localización e ao espazo existentes. É por iso que a Administración autonómica e o Poder Xudicial deberían, dunha vez por todas, dar cumprimento ao mandato da Lei 35/1995 –dez anos despois– e crear unha verdadeira rede de oficinas de asistencia ás vítimas en todas as capitais de provincia de Galicia, como primeiro paso, e en todas as cabeceiras de partido xudicial, posteriormente. No caso da Provincia da Coruña, parece inaprazable a súa constitución na propia capital e a súa pronta extensión ás principais cidades, Ferrol e Santiago, cando menos.

En todo caso é necesario manter o carácter preferentemente asistencial que se lle deu aos SAV na experiencia española. As oficinas deben ir destinadas de modo principal a satisfacer as necesidades das vítimas e non as do propio sistema<sup>115</sup>, xa que iso pode xerar novas insatisfaccións e nova vitimización secundaria. Un enfoque demasiado institucionalista dos servizos para as vítimas pode levar, como se sinalou por algúns autores, a convertelas nunha axencia máis de control social<sup>116</sup>. De todas formas, orientar todos os esforzos da loita contra a vitimización nos servizos de asistencia tamén ten outros riscos, como poden ser o diminuír a loita contra as fontes do delito e a marxinação, para loitar exclusivamente contra as súas manifestacións finais<sup>117</sup> ou centrarse na loita contra o delito común, esquecendo outras formas de vitimización máis difusa e menos directa, pero igualmente grave como a delincuencia “de cuello branco”<sup>118</sup>. 

---

<sup>115</sup> CHELIMSKI, E.: “Serving victims: Agency incentives and individual needs”, en *Evaluating victim services*, Beverly Hills – London, 1981, páx. 84.

<sup>116</sup> FATTAH, E.A. (“Prologue: On some visible and hidden dangers of victim movements”, en *From Crime Policy to victim policy*, New York, 1986, páx. 3) sinala que os servizos para as vítimas teñen o perigo de poder ensanchar a rede de control social cando están máis preocupados por controlar o descontento social ca o delito. As vítimas, por iso, parecen ser canalizadas no sistema penal para necesidades oficiais, en lugar de prover un espírito cooperativo, maior participación cidadá e control efectivo do delito.

<sup>117</sup> FATTAH, E.A.: “Prologue: On some visible and hidden dangers of victim movements”, en *From Crime Policy to victim policy*, New York, 1986, páx. 4.

<sup>118</sup> FATTAH, E.A.: “Prologue: On some visible and hidden dangers of victim movements”, en *From Crime Policy to victim policy*, New York, 1986, páx. 5.

**XURISPRUDENCIA**





## O PRAZO DA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS NO PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AO AMPARO DA LEI DE AXUIZAMENTO CIVIL: OS ARTIGOS 128.1 DA LXCA E 135.1 DA LAC (A PROPÓSITO DA SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DO 28 DE ABRIL DE 2004, RELATOR SR. YAGÚE GIL)

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela

I. É unha sentenza de significativo interese procesual, que incide no sempre conflictivo tema do cómputo de prazos para os efectos da presentación de escritos no proceso contencioso-administrativo, en concreto, e de xeito especial na presentación de escritos de termo cando non é posible efectuala na secretaría do xulgado ou tribunal ou na oficina de servizo de rexistro central que estea establecido. Non é unha sentenza en extremo novidosa, pois o seu criterio vén aplicándose desde hai algún tempo, pero si resultan expresivas as argumentacións con que se avala a tese, sen dúbida favorecedora do principio *pro actionis*.

Á parte doutras cuestións así mesmo relevantes, o gran tema que esta sentenza suscita é se se ten que entender que o artigo 128.1 da LXCA (que consagra a improrrogabilidade dos prazos pero, ao mesmo tempo, posibilita presentar o escrito dentro do día que se notifique a resolución en que se teña por perdido o trámite que deixara de empregarse, sempre, iso

si, que non sexa un escrito de iniciación ou interposición) establece un sistema propio e autónomo de presentación de escritos, específico do proceso contencioso-administrativo e autosuficiente ou se, pola contra, non se pode entender tal, debendo, entón, xogar como supletorio o artigo 135 da Lei de axuízamento civil e conseguintemente o seu concreto “sistema” de “presentación de escritos, a afectos del requisito de tiempo de los actos procesales”. Un sistema, como se verá, máis xeneroso ou ampliativo se se engade ao propio da Lei xurisdiccional.

En definitiva, o que está en xogo é o “baleirado” ou non do artigo 128 da LXCA como sistema autónomo de prazos, nunha concepción tendencial aínda que non abandonada de todo pola doutrina académica. E, desde logo, desde o punto de vista da práctica procesal, se os avogados van contar ou non “cun día máis”, por mor da aplicación supletoria do artigo 135.1 da LAC, incluso para a presentación dos escritos de iniciación. Un tema, como se ve, nada intranscendente desde esta perspectiva e tamén desde a máis académica de autosuficiencia procesal da Lei xurisdiccional en materia de prazos. E, detrás de todo iso, a cuestión permanente e global de se se ten que entender o proceso contencioso-administrativo como un proceso autónomo, con principios e regras propios e con capacidade de autointegración ou, polo contrario, simplemente como un proceso civil especial, necesitado de mecanismos de heterointegración.

II. Por auto do 17 de setembro de 2001, a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana declarou inadmisíbel, por extemporáneo, o recurso formulado pola “Asociación de Amigos de los Humedales del Sur de Alicante” contra unha resolución do conselleiro de Obras Públicas pola que se aprobou definitivamente o plan especial director de usos e infraestruturas “Cidade da Luz” de Alacant. Notificada a resolución impugnada o día 5 de abril de 2001, o prazo de dous meses establecido no artigo 46 da LXCA, contado de data a data, remataba o día 5 de xuño, polo que, interposto o recurso o día 6 de xuño, resultaba extemporáneo por un día.

Contra este auto interpuxo a asociación recurso de casación ante o Tribunal Supremo. Interesan, para os efectos deste comentario, dous dos motivos casacionais alegados pola demandante.

III. No primeiro deles alégase infracción do artigo 46.1 da LXCA, xa que entende a asociación que o recurso se interpuxo no prazo de dous meses establecido neste precepto. Con iso, a recorrente aférrase a unha interpretación obsoleta, propiciada polo texto de 1992 da LRX-PAC que, como se lembrará, quebrou por un tempo a regra tradicional do noso dereito do *dies a quo non computatur in termino*, ocasionando gran confusión e prexuízos ao *favor actionis*, a pesar do “esfuerzo didáctico” realizado

polo Tribunal Supremo en numerosas sentenzas (que seguen os criterios xa sentados na tradicional interpretación do “data a data” por sentenzas do 21 de xaneiro, do 2 de xuño e do 17 de outubro de 1986, do 21 de decembro de 1987 e do 9 de marzo de 1988) dirixido a ilustrar, incluso con exemplos, a conduta dos cidadáns para evitar o seu frecuente erro no cómputo para recorrer.

A regra, con todo, recuperaríase –como é sabido– coa reforma da LRX-PAC levada a cabo pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, coa que se eliminaron boa parte das dúbidas e o risco de confusión. Desde entón, a xurisprudencia non mostra xa vacilacións ao respecto, consagrando inequivocamente o criterio de que, cando sexa un prazo dado en meses, o cómputo se ha de facer de data a data, “para lo cual se inicia al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición y concluye el día correlativo a tal notificación o publicación en el mes de que se trate”. Así o fai de novo o Tribunal Supremo na sentenza que agora se comenta, na que se reproduce literalmente gran parte do ditame da propia Sala con data 2 de decembro de 2003 (relator Sr. González Rivas), na que se contén un expresivo resumo da doutrina xurisprudencial por ela mantida, artellada sobre os criterios de sentenzas anteriores do Tribunal Supremo, como as do 3 de xuño de 1999, do 26 de decembro de 2000, do 4 de xullo de 2001 e do 27 de xaneiro de 2003, con referencia tamén á importante sentenza do Tribunal Constitucional nº 32/1989, do 13 de febreiro.

Non se entende ben, polo tanto, que a recorrente aduza este motivo para fundar a casación, dado que na data de formalización do recurso xa se tiña producido aquela modificación legislativa e os tribunais aplicaban con xeneralidade o criterio de que un recurso contencioso presentado ao día seguinte ao correlativo da notificación ou publicación era sempre extemporáneo. O rexeitamento polo Tribunal Supremo deste motivo era, pois, inevitable con toda seguridade.

IV. O segundo dos motivos alegados pola demandante para fundar a casación é a infracción do artigo 135.1 da Lei de axuízamento civil, do 7 de xaneiro de 2000. Di este precepto que “Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del Tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido”.

A demandante presentara o escrito, tal como se dixo, o día 6 de xuño (contra resolución notificada o día 5 de abril), isto é, ao día seguinte de concluír o prazo derivado do artigo 46 da LXCA (con afectación do disposto no artigo 128.1 do mesmo corpo legal) e fixérao dúas horas e once minutos antes das quince horas do vencemento do prazo sinalado no

artigo 135.1 da LAC no “Decanato de los Juzgados de Valencia, Registro Único de Entradas”.

O Tribunal Supremo acolle este motivo casacional e, na súa virtude, revoga os autos que declararan inadmisibile o recurso por extemporaneidade. As principais argumentacións da sentenza (que recollen a doutrina xa establecida noutras anteriores, do 2 de decembro de 2002 e do 26 de xuño de 2003) concréntanse no seguinte:

a) Enténdese que no proceso contencioso-administrativo é aplicable o artigo 135.1 da LAC, porque este texto legal regula, separadamente, o cómputo dos prazos (artigo 133), o seu carácter improrrogable (artigo 133) e a presentación dos escritos, para efectos do requisito de tempo dos actos procesuais (artigo 135). E, xustamente, a finalidade a que responde o nº 1 do artigo 135 é a de habilitar unha forma de presentación dos escritos de termo cando non sexa posible facelo no xulgado que preste o servizo de garda.

b) Dado o carácter supletorio da LAC nos procesos contencioso-administrativos (disposición final 1ª da LXCA e artigo 4 da LAC), ao non se regular pola Lei xurisdiccional a presentación dos escritos de termo cando non sexa posible realizar aquela na secretaría do xulgado ou tribunal, hai que entender que a referida presentación se poderá efectuar na forma prevista no artigo 135.1 da LAC.

c) Engade o Tribunal Supremo que contra isto non podería alegarse que o artigo 128.1 da LXCA establece un sistema de presentación dos escritos específico do proceso contencioso-administrativo. Este precepto –afirma–, ao igual que o 134 da LAC, establece a improrrogabilidade dos prazos e, ademais, unha especificidade: a posibilidade de presentar o escrito que proceda (nunca de preparación ou interposición de recursos) dentro do día no que se notifique a resolución na que se declare perdido o trámite. Pero nada máis. O artigo 128.1 non regula unha forma de presentación dos escritos de termo (xulgado de garda na normativa anterior á vixente LAC, caixa de correo, presentación do modo previsto no artigo 135.1 da LAC, ou calquera outra que se puidese establecer), senón unha “rehabilitación de prazos”, e iso só para os supostos que neste se concretan. Polo tanto, nada disto se pode comparar co disposto no artigo 135.1 da LAC, que ten que ser, polo tanto, aplicable supletoriamente.

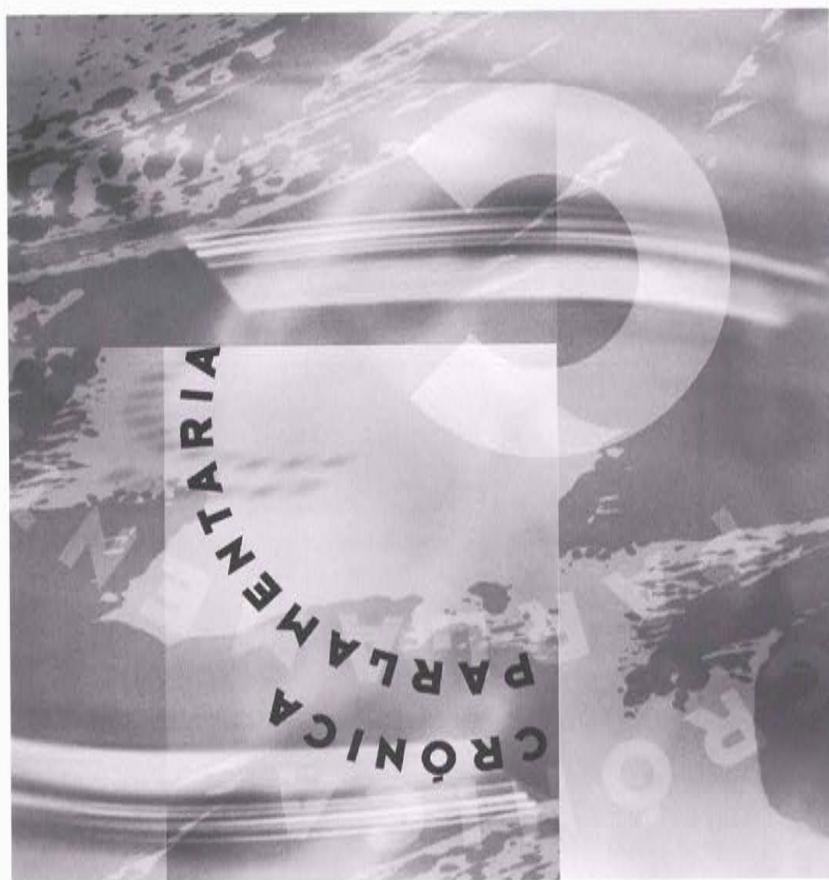
d) Tampouco se podería fundamentar a pretensión de que o artigo 128.1 da LXCA establece un sistema específico de presentación de escritos para a orde xurisdiccional contencioso-administrativa no feito de que este artigo preceptúe que, nestes casos, se teña que facer “dentro del día en que se notifique el auto”. Como se ve, o precepto fixa “cando” se debe presentar o escrito despois de transcorrido o prazo orixinario, pero non regula a “forma” de presentalo o día do vencemento se non é posible facelo na secretaría do xulgado ou tribunal.

e) Indica tamén o Tribunal Supremo que se no proceso contencioso-administrativo se presenta un escrito na forma prevista no artigo 135.1 da LAC, cando sexa un escrito daqueles cuxa presentación se debe facer “dentro del día en que se notifique el auto”, tal presentación producirá todos os efectos legais “pues, en virtud de la ficción legal presente en dicho artículo, habrá que entender que la presentación en cuestión se hizo dentro del día en que se notificó el auto”, sen que por iso se poida entender que este precepto da LAC regule unha prórroga do prazo inicialmente concedido.

f) A rotundidade do pronunciamento do Tribunal Supremo en canto a esta aplicación supletoria do artigo 135.1 da LAC ao proceso contencioso-administrativo é tal que, incluso, desbota calquera posible obxección que se puidera derivar do feito de que o artigo 128.1 da LXCA limite a súa excepcionalidade aos escritos que non sexan de iniciación. As nosas razóns –di o Tribunal Supremo– non han de variar polo feito de que o escrito de interposición non sexa un escrito presentado durante o curso do proceso, senón iniciador deste, “porque el artículo 135.1 de la LEC no hace distinción alguna y se refiere en general a los casos en que la presentación de escritos *esté sujeta a plazo*, cosa que indudablemente ocurre con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo”.

Esta última conclusión si implica un cambio substancial da tradicional doutrina xurisprudencial de considerar os prazos de interposición dos recursos “perentorios, improrrogables e preclusivos” (*vid.*, aínda, ATS do 21 de marzo de 1995, respecto da preparación do recurso de casación). Non hai loxicamente, pois non vén a conto, un pronunciamento sobre se os efectos do artigo 128.1 acadan ou non os supostos en que o proceso debe comezar por demanda nos recursos substanciados polo procedemento abreviado. A sentenza, en calquera caso, consolida unha liña xurisprudencial non carente de lóxica e de espírito garantista da acción, por máis que poidan “rinchar” algunhas cadernas do dereito procesual administrativo autónomo e autosuficiente. 







# O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DEREITO E AS SÚAS PROXECCÍONS PARLAMENTARIAS NO CASO GALEGO

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado do Parlamento galego  
Profesor de teoría constitucional da  
Universidade de Vigo

## 1. Introducción

Nun momento no que o debate parlamentario galego xira en boa medida arredor da posible reforma da máxima norma autonómica, o Estatuto de autonomía, resulta imprescindible, ao meu ver, facer unha relectura das bases constitucionais do modelo de Estado e preguntármonos sobre o alcance práctico que no documento estatutario teñen as proclamacións acerca da cláusula do estado social e democrático de dereito en Galicia. Este labor debe partir do que, desde xa, denomino, e acollendo a terminoloxía do Tribunal Constitucional español nunha materia diferente, como carácter bifronte do estado social e democrático de dereito en Galicia. Isto é, a necesaria aceptación de que as normas xurídicas conformadoras deste modelo de convivencia teñen a súa orixe tanto en fontes estatais coma no dereito de orixe estatutaria e parlamentariamente creado.

No artigo 1.1 da CE proclámase que España se constitúe nun estado social e democrático de dereito, que propugna como valores superiores do seu ordenamento xurídico a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo político. Estas afirmacións constitucionais achegan contidos que poden permitir unha concepción das estruturas políticas vinculadas, como

teñen lembrado Guibernau e Hutchinson<sup>1</sup>, á cidadanía e o seu exercicio dos dereitos políticos. Por outra banda, atopámonos tamén nun escenario de reformulación do rol dos cidadáns e mesmo do seu status a nivel europeo con importantes debates doutriniais en varios países da Unión Europea que poden condicionar o contido substantivo do Estado no século XXI<sup>2</sup>.

Cada un dos cualificativos que se conteñen na definición do noso Estado, plasmada no artigo 1, ten a súa propia singularidade, pero como realmente acadan a súa significación é na súa comprensión integrada. Non hai dúbida de que a intelixencia da cláusula do estado social e democrático de dereito ten unha dimensión moi concreta se a tratamos respecto da organización política de Galicia: a Comunidade autónoma que nace co Estatuto de autonomía de 1981.

Unha aproximación histórica aos conceptos claves do constitucionalismo contemporáneo debe servir de base para posibilitar unha valoración crítica da execución normativa que o Parlamento leva feito do programa constitucional e estatutario, posibilitando o que Quirós Palau<sup>3</sup> denomina “a Constitución da participación” e que, no noso caso, ben podería chamarse “a galegitude participada” .

## 2. O estado de dereito

Desde a perspectiva histórica, o “estado de dereito” podería parecer unha expresión redundante, xa que na definición ou na premisa latina *ubi homo, ibi societas; ibi societas, ibi ius; ergo ibi societas, ibi ius*, así aparece plasmada. Pero, dicir que nos atopamos nun estado de dereito esixe máis. Hoxe en día afirmar a existencia dun estado de dereito require cumprir tres requisitos:

1. Supón estar nun estado que garante o exercicio dos dereitos fundamentais que aparecen recollidos no título primeiro da Constitución española de 1978. Neste sentido, e desde unha perspectiva galega, unha afirmación como a prevista no artigo 4 do noso Estatuto preséntase como fundamental: os dereitos, as liberdades e os deberes fundamentais dos galegos son os establecidos para todos os cidadáns españois na

---

<sup>1</sup> “History and National Destiny”, *Nations and Nationalism*, volume 10, xaneiro/abril, 2004, páxinas 1 a 8.

<sup>2</sup> De interese para este debate é a achega de Norbert Reich: “La Constitución Económica Europea: ¿Una carta para los ciudadanos?”, *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, Miguel Ángel García Herrera (dir.), Universidade do País Vasco, 1997, páxinas 19 e seguintes.

<sup>3</sup> “La Constitución de la participación”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 15, 2004, páxinas 169 e seguintes.

Constitución<sup>4</sup>. Esta afirmación de principio vén, ademais, a completarse, como apunta Patrick Gaïa, coa incorporación dos textos iusnaturalistas na Carta de dereitos fundamentais da Unión Europea<sup>5</sup>.

2. Ten que ser un estado que divida o exercicio dos seus poderes entre distintas institucións ou organismos (principio da división de poderes, polo cal se pretende evitar a centralización ou acumulación de poder nunha persoa e, polo tanto, evitar un réxime tiránico). A nosa estrutura estatutaria é ben significativa ao respecto pois a diferenza do texto constitucional, como lembra Auger<sup>6</sup>, fala expresamente no seu artigo 9 dos poderes da Comunidade autónoma, citando de xeito nidio o Parlamento, a Xunta e o Presidente<sup>7</sup>.

3. Debe ser un estado que subordine a actuación dos seus órganos á lei, esta última como expresión da vontade popular (a lei debe ser cumprida por todos sen ningún tipo de exclusión, tal e como se recolle no artigo 9 da Constitución). Os poderes públicos galegos tamén ven marcado o seu ámbito de actuación polo establecemento no Estatuto de diversas reservas de lei que vinculan os seus poderes. Esta subordinación ten importantes consecuencias sobre o funcionamento e competencia dos poderes públicos, singularmente no ámbito autonómico para o Parlamento e o Goberno<sup>8</sup>.

Este concepto non apareceu de súpeto, senón que sufriu unha evolución complexa. Como sabemos, a primeira fase do estado contemporáneo estivo marcada pola existencia dun poder unificado e non sometido ao dereito. Agora ben, cando as monarquías absolutas comezaron a vivir a súa crise, fóronse construíndo unha serie de limitacións.

<sup>4</sup> Tal e como veño de comentar no meu traballo: "Os fundamentos da autonomía de Galicia", *Revista Galega de Administración Pública*, nº 31, maio-agosto 2002, páxina 251. De feito, os actuais traballos desenvolvidos na *ponencia* do Parlamento catalán para a reforma do Estatuto elaboran un elenco de dereitos e de deberes dos cidadáns de Cataluña.

<sup>5</sup> "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", *Revue française de droit constitutionnel*, nº 58, abril 2004, páxinas 227 a 246.

<sup>6</sup> "La responsabilidad de los jueces", *Claves de razón práctica*, nº 149, xaneiro 2005, páxina 22.

<sup>7</sup> Esta formulación vese mediatizada pola existencia dos partidos políticos como axentes decisivos do sistema estatutario. Por iso, o seu papel tense presentado como deturpador do principio clásico da división de poderes. Por outra banda, tamén hai que considerar as notables diferenzas que na práctica política se dan segundo o sistema funcione con gobernos maioritarios ou non parlamentariamente. Cfr. Chuck Strahl: "Politique et procédure dans un parlement minoritaire", *Revue Parlementaire Canadienne*, volume 27, nº 4, Hiver, 2004-2005, páxinas 7 e seguintes.

<sup>8</sup> Considero de particular interese a recente reflexión apuntada por Alcantarilla Hidalgo no seu traballo: "La prórroga automática de las leyes de presupuestos", *Actualidad administrativa*, nº 20, novembro 2004, páxinas 2433 a 2441.

Nun primeiro momento loitouse para que o estado, personificado no monarca e nas institucións nas que se fundamenta (burocracia, exército e aristocracia), se sometera no exercicio do poder a formas xurídicas ben establecidas, regras xerais, dadas co consentimento da representación da sociedade (Parlamento), discutidas e públicas<sup>9</sup>. Esta primeira acepción supuxo o recoñecemento dos dereitos fundamentais dos cidadáns: liberdade civil, igualdade xurídica, independencia do poder xudicial e garantía da propiedade. Neste punto, e para o ámbito que nos é máis achegado, resulta subliñable o papel que o Parlamento de Galicia desenvolve na lexitimación democrática das decisións políticas tomadas en Galicia. Trátase, neste sentido, dunha institución esencial para a formación da vontade do poder público autonómico.

Nun segundo momento, o estado de dereito implicou tamén a extensión do control xudicial á actividade administrativa. A finais do século XIX produciuse un forte debate en torno a esta cuestión que cristalizou co desenvolvemento da xurisdicción contencioso-administrativa, encamiñada a romper a impunidad do estado ante os seus propios actos.

O terceiro escenario iniciouse despois da I Guerra Mundial. O concepto de estado de dereito pasou a incluír a lexitimación democrática do poder do Estado que tamén ten que estar sometido á norma xurídica. No caso galego é ineludible a referencia aos controis electorais introducidos pola Lei de eleccións ao Parlamento de Galicia de 1985<sup>10</sup>, moi especialmente, o recoñecemento dunha Administración electoral independente.

Estas limitacións deron lugar a un triplo fenómeno:

1. Os dereitos e as liberdades fundamentais constituían un límite á actuación libre do Estado, xa que estes teñen que ser respectados polos órganos e polos cidadáns<sup>11</sup>.
2. Introduciuse a división de poderes.
3. Decisións internacionais que lle afectan ao Estado e se recollen posteriormente á lei (manifestación da legalidade internacional).

Este esquema vai ser o que triunfe en Gran Bretaña, EE.UU. e Francia. Agora ben, existe outra vía de superación do absolutismo político para

---

<sup>9</sup> A historiografía máis recente incide na idea da importancia dos condicionamentos económicos para o nacemento do estado moderno. Así, David Stasavage: *Public Debt and the Birth of Democratic State. France and Great Britain, 1688-1789*, Cambridge University Press, 2003.

<sup>10</sup> Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia.

<sup>11</sup> Esta afirmación atopa a día de hoxe importantes reservas cando se analiza o funcionamento do Estado autonómico e o alcance de certos dereitos proclamados constitucionalmente, como o de gozar do medio. Así se pronuncia recentemente Alba Nogueira López: "Aproximación a la acción estatal de prevención de catástrofes marítimas. Fallos evidentes y cambios insuficientes", *Revista Vasca de Administración Pública*, maio-agosto, 2004, páxinas 195 a 196.

acadar o estado de dereito, que foi a seguida por Alemaña, seguindo a vía da autolimitación, de tal xeito que a monarquía absoluta existente en Alemaña rexeitou os tres postulados anteriores, pero recoñeceu a necesidade de que o estado se autolimitase. Así, nos países que seguiron a vía da autolimitación non se recoñecen os dereitos fundamentais como algo previo, senón que se creou a doutrina dos dereitos públicos subxectivos (Jellinek foi autor dunha obra cun título que contén esta concepción de dereitos públicos subxectivos).

Non se admitiu un campo de sometemento do Goberno á lei, senón que se mantivo un campo de actuación autónomo e con carácter discrecional. Os alemáns preocupáronse de que a limitación do Estado favorecese a seguridade xurídica (cítase a seguridade xurídica no artigo 9.3 da nosa Constitución: "A Constitución garante o principio da legalidade, a xerarquía normativa, a publicidade das normas, a irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restritivas de dereitos individuais, a seguridade xurídica, a responsabilidade,..."; e na sentenza do TC 27/1981, do 20 de xullo), pero cunha concepción diferente á da tradición xermánica. Como sinala para o ámbito anglosaxón Ronald J. Legere<sup>12</sup>, o papel nas normas procedementais resulta acotío excesivamente ponderado cando as sociedades demandan, polo contrario, un debate de fondo e non formalista sobre os problemas públicos.

Esta seguridade xurídica conduciu a unha concepción formal do estado de dereito fronte ao concepto material. Esta concepción caracterízase por catro requisitos:

1. A predeterminación das normas aplicables. No noso dereito o cambio fundamental está dado agás no ámbito das normas civís, onde segue a facerse un chamamento ao costume que non casa ben cunha afirmación plena do principio de seguridade xurídica<sup>13</sup>.

2. A submisión da Administración á lei e ao dereito. Este principio, afirmado polo artigo 103 da Constitución, está desenvolvido no ámbito galego pola aprobación parlamentaria da lei de adaptación á Comunidade autónoma de Galicia da Lei estatal de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> "Advocating Parliamentary Procedure", *Parliamentary Journal*, vol. XLVI, n° 1, xaneiro, 2005.

<sup>13</sup> No seo da *ponencia* encargada de actualizar o contido da Lei de dereito civil de Galicia de 1995 existe xa un convencemento respecto da necesidade de asumir na lei a primacía das fontes escritas sobre o costume non positivizado.

<sup>14</sup> Así a Lei 6/2001, do 29 de xuño, de adecuación da normativa da Comunidade autónoma de Galicia á Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (DOG n° 135, do 12 de xullo de 2001).

3. O control xudicial das actuacións da Administración. No noso caso este control está residenciado, en último termo, no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, de acordo co disposto no artigo 153 da Constitución<sup>15</sup>.

4. A responsabilidade do estado pola actuación dos seus axentes. Este principio xeral, tamén constitucionalizado no artigo 103 da Constitución, recibe unha acollida específica na normativa máis recente da Xunta en relación coa prestación de servizos públicos<sup>16</sup>.

Estas dúas posturas doutriniais sofren modificacións coa chegada da posguerra europea. Soamente antigas ditaduras conservaron o vello concepto de estado de dereito.

Hoxe en día, o estado de dereito é un sistema que engloba á vez tres subsistemas:

a. de fins: consiste na garantía do exercicio dos dereitos fundamentais para asegurar a todos unha igual liberdade inherente á dignidade das persoas. Neste sentido hai que poñer de relevo as políticas de igualación levadas a cabo polos poderes públicos autonómicos, plasmadas en normativas sectoriais de integración social a través de políticas de rendas ou promovedoras da integración de colectivos como os minusválidos físicos ou as mulleres.

b. de poderes: supón unha división do poder do Estado en poderes diversos, situados baixo a lóxica do autogoberno dos cidadáns. Deste xeito ocorre en Galicia onde tamén todos os poderes reciben a súa xustificación última no apoio popular a pesar das críticas que se formulan pola existencia de entes públicos de difícil control<sup>17</sup>.

c. de normas estatais: implica o imperio da lei como expresión da vontade popular. En consecuencia do imperio da lei, os poderes públicos e a Administración están sometidas a ese imperio (sometidos á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico). No caso autonómico, as normas do estado inclúen, en tanto que "estado globalidade", as normas autonómicas, existindo pois lexitimidades que poden derivar da soberanía do pobo español e outras que teñen a súa orixe nos dereitos á autonomía do pobo galego.

A nosa Constitución aborda a garantía dos dereitos fundamentais, organizando xuridicamente os dereitos humanos para proclamarlos como

---

<sup>15</sup> Para un estudo concreto desta competencia pode consultarse o meu traballo: "Galeguidade e poder xudicial: notas para unha reforma do Estatuto de Autonomía no tocante á Administración de Xustiza en Galicia", *Dereito*, volume 13, nº 2, 2004, páxinas 149 a 196.

<sup>16</sup> Cfr. O artigo 74 da Lei 7/2003, do 9 de decembro, de ordenación sanitaria de Galicia (DOG nº 246, do 19 de decembro de 2003).

<sup>17</sup> Así, Baudelio Urueña: "Qué eficiencia medir en la empresa pública autonómica: metodología y aplicación práctica", *Análisis local*, nº 57, VI/2004, páxinas 5 e seguintes.

dereitos fundamentais<sup>18</sup>. Nun principio, os dereitos individuais (aqueles que corresponden a cada un dos individuos) xurdiron como manifestación única dos dereitos fundamentais, pero hai outro tipo de dereitos como os sociais, os civís e os políticos, que foron concibidos como liberdades ou “dereitos de autonomía”. O estado liberal superou esta concepción, unindo a faciana da participación política en palabras de Josep Fontana<sup>19</sup> ao progreso social para ampliar como dereitos positivos os dereitos políticos (dereitos de participación).

Polo outro lado, atopamos os dereitos económicos, sociais e culturais. A nosa Constitución de 1978 reconece estes tres tipos de dereitos, de tal xeito que a totalidade do título I da Constitución española (artigos 10 a 55) se dedica á regulación dos dereitos e deberes fundamentais, cun alcance recollido no artigo 10.1 da CE, ao consagrar que a dignidade da persoa, os dereitos inherentes, os dereitos inviolables que lle son inherentes, o libre desenvolvemento da personalidade e o respecto á lei e aos dereitos dos demais son fundamento da orde política e da paz social. Como apunta Enrico Diciotti<sup>20</sup>, esa clasificación dos dereitos ten unha orixe histórica e un trasunto ideolóxico, pois a paternidade dos dereitos de liberdade é propia do liberalismo, mentres que a dos dereitos sociais é propia do socialismo.

No que respecta á división de poderes, esta atópase fondamente relacionada co desexo de división das competencias estatais. Asegúrase o exercicio do poder mediante a atribución de competencias ou potestades a distintas institucións. A finalidade desta división de poderes é acadar que cada unha das institucións sexa xestionada por persoas distintas que, no seu conxunto, permitan a integración política de todos os sectores relevantes na vida política. Con todas as excepcións que deban facerse polo indubidable contexto derivado do estado de partidos no que se desenvolve a democracia galega, resulta nidio que a normativa esencial, constituída basicamente polo Regulamento do Parlamento, a Lei de eleccións e a Lei reguladora da Xunta e do seu presidente, garante o esquema tendencial que constitúe o principio da separación de poderes na súa versión contemporánea. Finalmente, pero non por iso menos relevante, atopamos o papel de institucións independentes que colaboran aos equilibrios

<sup>18</sup> Esta liña de principio sofre importantes matizacións cando se fala, por exemplo, de colectivos como os emigrantes, de tanto relevo nunha comunidade coma a nosa. Así, no meu traballo: “Os dereitos dos emigrantes como dereitos fundamentais”, *Revista Galega de Administración Pública*, nº 36, páxinas 209 a 237.

<sup>19</sup> “Political representation and social progress: An interpretative approach”, *Parliaments, States and Representation*, nº 24, novembro, 2004, páxinas 2 e seguintes.

<sup>20</sup> “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica”, *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale*, ano XXIV, nº 4, decembro 2004, páxina 733 e seguintes.

entre os poderes autonómicos, como o Valedor do Pobo, o Consello de Contas ou, en menor medida, os órganos de carácter consultivo.

No inicio do estado liberal, como apunta Stewart<sup>21</sup> no seu estudo das orixes do dereito administrativo, a división de poderes trataba de evitar, mediante o equilibrio, o abuso de poder por parte dunha persoa (son os *Checks & Balances*). Esta teoría dos equilibrios entre poderes vai sufrir modificacións por dúas influencias:

1. A introdución do principio de lexitimidade democrática.
2. A lóxica do estado intervencionista.

Agora ben, dous principios básicos do estado burgués permanecen inalterables:

1. A diferenciación e especialización das institucións políticas.
2. A existencia dun órgano estatal que, desempeñando a representación da sociedade, sexa o encargado de ditar as leis.

Sobre a división de poderes, soamente usamos na Constitución española o termo *poder* no que respecta ao poder xudicial, polo que hai que acudir a outras leis para atopar referencias normativas á resolución dos conflitos en canto aos poderes do estado.

Ademais, podemos falar da distribución dos poderes na CE. Falamos dunha división vertical que se fai entre os órganos centrais do goberno e os órganos das comunidades autónomas (artigo 2 CE).

Esta división vertical ten un órgano responsable do seu control que é o Tribunal Constitucional. Establecido polo título IX da Constitución española de 1978, o Tribunal Constitucional é o intérprete supremo da Constitución. Único na súa orde e con xurisdición en todo o territorio nacional, exerce as competencias definidas no artigo 161 da CE. O Tribunal Constitucional é independente dos demais órganos constitucionais e está sometido só á Constitución e á súa Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro. Conforme á Constitución e á súa Lei orgánica, o Tribunal Constitucional é competente para coñecer:

a. Do recurso de inconstitucionalidade contra leis, disposicións normativas ou actos con forza de lei. Esta é a vía habitual pola que se produce o “control recíproco” da constitucionalidade entre o Estado e a Comunidade autónoma de Galicia<sup>22</sup>.

b. Da cuestión de inconstitucionalidade sobre normas con rango de lei. Vía a través da que os titulares dos órganos do poder xudicial poden

---

<sup>21</sup> R. B. Stewart: “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, 1975, páxinas 1671-76.

<sup>22</sup> Para unha revisión sistemática da conflitividade entre a nosa Comunidade autónoma e o Estado, Xosé Antón Sarmiento Méndez: *O Estatuto de Galicia. 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais*, Edicións Xerais, Vigo, 2003.

levar ante o Tribunal Constitucional as normas, tamén as autonómicas<sup>23</sup>, para comprobar o seu contraste co texto da Constitución.

c. Do recurso de amparo por violación dos dereitos e liberdades referidos no artigo 53.2 da CE. É a única vía directa de intervención por parte dos cidadáns ante a xurisdición constitucional, e iso tanto para a impugnación de actuacións dos poderes públicos estatais coma dos autonómicos.

d. Dos conflitos de competencia entre Estado e as comunidades autónomas, ou destas entre si. Esta vía permite a tutela da división de poderes antes citada no tocante á aprobación de disposicións sen rango de lei, tanto por parte do estado coma da comunidade autónoma. Como estudou Gómez Mejías<sup>24</sup>, a axeitada ordenación das funcións do estado é esencial para o cabal cumprimento dos fins deste, e iso non só na actualidade, senón tamén historicamente.

e. Dos conflitos entre os órganos constitucionais do Estado (Congreso, Senado, Goberno e Consello Xeral do Poder Xudicial). Esta previsión legalmente desenvolvida por parte da Lei orgánica do Tribunal Constitucional suscita a crítica de non ter tomado en conta a posible lexitimación dos poderes (executivo ou lexislativo) autonómicos, o que podería ter contribuído a solucionar recentes conflitos existentes no noso estado constitucional.

f. Da declaración sobre a constitucionalidade dos tratados internacionais. Aspecto tamén no que se bota de menos a posibilidade de participación autonómica para os efectos de tutelar os seus ámbitos competenciais ante futuros tratados que poidan invadir estes contidos estatutarios protexidos constitucionalmente. En todo caso, a incorporación ao sistema constitucional español deste control da constitucionalidade vén a supoñer o recoñecemento da progresiva presenza das entidades supranacionais no espazo globalizado, poñendo de manifesto o que Ohmae<sup>25</sup> entende como proba do debilitamento dos estados-nación.

g. Da impugnación polo Estado das disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das comunidades autónomas. Ao meu ver atopámonos ante o suposto máis manifesto de desequilibrio institucional entre a posición procesual do Estado e da Xunta de Galicia, pois este mecanismo só se prevé para ser utilizado por parte do primeiro e nunca por parte dunha comunidade autónoma.

---

<sup>23</sup> Neste momento atópase en tramitación unha cuestión de inconstitucionalidade sobre certo artigo da Lei de dereito civil de Galicia que pode ser interpretado como discriminatorio en relación cos fillos non comúns dentro do matrimonio, procedemento no que o Parlamento de Galicia xa formulou as oportunas alegacións.

<sup>24</sup> "La división de funciones como superación de la división de poderes en Alemania desde 1750 a 1918 y su influencia en la República de Weimar", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 18, 2003, páxina 10.

<sup>25</sup> K. Ohmae: *The Borderless World*, Ed. Collins, Londres, 1990.

h. Dos conflitos en defensa da autonomía local. Esta vía introducida en 1999 a través dunha reforma da Lei orgánica do Tribunal Constitucional garante a autonomía local proclamada no artigo 137 da Constitución e serve para que as entidades locais de Galicia poidan darlles expresión aos recoñecementos recollidos no artigo 1.1 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia<sup>26</sup>.

i. Das demais materias que se lle atribúan nas leis orgánicas (artigo 161.1 da CE).

En canto ao imperio da lei hai que entendela como expresión da vontade popular. Tradúcese en que todos os poderes do Estado se poden someter á vontade popular, ben sexa mediante un referendo ben mediante unha intervención organizada (Parlamento). Isto atopámolo no artigo 9 da Constitución.

Sobre este principio do imperio da lei podemos facer diferentes reflexións que se plasman en tres principios diferenciados:

■ Principio de constitucionalidade. Todos os poderes están sometidos ao imperio da Constitución que rexe para todos os poderes públicos; ademais, segundo o Tribunal Constitucional, a autonomía non é soberanía, e por iso os poderes autonómicos deben en todo caso respectar as decisións constituíntes.

■ Principio de legalidade (artigo 9.3 da Constitución). Isto supón a vinculación de todos os cidadáns e os poderes do Estado cara á lei, quedando as distintas leis subordinadas tan só á Constitución. Este principio supón a existencia da xerarquía normativa, de tal xeito que as demais normas se van estruturando de maneira descendente tras a Constitución. Interesa na actualidade, ao meu ver, poñer de manifesto que a actualización normativa no Estado español supera os ámbitos parlamentarios, existindo tamén en Galicia, numerosos entes con facultades desta clase, que deben, como apunta Michela Manetti<sup>27</sup> para o caso italiano, quedar baixo o control das cámaras parlamentarias.

■ Seguridade xurídica. Como di o Tribunal Constitucional na sentenza 27/1992, é a suma da certeza e da legalidade, da xerarquía e da publicidade normativa, da irretroactividade do non favorable e da interdicción da arbitrariedade. Todos estes aspectos deben hoxe perseguirse de xeito internacional, pois, como apunta A.M. Slaughter<sup>28</sup>, só un "mecanismo ho-

---

<sup>26</sup> Este artigo reconece e garante a autonomía dos municipios e das provincias para a xestión dos seus respectivos intereses (DOG n° 149, do 5 de agosto de 1997).

<sup>27</sup> "Il ruolo del Parlamento in sede consultiva sugli atti normativi di altre autorità", *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di diritto costituzionale*, 1/2004, páxinas 113 e seguintes.

<sup>28</sup> No seu traballo: "The accountability of Government networks", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001.

rizontal" de reforzamento da legalidade pode ofrecer resultados aceptables neste mundo globalizado.

Hai que destacar o artigo 91 da Constitución en canto á publicación das leis e no referido aos efectos e á publicación das sentenzas do Tribunal Constitucional o artigo 164.1 da Constitución, pois ambos os dous poñen de manifesto o relevo constitucional da publicidade normativa e acadan un reflexo igualmente no eido autonómico.

Deste xeito, e como parangón para a fase da integración da eficacia das normas, o rei sancionará no prazo de quince días as leis aprobadas polas Cortes Xerais, e promulgaráas e ordenará a súa inmediata publicación. Este mandato constitucional xenera diversas problemáticas intimamente relacionadas cos principios constitucionais. Por unha banda, o criterio do Tribunal Constitucional respecto da publicación das leis autonómicas decántase a prol de determinar os efectos e a entrada en vigor destas en dependencia da súa publicación no diario oficial autonómico, tendo a inclusión no *Boletín Oficial do Estado* unha función meramente divulgativa. Paradoxicamente, a mesma xurisprudencia constitucional defende o carácter auténtico da publicación na versión castelá e non na galega para as normas. Esta opción resulta particularmente desafortunada no caso galego<sup>29</sup>, pois a totalidade dos antecedentes parlamentarios das leis están documentados e prodúcense exclusivamente en galego, sendo a publicación final en castelán unha mera tradución que pode non reflectir fielmente a *intentio legislatoris*.

Respecto das sentenzas do Tribunal Constitucional establécese que se publicarán no *Boletín Oficial do Estado* cos votos particulares, se os houber. Teñen o valor de cousa xulgada a partir do día seguinte da súa publicación e non hai recurso ningún contra elas. As que declaren a inconstitucionalidade dunha lei ou dunha norma con forza de lei e todas as que non se limiten á estimación subxectiva dun dereito teñen plenos efectos fronte a todos. De non ser que na sentenza se dispoña outra cousa, subsistirá a vixencia da lei na parte non afectada pola inconstitucionalidade. Esta disposición constitucional, lonxe de ser neutra, ten importantes consecuencias como se acaba de poñer de manifesto nos problemas de interpretación da recente sentenza do Tribunal Constitucional no caso "Prestige" ou na tamén recentemente recaída sobre a Lei galega reguladora do recurso de casación en materia civil<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Pódese tomar conta da situación lingüística na praxe do Parlamento galego no meu libro: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais, Vigo, 2001, páxinas 25 a 27.

<sup>30</sup> Esta cuestión é desenvolvida *in extenso* no meu traballo, "La casación civil autonómica", *Revista Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 8, setembro 2004, páxinas 13 e seguintes.

Na Constitución, concretamente no artigo 103.1, trátase de remarcar que a finalidade dos sectores públicos é o interese dos cidadáns conforme á lei. Así, dispónse que a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e mais ao dereito. Ao meu ver, esta proclamación constitucional, lonxe de presentarse como unha máxima retórica, ten a virtualidade de vincular as administracións públicas cos intereses xerais e, no que afecta á configuración do estado social e democrático de dereito, debe ser tida en conta para superar as situacións de desequilibrio económico existentes no noso Estado e tamén dentro de Galicia<sup>31</sup>. Ademais, afirmase que os órganos da Administración do Estado son creados, rexidos e coordinados de acordo coa lei. Finalmente, dise que a lei regulará o estatuto dos funcionarios públicos, o acceso á función pública de acordo cos principios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercicio do seu dereito á sindicación, o sistema de incompatibilidades e as garantías para a imparcialidade no exercicio das súas funcións. A nivel autonómico o texto estatutario dedica o seu título III á Administración pública fixando no artigo 39 o necesario respecto dos principios xerais e normas básicas do Estado. Prodúcese, en definitiva, un sometemento expreso ao principio de legalidade que se ten efectivizado tanto pola aprobación de leis "horizontais" coma pola da función pública, outras "organizativas" que tentan regulamentar institucións e entes concretos e, finalmente, as importantes leis orzamentarias-marco e anuais que delimitan a actuación económica do sector público galego. Estas liñas de actuación vense complementadas co importante labor desenvolvido polo que J. A. Scholte<sup>32</sup> ten denominado "evidentes avances" das organizacións non gobernamentais no control e no impulso das entidades públicas, sexan estatais ou autonómicas.

En canto á responsabilidade dos poderes, hai que dicir que se responde dos danos aos particulares (artigos 106.2 e 121 da CE). Así, os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a ser indemnizados, como reconece a recente Lei de ordenación sanitaria de Galicia, por toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, agás nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento dos servizos públicos.

---

<sup>31</sup> Para un estudo pormenorizado desta problemática pode consultarse José Cazorla Pérez: "Las desigualdades regionales en España", *Sistema*, n° 182, 2004, páxinas 3 e seguintes.

<sup>32</sup> "Civil Society and Democratization of the International Monetary Fund", *Poverty in World Politics: Whose Global Era?*, S.O.Vandersluis and P. Yeros (editores), Macmillan, London, 1999, páxinas 91 a 116.

Ademais, os danos causados por erro xudicial, así como tamén os que sexan consecuencia do funcionamento anormal da Administración de Xustiza, darán dereito a unha indemnización a cargo do Estado, conforme a lei. Nesta última materia as transferencias limitan o ámbito de responsabilidades da Xunta no tocante aos medios materiais, quedando, pois, para o poder estatal o erro xudicial<sup>33</sup>.

### 3. O estado liberal e o estado social. O significado político dos valores superiores e as súas implicacións constitucionais

O estado liberal estableceu unha división entre sociedade e estado. Para os teóricos liberais a sociedade era algo natural, creado por principios indiscutibles, non obstante, o estado era artificial. Este é o punto de partida que dá a entender que o estado debía ser conculínte coas normas que rexen a sociedade. Para o estado liberal, a sociedade réxese polo principio de liberdade individual (é a capacidade de autodeterminación da vontade que permite aos seres humanos actuar como desexen desde unha perspectiva tradicional). Namentres, o estado artificial réxese polo principio de obediencia ás leis. O estado soamente poderá facer o que as leis lle permitan, e os cidadáns farán o que as leis non lles prohiban. Neste sentido, apunta Sanroma Aldea<sup>34</sup>, a importancia simbólica para o estado democrático do texto constitucional como lei de leis que encarna a transición democrática en España. Estas mesmas ideas son as que fundamentan o principio de reserva de lei que acolle o Estatuto de autonomía para Galicia, situándose así na tradición xurídica occidental do constitucionalismo clásico.

Unha vez asentadas estas ideas de estado liberal faise preciso comentar o xurdimento das primeiras ideas de estado social. Temos que esperar ata o século XX para atopalas. Aquí tamén podemos discernir entre dúas tradicións europeas:

1. A alemana: froito da modernización do estado policial ou do estado bismarkiano que debe o seu nome a Otto Von Bismarck. Formulábase nesta época, por vez primeira, a intervención do estado na economía (intervencionismo estatal como actitude dos poderes públicos tendente a actuar de maneira positiva sobre a economía e a sociedade para a consecución dos fins que se establecesen. En política económica é unha forma de corrixir as limitacións e os chamados “erros do mercado”).

<sup>33</sup> Para un estudo das competencias galegas na materia acabo de publicar: “Galeguidade e poder xudicial: notas para unha reforma do Estatuto de Autonomía no tocante á Administración de Xustiza en Galicia”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 13, nº 2, 2004, páxinas 149 a 196.

<sup>34</sup> “La Constitución. De símbolo oscuro a símbolo mudo”, *Claves de razón práctica*, nº 148, decembro 2004, páxinas 32 e seguintes.

2. A francesa: o estado social foi motivo dunha corrente ideolóxica coñecida como “reformismo social”, como consecuencia da III República Francesa. Nesta época, Duguit enunciou o estado social para referirse a este como dispensador de servizos públicos para os cidadáns. Para el, o estado non podería exercer un papel abstencionista, senón que ten que intervir na sociedade prestando servizos públicos.

Mais, sen dúbida, quen pasou á historia como pai doutrinal do estado social foi Heller que en 1929 utilizou esta formulación para transmitir a idea de que o dereito debía superar o marco do político para entrar no marco do social; isto é loitar por unha sociedade democrática.

Posteriormente, produciuse un feito histórico, o denominado crac da bolsa de 1929. Esta circunstancia levou a moitos economistas, como Keynes, a formular teorías que posibilitasen e defendesen a intervención do estado na economía. É o chamado “estado do benestar” que tentaba acadar a atención por parte do estado dos máis desfavorecidos.

Aproximada a historia do estado social, podemos dar 5 notas que caracterizan este tipo de estado, seguindo a liña que marca García Pelayo, e que serven de contraste para apreciar a súa vixencia ou non en Galicia:

1. Superación das contradicións entre a titularidade formal dos dereitos e o seu exercicio efectivo (un estado social vai máis alá de estar así recoñecido na Constitución, búscase facelo patente na sociedade). Con esta finalidade xorden institucións de garantía no ámbito autonómico, aínda que algunhas delas se queden en simples “maxistraturas de opinión” carentes, ao meu xuízo, da necesaria vinculación inmediata<sup>35</sup>.

2. Busca da “procura existencial” (*Daseinvorsorge*). O estado ten que crear as condicións para a satisfacción das necesidades vitais que non poden ser satisfeitas nin polos individuos nin polos grupos sociais nos que se integra o individuo (ten que atender aquelas necesidades que se se deixasen ao exercicio empresarial –ao mercado– non chegarían aos máis desfavorecidos: a sanidade, o ensino,...). Estes contidos aparecen plenamente asumidos pola lexislación autonómica de carácter social que recentemente acaba de ser completada pola Lei 16/2004, do 29 de decembro, pola que se modifica a Lei 9/1991, do 2 de outubro, de medidas básicas para a inserción social<sup>36</sup>.

3. Concepción da cidadanía. Non só unha participación en valores e dereitos políticos (concepción liberal), senón que se entende que a cidadanía supón unha participación tamén en valores ou en bens economí-

<sup>35</sup> “O Valedor do Pobo como garante dos dereitos dos cidadáns galegos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Universidade de Vigo, 2003, páxina 367 e seguintes.

<sup>36</sup> Trato a cuestión no meu traballo: “A lexislación de integración social da Comunidade autónoma galega” publicado en *Xustiza e sociedade de Galicia: boletín informativo*, nº 3, 1991.

cos e culturais (impensable no liberalismo político). Na actualidade e nun contorno como o noso preséntase como innegable a necesidade de que existan novos interlocutores sociais que completen as institucións políticas no seu labor dunha construción democrática. Por iso, a lexislación de desenvolvemento estatutario incorpora no dereito autonómico a promoción da sociedade civil a través de fenómenos como o voluntariado<sup>37</sup>.

4. O estado social é un estado de prestacións, de xeito que, como sinala López Cumbre<sup>38</sup> para o caso cántabro, existen certas normas da Constitución que fixan obxectivos da participación do estado. Neste sentido, Galicia é unha colectividade social fundamente solidaria cos seus colectivos máis desfavorecidos, téndose dotado de mecanismos legais para a defensa e protección dos máis desfavorecidos (mozos, anciáns, minusválidos, emigrantes,...).

5. Fixación dunha política orientada á configuración da sociedade por parte do estado dentro dos patróns constitucionais. A propia Constitución créase como un parámetro de referencia e obriga os poderes públicos a cumprir esas premisas recollidas. Ao meu ver esta función é esencial nos momentos de crise, de tal xeito que un documento como o Estatuto de autonomía pode levar a cabo importantes funcións de "dirección política" que encamiñen os conflitos sociais, mediante o afondamento en valores como os da diversidade e o pluralismo político, que se atopan inherentes no seu articulado. Respecto desta función poden ser de interese experiencias recentes como a escocesa que tentan aproximarles as institucións políticas (principalmente o Parlamento) aos cidadáns<sup>39</sup>.

Os principios do estado social recóllense no artigo 1.1 da Constitución seguindo o constitucionalismo alemán, patente influencia na nosa Constitución. O precepto dispón que España se constitúe nun estado social e democrático de dereito que propugna como valores superiores do seu ordenamento xurídico a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo político. Precisamente, o primeiro adxectivo que se recolle é o de estado social. Isto ten o seu reflexo na sentenza do TC 18/1984 que subliña que o Estado español ten un compromiso constitucional de interacción permanente coa sociedade. Entendo con Parejo Alfonso<sup>40</sup> que este

<sup>37</sup> Sobre a que teño publicado: "A elaboración da Lei do voluntariado de Galicia: aspectos parlamentarios", *Revista Galega de Administración Pública*, nº 26, setembro-décembro 2000.

<sup>38</sup> No seu capítulo: "Sanidad y acción social", contida no volume *Derecho Público de Cantabria*. Luis Martín Rebollo (ed.), Parlamento de Cantabria, 2003, páxinas 695 e seguintes.

<sup>39</sup> "E-petitioning the Scottish Parliament", *The Parliamentarian*, 2004/ Issue Three, páxinas 236 e seguintes.

<sup>40</sup> *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias*, Instituto Canario de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, páxina 14.

qualificativo social debe asociarse ao valor da solidariedade, concibida nun sentido amplo e como tarefa superior dos poderes públicos.

Os aspectos máis subliñables do estado social no articulado da nosa Constitución poden clasificarse en 3 bloques:

### 3.1. *Afirmación do carácter económico e social do texto constitucional*

É a chamada “Constitución económica” (artigos 128 e seguintes). A Constitución económica ten a súa principal manifestación no título VII da Constitución española de 1978. Tamén hai que ter en conta nesta cuestión o capítulo III do título I, que trata dos principios reitores da política social e económica. É unha corrente doutrinal que, como lembra Abendroth<sup>41</sup>, ten a súa orixe no pensamento progresista alemán que terá grande influencia na Constitución de Weimar de 1919.

A nosa Constitución opta por un modelo de economía mixta que se caracteriza por catro notas fundamentais que delimitan a actuación da sociedade no estado:

#### 3.1.1. Garante as liberdades económicas propias da sociedade capitalista

Plásmase nos seus artigos 33 e 38. O trasunto autonómico destes preceptos constitucionais é nidio por canto existe unha remisión xeral no artigo 4.1 do Estatuto á Carta Magna. Suárez Pandiello<sup>42</sup> ten posto de manifesto como os documentos autonómicos lle dan predominio á acción dos axentes privados (familias ou individuos como unidades de consumo e empresas como unidades de produción).

#### 3.1.2. A Constitución permite a intervención pública na vida económica, artigos 40 e 130

Nesta orde de cousas, a Constitución dispón que os poderes públicos promoverán as condicións favorables para o progreso social e económico e para unha distribución da renda rexional e persoal máis equitativa no marco dunha política de estabilidade económica. Rodríguez Bereijo<sup>43</sup> apunta que é precisamente a necesidade de fixar un volume de gastos públicos o que xerou a necesidade de crear o presuposto como institución xurídica fundamental do dereito público.

---

<sup>41</sup> Cfr. Wolfgang Abendroth: *Sociedad antagónica y democracia política: ensayos sobre sociología política*, Editorial Grijalbo, Barcelona, 1973, páxina 268.

<sup>42</sup> No seu comentario do sector público incluído en *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*, Junta General del Principado de Asturias, 2003, páxinas 332 e 333.

<sup>43</sup> “La ley de Presupuestos en la Constitución española de 1978”, *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, páxina 165.

Establécese que de maneira especial realizarán unha política orientada ao pleno emprego. Ademais, os poderes públicos fomentarán unha política que garanta a formación e a readaptación profesionais, mirarán pola seguridade e hixiene no traballo e garantirán o descanso necesario mediante a limitación da xornada laboral, as vacacións periódicas retribuídas e a promoción de centros adecuados. Agás a competencia na lexislación laboral os restantes mandatos constitucionais teñen hoxe clara acollida na autonomía galega e o Parlamento de Galicia ten actuado a prol da consolidación lexislativa destes principios.

O artigo 130 complementa o antedito ao establecer que os poderes públicos atenderán a modernización e o desenvolvemento de todos os sectores económicos e, en particular, da agricultura, da gandaría, da pesca e da artesanía co fin de equiparar o nivel de vida de todos os españois. Co mesmo fin outorgaráselles un tratamento especial ás zonas de montaña. Non sendo a presenza de competencias horizontais do Estado sobre a política económica xeral, atopamos de novo un elenco de competencias exclusivas de Galicia incorporadas na listaxe do artigo 27 do Estatuto que cobren a previsión constitucional na nosa Comunidade.

Estes preceptos provocan claramente que a Constitución admita esta intervención dos poderes públicos na economía xa que toda a riqueza do país se proclama subordinada ao interese xeral.

### 3.1.3. Permítese a existencia dun sector público na economía

Reflectido no artigo 128.2º, onde se di que o Estado pode reservarlle ao sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio. Este sector estatal tamén pode ser autonómico, de feito a práctica totalidade das comunidades autónomas teñen creado o seu sector público, e así parte da doutrina (Ruíz Robledo<sup>44</sup>, entre outros) entende que integran unha potestade de fomento autonómica de relevancia innegable. Deste xeito, o artigo 55 do Estatuto de autonomía posibilita non só a creación dun sector público propio (apartado 2º), senón tamén a participación no sector público da Administración central e, así mesmo, o fomento das sociedades cooperativas<sup>45</sup>.

### 3.1.4. Posibilitase na Constitución que se poida planificar a economía

Está particularmente claro na redacción do artigo 131, no que se recolle que o Estado mediante a lei pode planificar a actividade económica

<sup>44</sup> *Curso de Derecho Público de Andalucía*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, páxina 95.

<sup>45</sup> Para un estudo da normativa sobre a materia pode consultarse o meu libro: *O Estatuto de Galicia. 20 anos de Parlamento e Xustiza constitucionais*, Ed. Xerais, Vigo, 2003, páxina 474 e seguintes.

xeral para atender as necesidades colectivas. Ademais, prevé a creación dun órgano, o Consello Económico e Social, encargado de asesorar o Estado nestas funcións. De xeito semellante en Galicia creouse o Consello Económico e Social que desenvolve homólogas funcións respecto á planificación económica na nosa Comunidade. Pita Grandal<sup>46</sup> critica a imprecisión das normas estatutarias de Galicia nas que se lle atribúe de xeito xenérico á Comunidade autónoma a posibilidade de influír na economía para fomentar a plena ocupación e o desenvolvemento económico e social. Penso que esa opinión é acertada pois como ela mesmo apunta os preceptos estatutarios non fan máis que repetir outros contidos da Constitución.

### 3.2. A organización dos dereitos

Ten acollida nos artigos 39 a 52 da Constitución. Neste sentido podemos falar de catro grandes bloques de dereitos sociais acollidos na Carta Magna:

3.2.1. Creación de determinados servizos públicos de carácter xeral (ensino, sanidade, seguridade social, etc. recollidos nos artigos 27, 43 e 41, respectivamente). Outros dereitos non se recollen tan palpablemente, senón que se incorporan como intervencións públicas como é caso do acceso á cultura e á vivenda nos artigos 44 e 47, respectivamente.

3.2.2. Dereitos laborais e sindicais, recollidos no título preliminar. Por exemplo, o artigo 7 establece o papel destacado dos sindicatos dos traballadores e das organizacións dos empresarios dun xeito moi claro ao fixar que os sindicatos de traballadores e as asociacións empresariais contribúen á defensa e á promoción dos intereses económicos e sociais que lles son propios. A súa creación e o exercicio da súa actividade son libres dentro do respecto á Constitución e á lei. A súa estrutura interna e o seu funcionamento deberán ser democráticos. Este recoñecemento constitucional é unha plasmación ao máis alto nivel do cambio na concepción tradicional da economía, baseada no dereito de propiedade. Como apunta Vicente y Guerrero<sup>47</sup>, é unha evolución que nace coa Revolución Liberal en España e que supón a culminación dos principios revolucionarios franceses.

Ademais, o actual texto constitucional outorga o carácter de dereitos fundamentais a certos dereitos sociais de carácter laboral, sendo, en pala-

---

<sup>46</sup> No seu comentario ao artigo 55 contido nos *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, MAP, Serie Administraciones Territoriales, Madrid, 1991, páxina 872.

<sup>47</sup> "El Derecho como instrumento de legitimación política en los albores de la Revolución liberal en España (1833-1843)", *Revista de Estudios Políticos*, nº 126, outubro-diciembre de 2004, páxina 235.

bras de Pérez Royo<sup>48</sup>, “moi expresivo” en relación a algún deles (liberdade sindical, negociación colectiva ou dereito á folga). Isto é así ata tal punto que se lle dá carácter esencial e posibilita a súa incorporación no ordenamento autonómico mediante a interlocución social como un medio básico de resolución de conflitos (no caso galego son especialmente claros os casos dos consellos de relacións laborais, económicos e sociais).

3.2.3. A Constitución prevé políticas de protección de determinados grupos sociais. Así, o artigo 39 da Constitución establece unha protección preferente á familia namentres que a terceira idade recibe o seu mandato protector no artigo 50. Establécense, tamén, as condicións da participación libre da mocidade (artigo 48), fíxase un mandato de integración dos minusválidos (artigos 49) e no artigo 51 garántese a defensa dos consumidores e dos usuarios. Con todo, estas previsións constitucionais parecen pouco ambiciosas para Lucas Verdú<sup>49</sup>, que entende o mandato de remoción dos obstáculos, previsto no artigo 9.2 do texto constitucional, como un obstáculo que a “tarefa constitucional” ten por diante e que, ao seu xuízo, cuestiona a realización práctica en España do estado de dereito. Estas políticas dos poderes públicos, e en concreto da Xunta de Galicia, presentan obvias eivas por canto non se pode descoñecer que a plenitude dos dereitos dos colectivos constitucionalmente apuntados non é total e depende dun desenvolvemento tanto lexislativo como executivo por parte da Comunidade autónoma de Galicia.

3.2.4. Protección do medio recollida no artigo 45 da Constitución, xa que todos temos dereito a gozar dun medio axeitado para o desenvolvemento da persoa e o deber de conservalo. É, como apunta Lorenzo Martín-Retortillo<sup>50</sup>, un dereito que ilustra o que se denomina como *soft law*, isto é, un sector do ordenamento interno que está destinado á mestura e á adaptación pola importante presenza das directivas comunitarias. Neste sentido hai que recoñecer que o dereito galego presenta unha importante produción de normas tuitivas no eido do medio, que incluso no ámbito orgánico se teñen reflectido na atribución dunha vicepresidencia do executivo ao titular da Consellería de Medio Ambiente.

<sup>48</sup> No seu manual, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, sexta edición, 1999, páxina 524.

<sup>49</sup> No seu comentario ao artigo 9 na obra colectiva: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, páxina 103.

<sup>50</sup> “El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *Revista de Administración Pública*, nº 165, setembro-décembro, 2004, páxinas 7 e seguintes.

### 3.3. O principio de igualdade

#### 3.3.1. A lexitimación democrática do poder

Debemos referirnos, en primeiro lugar, ao principio democrático. O pobo é a única fonte lexítima de poder político e, como sinala López Médel<sup>51</sup>, o signo de vivir en democracia ten o seu primeiro chanzo no poder lexislativo. A consecuencia desta afirmación é que as decisións das maiorías vinculan as minorías, ponderándose en todo caso a busca dun consenso. En caso de que non exista este consenso, o goberno queda organizado pola maioría. As regras do xogo político en Galicia<sup>52</sup> son un claro reflexo deste principio como pode apreciarse da lectura do noso Estatuto e do Regulamento da Cámara galega.

Este principio democrático adopta unha forma xurídica no sentido de plasmar nunha norma a creación de condicións que queren unha igualdade de poder entre os integrantes do pobo. Isto é a fórmula para dar igualdade a todos plasmándose en distintos niveis:

- Por unha parte, a igualdade como idea política pola que se lle atribúe lexitimidade ao poder político (só hai lexitimidade cando hai consenso).
- Como principio estruturador do sistema político. Só será democrático o sistema político que se exercite con respecto á igualdade esencial dos cidadáns.

Destes dous principios, autores como Aragón Reyes comenta dúas concepcións da democracia:

I. Concepción procedemental da democracia: conxunto de procesos institucionais e sociais nos que se crean alternativas distintas que poden aspirar a converterse en maioría dentro da opinión pública (céntrase na posibilidade de que calquera opinión social se plasme nunha decisión política que chegue a ser maioritaria). Neste sentido acadan relevo práctico procesos políticos tan cuestionados na actualidade coma as comisións de investigación<sup>53</sup>.

II. Concepción substancial da democracia: que define a democracia como sistema social e político baseado na igualdade de condicións de poder e na liberdade dos membros da sociedade.

---

<sup>51</sup> No seu traballo: "Estado del Derecho y de la Justicia en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 686, ano LXXX, páxina 2861.

<sup>52</sup> Así se recolle no meu artigo "A reforma do Estatuto de Autonomía de Galicia: aspectos dogmáticos e institucionais", parte inicial do libro *Repensando o autogoberno: estudos sobre a reforma do Estatuto de Galicia*, Universidade de Vigo, 2005, páxinas 15 a 138.

<sup>53</sup> Así o sinala Laura Mcallister: "The Value of independent Commissions: An insider's perspective on the Richard Commission", *Parliamentary Affairs*, vol. 58, n.º 1, 2005, páxinas 38 a 52.

Estas dúas facetas da democracia están acollidas na Constitución española de 1978. No preámbulo proclámase de forma explícita a vontade de garantir a convivencia democrática e de establecer unha sociedade democrática avanzada. Este principio democrático plásmase en diferentes elementos da Constitución española:

■ A definición da soberanía. Alude, no artigo 1.2, á soberanía popular que se manifesta formando a nación española. Esta soberanía concrétase no exercicio do poder constituínte orixinario, de tal xeito que crea uns poderes constituídos, recollidos no texto da Constitución, e que atopan a súa referencia última no pobo. Estes principios son de común admisión e levan, en ámbitos xurídicos distantes ao noso como o arxentino, a Nielsen e Comadira<sup>54</sup> a afirmar a necesidade de actuación estatal conforme non só a orde xurídica, senón tamén en consideración á equidade e aos principios que a informan. En relación con este principio atopamos tamén o disposto nos artigos 66, 99 e 117 da Constitución, delimitadores da orixe dos poderes lexislativo, executivo e xudicial.

Certamente o paralelismo no caso galego é manifesto, pois non sendo a singularidade do poder xudicial que no noso sistema non permite vinculación directa de orixe cos poderes autonómicos, os demais si reciben a súa lexitimación de xeito moi semellante aos estatais.

■ O dereito á participación dos cidadáns. Aparece na *Declaración universal dos dereitos humanos* de 1948, onde se di que toda persoa ten dereito a participar no goberno do seu país, ben sexa directamente ou mediante representantes. Así se recolle no noso ámbito, no artigo 23, dun xeito que, ademais, posibilita o acceso ao recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional para a súa tutela. Estas máximas clásicas seguen de plena actualidade como se pode comprobar nas conclusións do grupo da Commonwealth<sup>55</sup> para o estudo das recomendacións para un goberno máis transparente.

A Constitución tamén recolle a participación noutros aspectos, por exemplo, na Administración de Xustiza, recollida no artigo 125 da Carta Magna, que fala da institución do xurado. Outros supostos recollidos con menor realce no texto constitucional son a participación no ensino, na mocidade, na seguridade social ou na economía. A lexislación galega é moi xenerosa no recoñecemento destas vías participativas nas atencións administrativas sectoriais, e así é común que existan consellos asesores participativos nos que comunmente teñen acollida, entre outros, os sindicatos, as asociacións empresariais ou as universidades.

<sup>54</sup> No seu traballo: "Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho argentino", *Documentación Administrativa*, nº 267-268, setembro 2003-abril 2004, páxina 135.

<sup>55</sup> Cfr. "Recommendations for transparent governance", *The Parliamentarian*, 2004/Issue four, páxina 349 e seguintes.

### 3.3.2. O pluralismo político

O principio democrático supón o recoñecemento e a expresión do pluralismo na sociedade e, especialmente, do pluralismo político expresado a través dos partidos políticos. Esta idea desenvólvese no artigo 6 da Constitución e está no cerne da idea da responsabilidade política, pois como sinala Diana Woodhouse<sup>56</sup>, o punto central da asunción de responsabilidades está na dimisión dos titulares dos cargos públicos que asumen persoalmente, e con independencia do seu grupo político, a xestión pola que son valorados pola opinión pública.

Pero ademais hai que facer referencia ás distintas manifestacións do pluralismo político recollidas como valores constitucionais:

#### 1. Pluralismo nacional

O Estado español está integrado por realidades sociais distintas: as nacionalidades e as rexións. O artigo 2 da Constitución, que garante o dereito de autonomía de ambas as dúas, establéceo deste xeito ao dicir que a Constitución se fundamenta na indisoluble unidade da nación española, patria común e indivisible de todos os españois, e recoñece e garante o dereito á autonomía das nacionalidades e rexións que a integran e a solidariedade entre todas elas. Esta manifestación do pluralismo topa cos obstáculos instrumentais máis manifestos cando se trata de actualizar o réxime de financiación das comunidades autónomas, problema en palabras de Carlos Monasterio<sup>57</sup>, de “carácter laberíntico”, e que está tamén na actualidade no cerne do debate da reforma do Estatuto de Galicia.

#### 2. Pluralismo relixioso-ideolóxico

Supón que ningunha relixión ten carácter oficial tal e como se establece no artigo 16 da nosa Constitución pois garántese a liberdade ideolóxica, relixiosa e de culto dos individuos e das comunidades sen máis limitación nas súas manifestacións ca a necesaria para a conservación da orde pública protexida pola lei. Ninguén poderá ser obrigado a declarar sobre a súa ideoloxía, relixión ou crenzas. Ningunha confesión terá carácter estatal. Finalmente os poderes públicos terán en conta as crenzas relixiosas da sociedade española e manterán as conseguíntes relacións de cooperación coa Igrexa católica e as demais confesións.

<sup>56</sup> No seu libro: *Ministers and Parliament*. Clarendon Press, 1994.

<sup>57</sup> Cfr. “El laberinto de la financiación autonómica”. *Hacienda Pública Española/Revista de Economía Pública*, páxina 163, 2002. Para un estudo do caso galego *vid.* Miryam Martínez García: “La financiación de Galicia y la hacienda pública autonómica”, en *Repensando o autogoberno: estudos sobre a reforma do Estatuto de Galicia*, Universidade de Vigo, 2005, páxinas 220 e seguintes.

### 3. Pluralismo lingüístico

Ademais de no preámbulo e no artigo 3 está recollido para o tocante á liberdade de expresión no artigo 20 da Constitución española, pois como teño estudado noutro lugar<sup>58</sup> as consecuencias do pluralismo lingüístico no Estado español son moi variadas e afectan a distintos planos xurídicos e sociais. Certamente este é un dereito que non ten xerado conflictividade en termos xerais en Galicia, aínda que o punto de partida do galego sexa notablemente débil en moitos ámbitos sociais e a normativa sexa tímida na tentativa de introducilo neles. **G**

<sup>58</sup> Cfr. "A lingua e o seu tratamento lexislativo e xurisprudencial: estado da cuestión", *Revista Galega de Administración Pública*, nº 32, páxinas 171 e seguintes.







## HOMENAJE A DON JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

A Coruña, 15 de diciembre de 2004

**Marta García Pérez**

Profesora titular de dereito administrativo  
da Universidade da Coruña

**E**l pasado 15 de diciembre de 2004 se celebró un esperado homenaje a José Luis Meilán Gil. La reunión tuvo lugar en el Salón Oval del Hotel Barceló, donde se congregaron alrededor de doscientas cincuenta personas.

La iniciativa partió de quienes nos reconocemos discípulos del profesor Meilán. Es algo que no extraña en el ámbito universitario. La idea fue secundada y aplaudida por la universidad, la empresa, la política y la sociedad. La respuesta generosa ante una convocatoria excesivamente informal quedó reflejada en la Sala, abarrotada de buenos amigos.

Pero no estuvimos todos. Compromisos adquiridos previamente, ocupaciones ineludibles y tantas razones comprensibles justificaron la ausencia de personas imprescindibles que quisieron dejar constancia de su adhesión al homenaje y su reconocimiento a la labor realizada por José Luis Meilán Gil. El Presidente Fraga, los vicepresidentes primero y segundo, los conselleiros de Presidencia, Educación y Ordenación Universitaria, Sanidad, Cultura, Emigración y Asuntos Sociales, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, los alcaldes de A Coruña y Culleredo, los presidentes del Consejo Social de la Universidad, José Luis Méndez López y José Antonio Quiroga Piñeiro, el Rector de la Universidad, profesores de las tres universidades gallegas y reconocidas personalidades del mundo empresarial, que mostraron su apoyo a la iniciativa y su afecto a quien fuera Rector.

No puede haber mejor testimonio de lo que fue el acto que la reproducción de las intervenciones con las que se inició la celebración. Fueron palabras cargadas de emociones, distintas pero muy intensas: la espontaneidad de Fernando Martínez Abella, que compartió labores de gestión con José Luis Meilán al frente de un vicerrectorado y como Director de Centro; el afecto y el calor de Pablo González Mariñas, que con la generosidad que le caracteriza aceptó hablar en nombre de los discípulos; y la serenidad de José Luis Meilán Gil, que compartió una mirada retrospectiva, y con cierta dosis de añoranza, a toda una vida dedicada al servicio público.

*Palabras pronunciadas por Fernando Martínez Abella*

“En Cambre, frente a la Casa de las Palmeras, junto al margen derecho del antiguo puente de la ría del Burgo, hay una antigua pared que el desarrollo urbanístico todavía respeta. De ladrillo, cubierta de un mortero ennegrecido por los humos de los vehículos y sustrato de algunas hojas de hierba, la tapia, linde de una vivienda con futuro incierto, permite distinguir claramente dos palabras pintadas hace muchos años con una brocha electoral: VOTA MEILÁN.

Seguro que hubo otras pintadas, carteles de vida más corta, textos impresos que hoy duermen en las hemerotecas y todos los medios que la época consideraba útiles para polinizar a la ciudadanía con un mensaje electoral. Pero permanecen esas diez letras que, con espíritu científico, me atrevo a someter a un sencillo análisis:

▮ Las letras de la pintada son blancas, no rojas, verdes o azules. La llamada del texto era general porque cualquier lector podía identificarse con el mensaje.

▮ El trazo, en mayúsculas, es firme. Es muy probable que su autor, en el amanecer constitucional de hace más de 25 años, no conociera personalmente a quien pretendía aupar con su *slogan*. Pero se sintió impregnado de la seguridad que le transmitía aquél a quien propugnaba.

▮ El autor no escogió un paraje próximo a una urbanización pudiente, sino una sencilla tapia de ladrillo en una zona popular. Consideró, por tanto, que ese barrio sería receptivo al mensaje.

▮ Y, por último, la pintada permanece. Como testimonio de un tiempo, de una labor, de una persona, de un conjunto de apoyos, de tanta gente trabajando a su lado, de tantas disputas electorales, de los aciertos y errores de una etapa de gestión, de una historia reciente e importante. Como prueba, en definitiva, de que la capacidad y la personalidad de una persona aglutinaron en un momento dado la confianza de la sociedad.

Entre estudiantes de grado, postgrado y doctorado, profesores y personal de administración y servicios, casi 30.000 personas viven cada día vinculadas a la Universidad de A Coruña. Edificios, laboratorios, planes

de estudio, bibliotecas, guarderías, másters, doctorados, institutos, ... a veces tendemos a olvidar que los medios y servicios que hoy tenemos a nuestra disposición no aparecieron por generación espontánea, que debieron construirse sobre cimientos estables y que, guiando los esfuerzos de tanta gente, una persona decidió someter su enorme capacidad personal a la confianza de una comunidad del tamaño de una ciudad: el rector José Luis Meilán.

Con tinta indeleble, hay una pintada de Meilán en muchas paredes de esta universidad. Y se escriben otras cada día, porque no para... Pero, querido profesor (con toda la gama de matices que incorpora la palabra), querido José Luis: como en la vieja tapia junto a la ría, se reconocen unos brochazos blancos y seguros pintados sobre algún recodo de nuestro interior, dos palabras que el tiempo no borrará y que resumen una etapa viva y el sentimiento de todos los que aquí nos congregamos: GRACIAS MEILÁN".

*Palabras pronunciadas por Pablo González Mariñas*

"Parece mentira, José Luis, pero va ya para cuarenta años –quién lo diría– desde aquella mañana en que te conocí en Madrid, en tu casa de Monte Esquinza, llegado yo desde A Coruña, bastante imberbe e iletrado, para estudiar Administración Pública. Y lo que luego ha ido lloviendo y lloviendo sobre nuestras cabezas y también sobre el corazón, el mío ya un poco maltrecho.

Quizá por eso, por ser yo no "el más viejo" sino "el menos joven" de tus discípulos, los compañeros me han elegido para decirte unas palabras en nombre de todos, cosa que me honra y hago con todo agrado, aunque con cierta prevención, pues si resulta difícil expresar las propias vivencias y sentimientos, mucho más lo es dar con ese punto de encuentro en que todos nos sintamos en alguna medida representados.

Pero yo creo que, en este caso no va a ser tan difícil. Aquello que decía de estudiar contigo Administración y Derecho Administrativo no es cosa muy significativa. Probablemente esa fuese la inicial intención de todos nosotros, subyugados por tus clases o tus apreciaciones en una universidad en la que se agradecía mucho el aire fresco y el pensar inteligente y matizadamente expresado con que nos regalabas. Y así con permanencia y continuidad en muchas generaciones.

Entre este Pablo que habla y el último de tus discípulos en el tiempo median tres o cuatro décadas. Pero estoy seguro de que la percepción en todos nosotros es común y se corresponde a ese nunca traicionado afán tuyo por estar al día, por dar siempre respuesta jurídica actualizada a todos los problemas del moderno Derecho Público. Como si, al igual que al servicio público, te hubieras aplicado a ti mismo esa cláusula de progreso de la ciencia, que descubriste un día para pasmo y sorpresa de administrati-

vistas convencionales, que casi no sabían de que hablabas, mientras Jesús Fernández y yo reíamos por lo bajo, sucias todavía nuestras manos del polvo de la hemeroteca del Ateneo de Madrid, en que habíamos confirmado, en la prensa de la época, tus intuiciones jurídicas sobre este y otros aspectos del servicio público. ¡Loor, gloria a la ciencia, altar inmarcesible el genio creador!, ¿Recuerdas?

Estudiar Administración y Derecho Administrativo... sí, esa podía ser nuestra primera intención, que muy pronto quedaría rebasada, sin embargo, por la realidad de las cosas. Lo que nos encontramos era mucho más que el aprendizaje y la investigación de categorías o técnicas jurídicas concretas. Hablábamos –o nos hablabas– de una concepción del Derecho público, de un sentido de la Administración y del Estado, en el que podíamos integrar nuestras visiones primerizas y parciales. Y, además, cabían ahí armónicamente el juridicismo más formalista y la visión práctica, cameralística casi, de la Ciencia de la Administración. Si no pareciese petulancia, diría que podíamos hacer convivir confortablemente a Kelsen y Lorenz von Stein.

Hoy sabemos de la fertilidad de este enfoque, en el que el Derecho Administrativo, tan apegado a lo político, como decía el maestro Villar Palasí, no se encierra en una torre de meras abstracciones, desentendidas displicentemente de la realidad, sino que trata de mejorarla con aplicación de sus técnicas y principios: el valor conformador del Derecho Administrativo, de que tantas veces hemos hablado. Y esto puede explicar, aparte de otros compromisos hondos, que varios de tus discípulos se hayan (nos hayamos) dedicado en algún momento a la Política. Creo, además, que en un intento de hacer Política con mayúscula, con ideales y con afán de servicio, que es algo también asimilado de una trayectoria vital como la tuya.

Y es que el Derecho Administrativo que nos enseñaste no fue sólo el de la gestión del aparato burocrático, de los “asuntos corrientes” de Hauriou. Fue también el de los problemas del Estado, el que conecta con las grandes decisiones que afectan a la Comunidad como un todo, el de las organizaciones públicas, el de los intereses generales, del equilibrio entre legalidad y eficacia, del buen uso de las potestades, el de la libertad, el de la prevalencia de los derechos fundamentales, de la descentralización del poder político y de la autonomía, el de un derecho gallego con, por ejemplo, un ordenamiento urbanístico no mesetario o unas entidades locales propias y específicas: “un Dereito propio para un país de seu”. *Despois de sementar todo iso, con eses alicerces, non te queixes, José Luis, se algún de nós nos pasamos un pouco na pretensión: un algo cómplice tamén es ti en todo iso.*

Las deudas discipulares son muchas, justamente por ese entendimiento grande y comprometido del Derecho. Y por esa personalidad tuya en el trabajo, que mezcla admirablemente lo macro y lo micro:

▮ aprendimos, por ejemplo, a recortar y pegar con fijo, a veces para redactar una lección, para salir airoso del paso ante un compromiso, produciendo un estudio aparente aunque digno... de la misma forma que aprendimos a dejarnos los ojos en el flexo y en la biblioteca para dar a luz una tesis o un libro sólido y bien hecho, no sólo en su apariencia sino en su fondo;

▮ aprendimos a escribir, unos folios "tipo-UNESCO" (es una expresión tuya, literal), de esos que dicen poca cosa, pero útiles para suscitar ideas y debate, con la misma facilidad con que aprendimos a redactar documentos precisos, rigurosos, donde no sobre ni falte una palabra justa o un concepto o matiz necesario;

▮ aprendimos a dar valor a la historia de las categorías, figuras e instituciones jurídicas, perspectiva imprescindible para comprenderlas en su sentido y situación actual;

▮ aprendimos que toda especulación científico-jurídica pomposa tiene que pasar por fuerza la prueba del nueve o del algodón, que no es otra que la de la jurisprudencia; de manera que todos hemos asimilado que Savigny y Carnelutti son unos fenómenos, pero que, al tiempo, hay que tener muy en cuenta lo que piensan y sentencian D'Amorín o De la Hueriga; y esto mucho antes de que el Derecho Comunitario Europeo produjese esa ósmosis entre el *Common Law* y el Derecho continental, que nos ha traído la moda de la jurisprudencia como fuente creadora del Derecho, cosa asimilada desde antiguo por todos nosotros;

▮ algunos aprendimos, aparte de la docencia y la investigación, a hacer política (aunque aquí ya no estoy tan seguro del éxito en el aprendizaje); o judicatura, que es mucho más difícil todavía; o diplomacia; incluso deporte, asunto en que tus alumnos te superan largamente, pues se dice que incluso Domingo Bello te gana al tenis de corrido, y mira que Domingo no es Moyá ni Ferrero;

▮ y también nos enseñaste (ahora ya mucho más en serio) que ni el Derecho ni la vida se escriben a trazos rectos, regulares e inequívocos; que la composición de intereses en equidad es clave de justicia; que, a veces, como tú dices, no se puede navegar en empopada para llegar a buen puerto, sino aprovechando los vientos de la costa;

▮ y aprendimos también el valor del consenso, conceptual y de actitud, ese que practicaste, por ejemplo, en la redacción de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Porque nunca te ha gustado la infertilidad política, ni el maniqueo ni la práctica de abogados a favor y en contra, o la dialéctica odiosa de amigo-enemigo. Hay -parece innecesario decirlo- un valioso fondo ético en esta actitud;

▮ pero nos aportaste también, como complemento expresivo de ese fondo ético, un marcado sentido de la estética. Verás que escribimos todos con un diapason literario común, que es básicamente el tuyo, al que lógi-

camente cada uno incorpora el matiz de su propio estro. Pensamos que para escribir sobre Derecho no hace falta ser un “peñazo” insoportable. Se puede y se debe hacer con elemental armonía y elegancia en el decir, que algunos podrían tomar por superficialidad, lo mismo que otros hacían neciamente con los literariamente brillantes escritos filosóficos de Ortega; allá ellos, con su mal gusto;

■ en fin, aprendimos que la inteligencia, el sentido común y la razonabilidad son necesario matiz y modulación, también en el Derecho. Y que las potestades públicas, administrativas, no pueden ser ejercidas nunca de manera privilegiada y abusiva, y mucho menos de forma sectaria. Porque la Administración está para servir. Porque hay *Principios Generales del Derecho*. Y porque en la esencia de las personas está la libertad y la inicial igualdad, que no ha de ser sólo ante las leyes, sino también ante las oportunidades y la moral innata y ante el testimonio de los demás que nos acompañan. Esto lo sabíamos nosotros, de tu boca y de tu hacer, mucho antes de que se comenzase a hablar de códigos de ética pública, de objetividad o de eficacia administrativa indiferente;

■ al igual que sabíamos y sabemos que, entre tus discípulos, siempre hubo ideológicamente de todo (a la derecha, a la izquierda o al centro), porque el único carné hubimos que presentar para trabajar a tu lado fue el de un aceptable *currículum* académico y nuestro deseo –eso sí, ambicioso– de estudiar y mejorar;

En definitiva, hemos recibido mucho, José Luis, de la hondura de tu personalidad, de tu fertilidad metodológica y de pensamiento y también de esa bien conocida ilusión y disciplina de trabajo que cotidianamente te impones a ti mismo y a tus colaboradores.

Un maestro puede llegar a ser adorable u odioso. Si me apuráis, las dos cosas. Porque suele surgir en los casos de personalidad fuerte del *magister* algo así como una forja polémica, entre maestro y discípulo, de personalidades globales. Ser buen discípulo no es por fuerza ser sumiso, sino incluso, en palabras del Ecclesiastés, “intelectualmente tumultuoso y guerrero en la contraposición de ideas y actitudes”.

Porque el magisterio auténtico no es ninguna nadería superficial: no transmite sólo unos conocimientos o una *tecné*. Transmite una manera de entender el mundo y el trabajo y de comportarse en él. De cómo sentir e interpretar las relaciones y los afectos, la vida en fin. Y eso es muy grande y muy impactante.

Los maestros, José Luis, no estáis hechos de trozos recosidos, no sois fragmentos de maestros ni pedazos aislados de palabras: sois personas enteras que enseñan y convencen. Y siempre hay en el fondo del alma individual que recibe la impronta de todo eso una resistencia a la conquista incondicional. ¡Cuántas cosas, que no son soberbia ni arrogancia, explica esto que te digo! y que no debe ocupar más tiempo que el de-

jarlas pasar en ese río que va a parar en el océano de lo que fue y siempre puede ser...

Pero hoy nos es día para cosquillar lagrimales ni para la melancolía, aunque esta sea luminosa, como la quería, por hablar con los poetas, Pier Paolo Pasolini. Hoy es día de alegría, porque es día de homenaje, y de los que valen.

No es éste, José Luis, y lo sabemos, un homenaje institucional y esplendoroso, aunque sea brillante, sino familiar y sencillo. Cosa de los discípulos y de algunos amigos, que a veces tanto tiene, y que como ves somos multitud –y abigarrada, por cierto, como advertía muy bien Marta–, aunque no estemos ni mucho menos todos los que somos.

La vida –tú lo dices siempre, José Luis– es un *continuum*: sus tramos se suceden, pero se engarzan y se dan sentido conjunto mutuamente, como las aguas de un río:

“Mirar el río hecho de tiempo y agua  
y recordar que el tiempo es otro río...”

Esto alcanza también a los discípulos, que no somos sino una hijuela, un tramo de continuidad, en el que queremos seguir acompañándote y haciendo juntos muchas cosas todavía. Porque los maestros nunca se jubilan. Como los ríos, siguen fluyendo sin que sus relojes dejen nunca de sonar.

Gracias, José Luis, en nombre de todos nosotros”.

*Palabras pronunciadas por José Luis Meilán Gil*

“Queridos amigos:

No encuentro palabras más apropiadas para dirigirme a cuantos estáis aquí. Muchos de vosotros me las habéis oído pronunciar en el Paraninfo de la Universidad como expresión que resumía el protocolo en la iniciación del discurso. Pretendía, así, aproximarme al auditorio, cualquiera que fuese su distancia. Nunca más justas que en esta ocasión.

Sólo amistad explica vuestra presencia. No hay poder al que halagar, ni compromiso que cumplir, ni representación que desempeñar. Tampoco el reclamo de una convocatoria para levantar una bandera, ni siquiera la cercanía del fin de mi mandato rectoral. El reconocimiento por los servicios que haya prestado quedó ya hecho en su día con las Medallas de Oro de Galicia y de la Universidad de A Coruña.

Sólo afecto quiero descubrir en este homenaje. El que ha movido a sus promotores, mis discípulos del área de Derecho Administrativo. Es una alta compensación que ofrece el oficio universitario. No se trata sólo de transmitir conocimiento, sino también de forjar una convivencia intelectual y humana que asegura la continuidad.

Hace poco más de un año rehusé una iniciativa como la de ahora. Me marché discretamente del Rectorado cuando terminé mi servicio. Evité

que un almuerzo de camaradería pudiera ser interpretado como una interferencia en la campaña electoral, que iniciaba una etapa nueva en la que ya no sería protagonista.

Ahora no he sabido negarme. Quizá, porque no tenía derecho a impedir que otras personas manifestasen la generosidad de su condición humana. La que manifestáis todos vosotros al compartir este almuerzo y los que, por imponderables, no han podido acompañarnos. Ante este gesto cordial y desinteresado, sólo cabe el agradecimiento con el que, de todo corazón, intento corresponder.

\*\*\*

Los homenajes configuran un terreno delicado. Porque un homenaje podría marcar el fin de un trayecto. Quiero entender que no es este el caso. La vida es una sucesión de etapas. La que ahora conmemoramos son trece años al frente de la naciente Universidad de A Coruña. No es el momento de hacer un recuento de todo lo realizado. Lo hice hace escasas semanas con motivo de mi ingreso en el Instituto Cornide de Estudios Coruñeses. Fueron años fundacionales de la Universidad. A la vista está el resultado de un esfuerzo común. La Universidad de A Coruña ha adquirido madurez y desarrollado su propia personalidad dentro del sistema universitario. Es un buen patrimonio que ha de ser consolidado y acrecentado. El diseño académico no está concluido. Quedan metas y objetivos a alcanzar. Es indispensable crear redes de investigación y de docencia cualificada. Me permitirán que, en el ambiente de este acto, revele que un sentimiento de paternidad me alcanza cuando compruebo que se concluyen proyectos iniciados –como la carretera que une los dos campus de A Zapateira y Elviña, una antigua reivindicación–, el aparcamiento en A Zapateira o el apeadero de Elviña o que avancen, como el edificio de Archivo y Documentación –una concepción funcional de Biblioteca General– en Elviña o el de Ciencias de la Salud en Oza.

Impulsar una Universidad es trabajo de muchos. Me alegro de la presencia aquí de quienes no estáis en la Universidad, porque la institución universitaria necesita del apoyo, del estímulo, aunque sea crítico, de la sociedad.

Los retos que tiene planteada la Universidad de A Coruña requieren también un especial esfuerzo de cooperación interna. Desde mi situación actual de alejamiento de responsabilidades de gobierno, mucho celebraría que este almuerzo pudiera tener un modesto símbolo de unidad, dentro de un pluralismo racional y razonable. Soldar fracturas.

Nunca he entendido el pluralismo como posiciones duales irreconciliables, al modo del amigo y el enemigo. Si eso resulta nocivo para la conveniencia democrática de un país, más lo es en el espacio universitario.

Echando la mirada más atrás de la etapa que nos ha convocado percibo que, con errores y fallos, en esa convicción he permanecido.

Desde la formación universitaria intervino en la vida pública en momentos en que era preciso asegurar un tránsito pacífico de una a otra orilla de nuestra historia común, fuera al constitucional Estado social y democrático de Derecho, fuera al reconocimiento estatutario de la nacionalidad histórica de Galicia. Lo hice desde una posición de centro que, confieso, añoro.

Buscar puntos de encuentro, converger en objetivos que sean comunes desde la perspectiva del interés general –de una institución o de un país– es una tarea siempre encomiable y, en estos momentos, singularmente necesaria, dentro y fuera de la Universidad. Existe crispación en la arena pública. Demasiadas incompatibilidades y no pocos perjuicios. Hacen falta puentes. Sus pilares sólidos –que en el mundo de las ideas se llaman convicciones– no separan como los muros, que también tienen solidez.

Para desarrollar esa función es preciso amar la libertad. La Universidad es un excelente campo para probarlo. Como universitario he defendido su autonomía, una manifestación institucional de la libertad. En nombre de la Universidad de A Coruña suscribí en Bolonia la Carta Magna de las Universidades en cuya cabecera figura. Traduce una historia de resistencias –en ocasiones clamorosas– frente al Poder. La Universidad no debe ser la terminal de los diferentes poderes organizados en la sociedad a la que, sin embargo, debe servir. Libertad hacia el exterior y en el interior, que facilita las iniciativas, ahuyenta las cautelas y libera de inhibiciones.

Y hay oficios que reclaman independencia, aunque no resulte siempre cómoda de ejercer, como los del juez, el periodista y, en este caso, el de rector.

Durante largos años, que al revivir me parecen lejanos y cortos, he sido tratado de Magnífico. Un atributo que no excita la vanidad, pero que advierte cómo deben afrontarse las empresas colectivas: con horizontes amplios –no sólo el logro inmediato–, con grandeza de espíritu, ambición de objetivos y rechazo de la mediocridad. El magnífico puede equivocarse, pero no ser mezquino. Y no debe olvidar –otra enseñanza que me ha sido generosamente ofrecida– que el poder es transitorio. El poder que no es servicio termina por alienar y por frustrar.

\*\*\*

Me habéis incitado, con este homenaje, a recordar el pasado. Es una etapa vencida. La vida sigue. Soy miembro del Consejo de Estado, me he reintegrado a la labor investigadora, ralentizada durante el período rectoral, y a la actividad profesional compatible. Sigue viva mi atención a cuanto afecta a nuestro país, de lo que doy testimonio semanalmente a la opinión pública. Estoy abierto al mañana, desde los mismos principios

que me han acompañado hasta hoy: con independencia y desde una actual independencia y con preocupación.

Nos encontramos ante un fin de ciclo, en un escenario europeo y español que no favorece a esta *finis terrae*, cada vez más periférica. Como universitario –o sencillamente como ciudadano– pienso que se impone una reflexión sobre cómo habría que afrontar los retos nuevos de un futuro diferente. Quizá se nos presenta una encrucijada que va a influir decisivamente en él.

El panorama partidario no ofrece una imagen de estabilidad. No se vislumbra un entendimiento fácil: una mayoría absoluta incierta, frente a una suerte de coalición de equilibrio dudoso. La endogamia de los partidos políticos, con su preocupación por ocupar el poder –mantenimiento o acceso– hace difícil ampliar su base. Para ello es menester que se abran a la sociedad y que la sociedad civil se implique más en los circuitos de la vida pública, sin necesidad de convertirse en militancia. La Unión Europea y su Derecho y la experiencia nos muestran múltiples cauces de colaboración entre lo público y lo privado, y su fecundidad.

También aquí se necesitan puentes, trátense de personas o de estructuras. Nada está definitivamente construido. Si Don Quijote existiera, volviera a ser escudero en la aventura patriótica de liberar a la Dulcinea Galicia de los atrancos que entorpezcan su progreso.

\*\*\*

Queridos amigos,

Con vuestra magnanimidad me habéis inducido a echar una ojeada al pasado y al presente. Como hice en la despedida “imperial” de hace un año con motivo de la Medalla de Oro, pido excusas si en algo no he acertado.

Habéis sido, con toda propiedad, magníficos. De este acto entrañable queda en mí el afecto, para el que me encontrareis siempre dispuesto. Y espero –en la única licencia de humor que me permito– que volvamos a reunirnos para otro homenaje. Sería un magnífico pretexto.

Sólo me resta, en este ambiente propicio a la cordialidad, desearos felices fiestas de Navidad y lo mejor para el futuro que la Providencia nos depare”. 📧

## CRÓNICA DAS XORNADAS SOBRE O DEREITO AGRARIO

Lugo, 16 e 17 de novembro de 2004

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

“Es posible –comenzó el anciano lentamente, que los campesinos tengan muchos defectos, tú los conoces. A veces, demasiado egoístas –¿qué hombre no lo es?–; a veces, un poco sórdidos, pero hay que pensar en que nunca es segura la cosecha... En todo caso su labor es la más natural y la menos corruptora de cuantas realizan los humanos. Cumple literalmente el castigo divino que condena a regar la tierra con el sudor para ganar el pan. Y a la tierra vive apegado, como una planta: como la caña o como el árbol. No viene y va como otros hombres, no arrastra un afán por el mundo, sino que lo clava en lugar, y allí se queda. De tanto mirar al cielo para espiar las intenciones del sol y de las nubes, le viene el acordarse con frecuencia de Dios. Sucede que transcurre su vida sin que le sean asequibles esos pequeños placeres que adornan las de los demás; desde la cuna hasta el sepulcro, la monotonía marcha al lado del labrador, y es lo más duro que los años se señalan para él netamente, como por golpes de campana de los que no se pudiese desentender. Cada vez que el pájaro rehace su nido, ha pasado un año. El hombre que no es labriego puede rellenar ese año de muchas y variadas actividades. El campesino vuelve en enero a pisar las huellas del otro enero y en noviembre a recorrer el mismo surco que en noviembre, detrás de su arado. Lo que pasa fuera de su tierra casi no lo sabe y no lo ve. Si alguna vez va a un pueblo, su desconcierto –que mal acierta a esconder– le delata como a un ser alejado de las peculiaridades del presente. Porque el labriego está inmóvil en el área de todas las épocas. Y ellas cambian, y él no. Mil veces desean gustar alguna comodidad o alguna ventaja de la que no oyen hablar más o menos vagamente, y no pueden; habría que

ir a la ciudad, y el campo sujeta; habría que gastar dinero, y el campo lo concede apenas para vivir. Así, ellos son como hombres contra los que se hubiese dictado, sin merecerlo, una sentencia de inferioridad que le excluyera de esos goces, de esos descansos –aun los más honestos– que cada época inventa para sus hijos. No sería justo”.

W. Fernández Flórez, *El bosque animado*, 1965

## 1. Introducción<sup>1</sup>

O dereito agrario foi, e continúa sendo, o “dereito da terra”, polo cal os dereitos agrarios autonómicos elaborados na proximidade dos campos polos homes que coñecen profundamente a problemática agraria, rural e ambiental de cada lugar constitúen unha referencia obrigada para tratar de comprender o medio rural.

Efectivamente, o dereito agrario refírese, en xeral, á regulación da empresa agrícola e á reforma das estruturas agrarias, afectando, dende logo, 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.

Coa *Axenda 2000* tívose o propósito de instaurar na Unión Europea novas reducións de prezos e de axudas para o control da oferta, que xa iniciara a reforma McSharry de 1992. Tal feito non xorde pola xeración espontánea, senón que é a consecuencia lóxica da asinatura, o 15 de abril de 1994, da Acta de Marraquech, a cal, como é sabido, crea a Organización Mundial de Comercio.

O modelo que implanta a *Axenda 2000* ten que ver co fenómeno da globalización e liberalización dos mercados agrarios, e, aínda que se falou antes da redución de axudas, é certo que, quizais, o máis importante daquela axenda é a construción dunha reforma estrutural, cuxo obxectivo final, non hai dúbida, é atopar e conseguir que as empresas europeas estean en condicións de competir nese mercado total.

Loxicamente, todo iso tivo unha serie de efectos que, para entendérmolos, imos chamar *colaterais* e que configuraron o que se deu en chamar *modelo europeo de agricultura*, entre cuxas peculiaridades cumpriría subliñar a capacidade para realizar con éxito a competencia nese mercado mundial ao que antes nos referiamos; o emprego de métodos de produ-

---

<sup>1</sup> 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.

ción máis sans, máis respectuosos coas esixencias do medio natural e capaces de procurar produtos de calidade para responder ás demandas e expectativas da sociedade; a variedade da agricultura, por exemplo, en relación coa súa tradición, agricultura que, por outra parte, non vai ter limitado o seu cometido á produción de alimentos, senón moi especialmente á conservación do espazo rural.

## 2. Apertura das xornadas

A Escola Galega de Administración Pública xunto coa Consellería da Presidencia e Administración Pública organizaron conxuntamente estas xornadas que tiveron lugar no salón de actos da Delegación Provincial da Consellería da Presidencia e Administración Pública de Lugo, que permitiu o seu desenvolvemento de maneira descentralizada, fóra da sede central da EGAP, en Santiago de Compostela, os días 16 e 17 de novembro de 2004. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia e, neste encontro, destacados relatores galegos e españois expresaron as súas posturas sobre esta importante materia, cunha transcendencia na actualidade.

A súa apertura correspondeulle ao catedrático de dereito civil e director da EGAP, don **Domingo Bello Janeiro**, que despois de agradecerlles aos presentes o interese mostrado na realización destas xornadas e a gratitude a todos os relatores que interviron, manifestou que os obxectivos destas xornadas eran os seguintes: estudar a incidencia na ordenación da actividade agraria da Constitución para a Unión Europea e das leis sectoriais nacionais e a normativa agraria autonómica galega.

Despois tomou a palabra don **Alberto Ballarín Marcial** que manifestou a sensibilidade que unha vez máis demostraba a Escola Galega de Administración Pública co tema do dereito agrario, lembrando o éxito de público e relatores que había dous anos tivera o "I Congreso de dereito agrario autonómico" celebrado en Santiago de Compostela.

## 3. Os relatores e o seu tema<sup>2</sup>

### 3.1 O dereito agrario galego. D. Domingo Bello Janeiro<sup>3</sup>

Diante das competencias das que as comunidades autónomas dispoñen, prevalece o dereito agrario comunitario, que se ben os seus nobres obxectivos perseguen aumentar a produtividade, estabilizar os mercados e asegurar prezos razoables ao consumidor, vén crear problemas de exce-

---

<sup>2</sup> Nesta alínea aparecen redactadas as notas que fun tomando, no transcurso das xornadas e das intervencións de cada un dos conferenciantes, polo que, para un estudo máis polo miúdo remítome á lectura dos distintos relatorios que foron entregados no desenvolvemento das xornadas e que están en poder da EGAP.

<sup>3</sup> Catedrático de dereito civil e director da EGAP.

dentes e disensións entre comunidades e países, asunto especialmente agre en Galicia.

Hoxe, no século XXI, ninguén alberga a menor dúbida que agricultura e dereito forman un binomio inseparable ao longo da historia da humanidade. O feito agrario arranca coa aparición do home e comportou unha inicial forma de vida e 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, dende logo, xurídicas.

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

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. Tal dereito, que non tiña máis soporte que a convicción da súa prescricividade, recibiu o seu asentamento formal na Compilación do ano 1963, que regularía diversas institucións xurídico-patrimoniais, familiares e sucesorias. Porén, 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.

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, do 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 parzarías.

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 *Do arrendamento do lugar acasado*, tras o cal figura o Capítulo II, que se refire ás parzarías, con cinco seccións relativas, respectivamente, ás disposicións xerais e aos catro tipos de parzaría xa contidos na Compilación de dereito civil aprobada pola Lei 147/1963, do 2 de decembro (agrícola, de lugar acasado, pecuaria e forestal).

### 3.2 Consideracións sobre o momento actual da agricultura española e perspectivas de futuro. D. Alberto Ballarín Marcial<sup>4</sup>

Dende 1991 ata os nosos días aconteceron moitas cousas que nos obrigan a novas formulacións.

En primeiro lugar, foi configurado o chamado *modelo europeo de agricultura* que estamos obrigados a ter en conta dada a nosa pertenza activa á Unión Europea.

Cunha visión política moi ampla, di Anthony Giddens, que “modernizar significa responder aos grandes cambios que se deron no mundo”. Deste modo a nova PAC terá que afrontar, e verdadeiramente o afrontou na *Axenda 2000*, o reto da globalización e progresiva liberalización dos mercados, derivada do Acordo de Marraquech, asinado en abril de 1994, que nos obriga a loitar no campo aberto pola conquista de novos mercados; outro gran reto é o que supón a necesaria protección do medio natural, así como o logro dunha agricultura sostible, e unha maior contribución á erradicación da pobreza e da fame no mundo, tres obxectivos marcados pola Conferencia de Río, en xullo de 1992, aos que hai que engadir agora o ideal da seguridade alimentaria; finalmente, a absorción das novas tecnoloxías, de gran valor para poder conseguir os anteriores obxectivos, en especial as biotecnoloxías e as da información, lévanos a unha crecente internacionalización do dereito e da política agraria. Como di A. Giddens, necesitamos gobernos fortes, sobre todo, a nivel internacional e, neste senso, hai que pensar no papel que podería desempeñar no futuro a Organización Mundial do Comercio, xurdida do encontro de Marraquech.

O sentido de modernización viranos dado tamén por tomar en conta o modelo europeo de agricultura ao que se refire repetidamente a *Axenda 2000*, que o presenta como unha aspiración e un signo de identidade europea fronte ao modelo norteamericano.

Referíndose ao caso español, A. Massot (“Informe sobre el Acuerdo de Berlin sobre la Agenda 2000, el marco de la negociaciación”, publicado en *Vida Rural*. Ver número do 15 de xuño e 1 de xullo de 1999, en especial a páxina 25) alega que a *Axenda 2000* aparece equilibrada neste punto, pois se ben perdemos niveis de prezos e compensacións, logramos, en cambio, un progresivo relaxamento dos mecanismos de control da oferta; nos herbáceos desapareceu o abandono extraordinario por superación da superficie cultivada, derogouse a superficie máxima garantida nas oleaxinosas e, en fin, aceptáronse, incluso, aumentos dos rendementos medios (ata 2,9 toneladas por hectárea); para o aceite de oliva aumentouse a cantidade máxima garantida, a par que se nacionalizou; en viño abandonouse a destilación obrigatoria e orientouse cara a un sistema baseado en destilacións

<sup>4</sup> Avogado e notario xubilado.

e arranques voluntarios; aumentado o número de cabezas de vacún de carne primates (ata 13.999, aínda que, por outro lado, neste sector se instaurou unha nova prima de sacrificio, en consonancia coa delicada situación que padece), e o sector recibirá 50.695 millóns de pesetas máis en axudas e, en fin, incrementouse a cota láctea nun 2,5 para a UE e en 55.000 toneladas para España (equivalente case a un 10% máis) se ben a subsistencia das cotas lácteas só ten garantida a existencia ata o ano 2006.

Noutras palabras, remata dicindo o autor citado: redución de prezos e, como novidade, certa desconexión (*decouplage-decoupling*) co fin de non incentivar a produción, reducir os excedentes, incidir na distribución das axudas e facilitar as negociacións da rolda próxima da OCM. O Regulamento de desenvolvemento rural puido xerar ingresos de 185.200 millóns de pesetas para España e o desenvolvemento rural adquire unha importancia extraordinaria.

De todos os xeitos, aínda pode alegarse que a protección dos produtos mediterráneos continúa sendo menor ca a dos produtos continentais, xa que as axudas seguen concentradas nas principais producións da agricultura continental (cereais, oleaxinosas, ovino, caprino, carne e leite de gando vacún).

### 3.3 A desmembración do dereito civil e a aparición do dereito agrario.

D. Agustín Luna Serrano<sup>5</sup>

Por razóns de espazo simplemente exporei o esquema seguido polo profesor don Agustín Luna Serrano, quen vertebrou a súa intervención subliñando os seguintes puntos:

a) A desmembración do dereito civil e a conformación dos dereitos privados especiais.

b) A aparición do dereito agrario e a súa configuración, con trazos progresivamente acusados, como dereito profesional.

c) A consolidación do dereito agrario pola acumulación sucesiva das referencias básicas da súa normativa (propiedade da terra, actividade económica produtiva e mercado dos produtos agrarios).

d) A consolidación do dereito agrario pola multiplicación das súas fontes normativas (comunitarias, estatais e autonómicas).

### 3.4 Aspectos destacados na Lei 49/2003, do 26 de novembro, de arrendamentos rústicos. D. Eugenio Llamas Pombo<sup>6</sup>

A Lei 49/2003, do 26 de novembro, de arrendamentos rústicos, que derroga a Lei de 1980, supón, en palabras do autor, un xiro radical respecto da anterior normativa.

<sup>5</sup> Catedrático de dereito civil da Universidade Central de Barcelona.

<sup>6</sup> Catedrático de dereito civil da Universidade de Salamanca.

O punto de partida é claramente diferente, a sociedade española en máis de dúas décadas cambiou, as expectativas son outras, as súas necesidades diferentes e, sen dúbida, no mundo rural é onde máis cambios se experimentaron. A nova lei volve ser de inspiración liberal e nese senso aseméllase máis ao Código civil.

O Consello de Estado nun ditame emitido sobre o anteproxecto manifestaba:

“Frente a ello, en un esforzo simplificador de la legislación agraria que el Consejo de Estado contempla favorablemente y que encuentra fácil acomodo (aunque esta norma no esté directamente motivada por el Derecho Comunitario) en el movimiento general de la Unión Europea de simplificar su legislación agraria para facilitar su comprensión y su aplicabilidad, el anteproyecto remitido en consulta ofrece un texto suficientemente completo con sólo 34 artículos. Como el mismo Consejo ha señalado, entre otros muchos en el dictamen 1546/94, de 1 de agosto, las normas se dictan para ser cumplidas, lo que requiere –en primer lugar– su fácil intelección, no pudiendo quedar dicho entendimiento reducido al círculo de los especialistas, sino extenderse a todos sus destinatarios que son los ciudadanos.

(...) resplandece una auténtica vuelta al Derecho Común de los arrendamientos del Código civil complementado con unas lógicas e impresionables adiciones que permitan ajustar el viejo modelo –siempre válido– a la realidad presente”.

Como principais novidades o relator destacou as seguintes:

a) Potenciación do principio de autonomía da vontade das partes para pactar o contido dos contratos, suprimindo os contratos tipos e reduciendo substancialmente o seu contido imperativo (artigo 11).

b) Prescínndese do concepto xurídico *profesional da agricultura*, o cal gozaba dun réxime especial que pretendía favorecer a súa actividade económica.

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

d) Liberalízase a fixación, revisión e actualización da renda, suprimíndose as facultades do antigo IRYDA para intervir na determinación destes aspectos.

e) Permíteselles ás partes que conveñan a posibilidade de cesión ou subarrendo da finca ou explotación aínda que, co obxecto de evitar a proliferación de intermediarios con fins puramente especulativos, determínase o seu contido obrigatorio: o subarrendo debe referirse á totalidade da finca, debe outorgarse polo tempo que quede de contrato, e a renda non poderá exceder a establecida no contrato de arrendamento.

f) Supresión das 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.

### 3.5 A concentración parcelaria privada. D. Carlos Vattier Fuenzalida<sup>7</sup>

#### 1. Transformacións da concentración parcelaria

A concentración parcelaria garda unha íntima relación coa figura da permuta de fincas rústicas e coa intención dos particulares de incentivar a concentración por parte da Administración. Podemos distinguir tres períodos dentro da evolución da concentración parcelaria:

A) *Período productivista e a LRDA*: tanto a fragmentación das parcelas (distintas parcelas que pertencen a un mesmo titular pero moi dispersas que dificultan a súa explotación) coma a pulverización da terra (parcelas de mínima extensión que inhiben toda rendibilidade posible) son características antieconómicas das explotacións agrarias da metade norte de España.

Estes problemas intentaron solucionarse mediante a concentración parcelaria, a pesar de que implicaba un éxodo masivo cara ás cidades.

A concentración en España ten un claro fin productivista, pero aplícase de xeito parcial; isto é, é unha medida que combate a fragmentación da propiedade agrupando distintas parcelas preexistentes nunha soa explotación. Pero, con todo, o problema da pulverización da propiedade non estaba resolto coa concentración parcelaria, xa que a existencia de parcelas mínimas de cultivo é unha realidade evidente nos nosos días.

Convén lembrar que a concentración parcelaria consiste na reunión das parcelas que pertencen a un propietario (*parcelas de procedencia*) nunha soa explotación denominada *finca* ou *lote de substitución* (de calidade e valor equivalente á suma de ditas parcelas, previas certas deducións, coas cargas e gravames preexistentes e inscríbese no Rexistro da Propiedade, causando unha nova inmatriculación que anula as anteriores).

A súa natureza xurídica, segundo a tese do profesor Gabriel García Cantero, é a dunha comunidade de bens que se forma polo decreto da concentración e que se compón polas parcelas de procedencia que se achegan ao fondo común, ao mesmo tempo que este se divide pola acta de reorganización da propiedade, que adxudica as novas fincas de substitución.

Considérase unha función pública levada a cabo pola Administración na maior parte dos supostos. Con todo, existe a posibilidade de solicitala por instancia dos particulares, esixíndose certos requisitos para iso, tanto de extensión de terreos coma de número de propietarios afectados.

Parece evidente que a concentración parcelaria se destina a aumentar os rendementos e a produtividade das fincas de substitución. Non é descañado determinar que é unha figura que garda certo paralelismo co dereito urbanístico, especialmente co sistema de cooperación.

<sup>7</sup> Catedrático de dereito civil da Universidade de Burgos.

B) *Fins extraeconómicos e lexislación autonómica*: a finais do século pasado nace unha nova concepción da concentración parcelaria vinculada coa reordenación do territorio, a realización de grandes obras públicas e a protección dos recursos naturais. Neste senso, numerosas lexislacións autonómicas recollen esta nova figura de dous xeitos: nun sentido amplo e nun máis reducido.

O modelo amplo de lexislación autonómica regula, case completamente, esta figura, incluíndo o réxime das obras, unidade mínima de cultivo. Como exemplos destas lexislacións está, por exemplo, a Lei do 14 de agosto de 1985, da concentración parcelaria que destaca un importante interese polas obras públicas, masas forestais e a preservación da paisaxe. O mesmo sucede en Asturias, en Castela e León, en Navarra, en Cantabria, en Valencia e en Castela-A Mancha.

Porén, o modelo reducido aparece noutras comunidades autónomas como é o caso de Andalucía que na súa Lei 8/1984, do 3 de xullo, da reforma agraria andaluza, contempla poucas normas sobre a concentración de explotacións por motivos de utilidade pública, a permuta forzosa e a concentración de carácter privado. Igual sucede en Aragón e na Comunidade da Ríoxa que non regulou expresamente a concentración parcelaria.

C) *Concentración parcelaria e desenvolvemento rural*: a reparcelación das terras é unha das medidas de adaptación e desenvolvemento das zonas rurais que se poden incluír nos programas operativos de ámbito rexional. Así o recolle o Regulamento CE/1257/1999, do 17 de maio de 1999.

Isto outorga unha nova visión da concentración parcelaria como unha figura que persegue algo máis que fins económicos, como o de acomodarse aos fins propios do desenvolvemento rural. Estes fins son tanto de tipo económico (no que se refire á modernización das explotacións: mellora das estruturas produtivas, da agroindustria e da comercialización; a reconversión da capacidade produtiva; a produción non alimentaria; agroturismo...) coma de tipo social (desenvolvemento sostible dos bosques, mantemento do tecido social, creación de postos de traballo, mellora da calidade de vida, conservación da natureza...).

## 2. Medios técnicos de concentración parcelaria

A) *Visión panorámica*: o método máis simple que o propietario ten de agrupar as parcelas que lle pertencen son os actos de dominio destas, podendo modificar os lindes interiores. No caso do arrendamento rústico, é o arrendatario o que goza desta facultade, dentro do límite da actuación dilixente.

Máis complexa é a figura do dereito de retracto que habilita para ampliar o tamaño das parcelas sendo válido tanto o retracto de comuneiros coma o de colindantes, tendo como referencia a unidade de cultivo mí-

nima. Ao seren actos de segregación e de división, hai que adaptarse ao Rd 1030/1997, do 3 de maio, sobre inscrición no Rexistro da Propiedade de Actos de Natureza Urbanística. Será o xuíz o que determine se estes actos son nulos ou non.

B) *Permuta de fincas rústicas*: na lexislación agraria contémpanse catro supostos especiais desta figura; dous obrigatorios que son a **permuta forzosa** (regulada pola LRDA) mediante a que todo propietario ten o dereito de pedir a permuta forzosa das fincas enclavadas na área doutra finca, ter lindeiros comúns nun 70%, estar separadas pero compartir lindes cos que a separan nun 30%, ser limítrofes doutras fincas con lindes que se poidan reducir nun 50%. A parcela de substitución tamén ten que reunir unha serie de requisitos relativos á extensión, valor en venda, tipo de cultivo, situación, acceso ao camiño público, libre de cargas... Tamén debe constar a permuta en escritura pública. Todas estas características fan que case sexa unha figura decorativa, posto que sería máis un contrato legal de adhesión no que a vontade das partes queda bastante esvaecida.

Outro suposto obrigatorio é o da **permuta de fincas de titularidade pública** (Lei de Cantabria de 2000) concibida como un instrumento de intervención administrativa por razóns de utilidade pública ou interese social, consistente no intercambio recíproco de titularidades dominicais entre fincas ou explotacións de carácter privativo da Administración e propiedades particulares. Tanto un tipo de finca coma outro teñen que reunir unha serie de características recollidas no citado texto legal.

En canto ao suposto voluntario, atopámonos coa **permuta voluntaria**, prevista pola LMEA exenta dos impostos sobre transmisión onerosas e de valor engadido. Aparece, así, este tipo de permuta como o paso previo cara á concentración parcelaria privada.

O derradeiro suposto consiste na **permuta estimulada pola Administración**, regulada na Orde da Ríoxa de 1994, representando a preparación do agricultor cara á concentración ou a reconcentración parcelaria. Entre os requisitos necesarios chama a atención o requisito da declaración xurada de non vender a finca resultante no período de cinco anos seguintes á data da escritura.

C) *Concentración parcelaria privada*: de conformidade coa LRDA este tipo de concentración debe ser autorizada pola Administración, a solicitude de tres propietarios como mínimo, afectando unicamente ás parcelas achegadas podendo articularse mediante dous procedementos diferentes:

a) A Administración aproba as bases, a concentración e as adjudicacións, podendo colaborar nos gastos se os propietarios constitúen unha SAT. No resto séguense a aplicar as mesmas normas do procedemento ordinario, recolléndose a posibilidade de compensación en metálico.

b) O segundo procedemento omite as publicacións e consiste na permuta das parcelas de procedencia polas fincas de substitución; cada titular responderá do saneamento da evicción segundo o artigo 1540 do Cc. O traslado de dereitos reais e outras situacións xurídicas ás fincas de substitución, require o consentimento expreso dos seus titulares e a inscrición do título administrativo no Rexistro da Propiedade.

Na LRDA tamén se contempla a hipótese da reconcentración, pero dun xeito restritivo. Só se pode decretar a iniciativa privada e a petición das 3/4 partes dos propietarios da zona concentrada, entre outros requisitos. A única vantaxe é a utilización dos traballos realizados na concentración primitiva e a probable aplicación do procedemento abreviado. Con todo, non é difícil imaxinar numerosos supostos que xustifiquen unha nova concentración, facéndose evidente unha regulación legal máis ampla da existente.

En Aragón a Lei de patrimonio agrario establece dous procedementos de concentración privada. Un deles caracterízase por ser voluntario para os propietarios da zona, admitindo compensación en metálico ata o 10%, e por ser de cargo dos promotores os estudos e proxectos técnicos, entre outras características.

O outro procedemento é máis simple e consiste no sistema de permutas. Debe ser aprobado pola Administración, obténdose así beneficios fiscais, redución de gastos e subvencións. Require que se agrupen como mínimo cinco hectáreas de secano, unha de regadío ou de plantación, entre os dous ou máis propietarios, sen que a diferenza entre o achegado e o recibido supere o 20% das parcelas iniciais.

A Lei de concentración parcelaria de Castela e León inspírase na lexislación urbanística contemplando tres vías para a concentración: o **convenio**, polo que a Administración acorda cunha empresa pública a realización dos traballos técnicos; a **contrata**, consistente nun acordo entre a Administración e unha empresa privada para que faga os traballos da concentración; e a terceira é a **concentración de forma compartida**, que poden solicitar dous terzos dos propietarios sempre que representen a metade da superficie que se concentra e constitúan unha asociación.

### 3. A modo de conclusión

É evidente que no noso dereito a concentración privada non existe, posto que hai un grande intervencionismo da Administración. O financiamento público incide no pagamento das obras elixidas pola nova reorganización da propiedade.

En segundo lugar, a intervención pública non sería necesaria para evitar os custos da concentración, posto que é un problema solucionado pola lei da oferta e da demanda do mercado, en canto ao que afecta ao consumidor.

Excluídos os fins produtivistas, é aconsellable admitir a autonomía dos particulares co fin de escoller o medio máis axeitado para o caso. Isto é, a permuta bilateral ou ben a permuta múltiple sen que existan limitacións ao respecto.

3.6 *Aproximación ao novo réxime xurídico vitivinícola español: algúns aspectos significativos da Lei 24/2003, do 10 de xullo, da viña e do viño. D. Ángel Sánchez Hernández<sup>8</sup>*

O pasado día 12 xullo de 2003 entrou en vigor en España a Lei 24/2003, da viña e do viño. Varios son os aspectos que poñen de manifesto a oportunidade e a necesidade desta lei que recalcou o relator.

En primeiro lugar, aludiu aos aspectos económicos. España é o viñedo máis grande do mundo, quedando, por detrás en extensión, Italia, Francia e Portugal. A pesar diso, os baixos rendementos por hectárea<sup>9</sup> fan de España, o terceiro produtor de viño do mundo<sup>10</sup>, despois de Francia e Italia.

En segundo lugar, e non por iso de menor importancia, están os aspectos xurídicos. A Lei 25/1970, do 2 de decembro, coñecida como *Estatuto da viña, do viño e dos alcois*, quedou desbordada polas previsións insuficientes e inaxeitadas, fundamentalmente debido a acontecementos xurídicos máis importantes:

i) A Constitución española de 1978 configurou o estado das autonomía determinando unha nova distribución territorial do poder. Consonte o artigo 148.1.7<sup>a</sup>, todas as comunidades autónomas asumiron, a través dos seus respectivos estatutos de autonomía, as competencias en materia relativa ao cultivo da viña e aos seus produtos –o viño–.

Con todo, iso non significa que esta competencia sexa exclusiva das comunidades autónomas, é, por iso, excluínte de toda intervención do poder central do Estado. Ao contrario, o artigo 149.1.13<sup>a</sup> da Constitución atribúelle a este a competencia exclusiva en materia de bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica. Ao ser a actividade agraria unha actividade económica do sector primario, o poder central do Estado está así facultado para ditar non só as normas que fixen as liñas directrices, senón tamén os criterios globais de ordenación deste sector

<sup>8</sup> Profesor titular de dereito civil da Universidade da Rioxa.

<sup>9</sup> A viña ocupa grandes extensións de terra, moitas veces árida e con escaseza de auga. Hai países onde se rega a vide, chegando a triplicar a produción por hectárea.

<sup>10</sup> Actualmente, e segundo o relator, a produción media española é aproximadamente de 30 millóns de hectolitros, que representan ao redor do 4,5% do total da produción final agraria. Un terzo desa produción son viños de calidade, exportándose aproximadamente 10,5 millóns de hectolitros, existindo, aínda así, excedentes que se converten en alcol.

económico, iso si, sen que con iso se baleire o contido das competencias en materia agraria das comunidades autónomas.

Como determinación do básico, o novo texto legal da viña e do viño, Lei 24/2003, na súa disposición final segunda, determina as súas partes, que constitúen lexislación básica, cuxo desenvolvemento e execución corresponderalles ás comunidades autónomas. O resto do texto legal, que non ten carácter básico, será, de ser o caso, supletorio da correspondente lexislación autonómica –artigo 149.3 da Constitución–.

ii) Ao ingreso de España nas, daquela, comunidades europeas, veuse a sumar a creación da Unión Europea, xunto ao poder central do Estado e das comunidades autónomas, como fontes de produción normativa vitícola e vitivinícola. Forma parte do noso ordenamento xurídico, concretamente, a normativa europea da OCM do viño que xorde en Europa en 1970, reorganízase en 1987 –Regulamento CEE nº 822/87– e regulada actualmente no vixente Regulamento CE nº 1493/1999, do 17 de maio de 1999.

Polo tanto, a normativa sobre o viño e a vide procede de distintas fontes: da Unión Europea, do poder central do Estado e das comunidades autónomas.

Moitos son os aspectos importantes que a Lei 24/2003 contempla. No artigo 25, apartado primeiro establece que a xestión de cada viño de calidade con indicación xeográfica, denominación de orixe, denominación de orixe cualificada e, de ser o caso, viño de pagamento será realizada por un órgano de xestión no que estarán representados os titulares dos viñedos e bodegas inscritos nos rexistros que se establezan na norma específica reguladora dos VCPRD.

No apartado décimo do mesmo precepto, reserva unicamente o termo *Consello Regulador* para os órganos de xestión das denominacións de orixe e das denominacións de orixe cualificadas.

Os órganos de xestión terán a personalidade xurídica propia de natureza pública ou privada, con plena capacidade de obrar e funcionarán no réxime de dereito público ou, se é o caso, de dereito privado. Rexeranse polo disposto na Lei da viña e do viño, as leis sectoriais das comunidades autónomas, as normas específicas dos VCPRD e polo disposto nos seus correspondentes estatutos.

Os órganos de xestión deben ser autorizados pola Administración, establecéndose a súa estrutura e funcionamento regulamentariamente conxunto dous principios: o seu funcionamento non ten ánimo de lucro e ha de ter a representatividade dos intereses económicos e sectoriais integrados.

Os fins e funcións dos órganos de xestión contémplos o artigo 26 da Lei 24/2003; prevese, no artigo 27, nun sistema de control e certificación que establecerá o regulamento de cada VCPRD, que en todo caso estará separado da súa xestión.

Establécese nos artigos 28 a 32 un procedemento –solicitud, tramitación e resolución– para recoñecer un nivel de protección.

Establécese un réxime sancionador –artigo 33 a 45–, sinalando por unha parte das obrigas dos interesados, inspección e medidas cautelares e, pola outra, sinala as infraccións –leves, graves e moi graves– e as súas sancións, xunto coas medidas complementarias.

Por último, esta lei ocúpase do Consello Español de Vitivinicultura, órgano de carácter consultivo adscrito ao Ministerio de Agricultura, Pesca e Alimentación –artigo 46 e ss–.

### 3.8 A unidade mínima de cultivo e o Rexistro da Propiedade.

D. José María de la Cuesta Sáenz<sup>11</sup>

#### I. Concepto de unidade mínima de cultivo

O concepto de unidade mínima de cultivo enténdese como unha institución xurídica froito das técnicas de concentración parcelaria na segunda metade do pasado século XX. Así, a unidade mínima de cultivo (UMC) pódese definir como *límite do dereito de propiedade sobre fincas rústicas con destino agrario, establecido en defensa de interese público e que afecta ás facultades dominicais de dividir e segreggar, impedindo o seu exercicio válido cando tales operacións vaian xerar parcelas de superficie inferior á fixada como límite na comarca de que se trate tanto para terras de secano coma de regadío, e que non resulte amparado por un cambio de destino regularmente levado a cabo.*

A definición legal atópase no artigo 23.1 da LMEA, sendo cualificada como unha definición imprecisa, mudable e variable no tempo debido á súa natureza fundamentalmente práctica.

#### II. Consecuencias que deben seguirse de tal noción

O feito de que a UMC atenda as circunstancias materiais e de feito das fincas trae consigo importantes consecuencias xurídicas. Así:

a) Correspóndelles ás CCAA determinar a extensión da UMC. Constitúe un deber para estas administracións que terán que cumprir de acordo aos principios reitores da actividade administrativa. Isto tradúcese en que esa fixación deberá atender a criterios técnicos non discrecionais.

b) As UMC afectan a terreos rústicos e que sexa solo cultivable na súa totalidade. No caso de segregación de fincas inferiores á UMC non lles afecta a prohibición do artigo 24, posto que non se dedican na súa totalidade ao cultivo.

c) As excepcións ás prohibicións de dividir e segreggar obedecen a conseguir UMC máis eficientes. Aínda que o concepto de UMC se refire a fincas e non a explotacións, conecta coa idea de explotación en canto se refire

<sup>11</sup> Catedrático de dereito civil da Universidade de Burgos.

ao cultivo que non teñen que coincidir co concepto de finca rexistral ou catastral. Unha finca rexistral pode encubrir realidades materiais que lle impidan ser cultivada como unha soa UMC, facendo imposible o cultivo de tal finca como unha soa finca, infrinxindo o concepto de UMC. Cando a Administración intervén en concentracións parcelarias, esta realidade pode ser evitada; con todo, cando son froito de melloras por parte de iniciativa privada é moito máis complicado detectar estas situacións. O aspecto positivo desta situación vese nun exemplo: se unha canalización divide unha finca en partes inferiores á UMC de secano da zona, poderá dar lugar a unha finca non cultivable como tal, pero si cultivable como dúas fincas de regadío, que mellorarán a produtividade.

O que si parece perigoso é que o descoñecemento destas situacións faga imposible operacións con resultado claramente positivo para as explotacións agrarias afectadas.

Cando o rexistrador da propiedade detecte este tipo de situacións debe informar a instancia administrativa que corresponda, orixinando un procedemento que pon en perigo que os particulares persigan e acaden polos seus medios fins de interese privado e público simultaneamente.

### III. O erro do lexislador e as súas causas

Do anteriormente exposto dérivase que a UMC pasou a inscribirse na regulación dos actos de natureza urbanística. Está claro que o Rexistro da Propiedade pode velar polo cumprimento das regras urbanísticas sobre parcelas indivisibles, pero perde precisión cando se trata de considerar a realidade física das fincas e as súas condicións de cultivo. Esa perda de precisión afecta ás consecucións dos fins da UMC.

A actuación do rexistrador é cautelara, posto que suspende a inscrición esixindo a correspondente licenza municipal e remite a documentación presentada á administración competente. Todo isto redundará en prexuízo do propietario que ve retrasado o bo fin rexistral da súa operación de mellora agraria.

Hai algo que chama a atención que é o feito de que se faculta ás administracións agrarias competentes para adoptar o acordo pertinente sobre a nulidade do acto. Nulidade que debería ser declarada por un xuíz e non por unha autoridade administrativa. Ademais, este acto administrativo é claramente cego ante as realidades que vimos indicando. Tanto o Rd como a LMEA comparten un concepto da UMC puramente formal, atopándonos diante dun atropelo total consistente nun procedemento iniciado de oficio polo rexistrador da propiedade, sen audiencia dos interesados, e que só pode rematar ben pola apreciación das excepcións ou ben pola declaración administrativa da nulidade do acto.

Rematado este procedemento, a administración agraria competente remitiralle ao rexistrador a certificación do contido da resolución recaída,

quizais medio ano despois de que os interesados acudiran a presentar ao Rexistro a súa escritura pública.

Este procedemento infrinxe, claramente, os principios constitucionais de dereito formal e material. Cómpre destacar: non audiencia das partes, falta de competencia da Administración para declarar a nulidade do acto, a falta de consideración do interese público á maior eficiencia da actividade agraria.

O máis rechamante quizais sexa a discriminación no tratamento respecto dos infractores da normativa urbanística aos que si se lles outorga audiencia.

Hai, pois, unha actitude autoritaria fronte ao agricultor e unha actitude máis comprensiva fronte ao parcelador ilegal.

Non existe ningunha razón de tipo xurídico para tal discriminación. Ao contrario, porque o Rexistro é moito máis válido para controlar a actuación urbanística, que para controlar algo como a UMC, de índole fáctico. É rigorosamente imposible para o rexistrador coñecer a infracción da UMC e as súas excepcións que non se deducen necesariamente dos datos que obran en poder do rexistrador.

Isto incluso pode ocorrer existindo licenza municipal de segregación e edificación, dándose o caso de que a Administración agraria a declare nula por infracción da UMC.

O reflexo rexistral dos actos dominicais do propietario das fincas vese sometido ao xuízo unánime de catro instancias diferentes: notario ou xuíz do Concello, Administración agraria e Rexistro da Propiedade sen audiencia do interesado nas dúas últimas e co longo proceso que implica o recurso gubernativo ou o recurso contencioso.

Así as cousas, a rectificación de lindes mediante segregacións e permutas voluntarias é difícil que chegen a formularse. Unha situación como a descrita difire moito do que podía esperarse da aplicación da Lei de modernización das explotacións agrarias.

#### IV. O problema da fixación da superficie

O problema que aparece unha vez habilitadas as CCAA para fixar a superficie da UMC era a aplicabilidade subsidiaria nos casos nos que non se procedera a tal fixación das superficies establecidas na Orde ministerial do 27 de maio de 1958. A falta de derogación expresa desa norma fai que a súa aplicación sexa a doutrina máis segura, aínda que a defensa do interese protexido pola UMC sexa, así, menos eficaz.

#### V. Conclusións

Non pode esquecerse a realidade puramente fáctica da UMC, posto que ese esquecemento trae consecuencias negativas para o exercicio da autonomía privada e para o cumprimento do interese público.

Tampouco parece axeitada a aproximación á materia urbanística.

Atópase por completo fóra das competencias da xurisdición contencioso-administrativa a declaración de nulidade dos actos xurídico-cívís como as segregacións, divisións, compravendas ou permutas...

A única interpretación que deixaría a salvo o artigo 80 do Rd 1093/1997 consistiría en entender que a resolución sobre a nulidade do acto non fose outra que a orde de incoar polos servizos xurídicos correspondentes as pertinentes accións de nulidade ao abeiro do artigo 6 do Código civil ante a xurisdición ordinaria e polos trámites da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil.

3.8 *O contrato de cesión de augas para uso agrario na lexislación española. D. Antonio Cobacho Gómez*<sup>12</sup>

I. Introducción

Ata 1999, a transmisibilidade de aproveitamentos de augas regulábase no artigo 61 da Lei de augas que requiría autorización administrativa previa no caso de transmisión total ou parcial dos aproveitamentos de auga que impliquen un servizo público así como a constitución de gravames sobre eles.

En 1999 aparece regulado o contrato de cesión de dereitos ao uso privativo das augas públicas, permitindo o uso compartido por dous ou máis usuarios e para fins distintos aos da concesión. A transmisión de usos esténdese a todos aqueles que ostenten un título xurídico válido e actualizado que lle conceda un uso privativo das augas.

Hai que salientar a importante reforma do Rd 606/2003, do 23 de maio, sobre o regulamento de dominio público hidráulico; fundamentalmente polo que aquí nos afecta hai que sinalar a incorporación do Título IV sobre o contrato de cesión.

Segundo Pérez-Díaz Mezo e Álvarez Miranda existen dúas fórmulas de cesión entre usuarios: unha directa e controlada para evitar prexuízos de terceiros, pola que en épocas de escaseza os usuarios con menor rendemento económico poden cederlles aos de maior rendemento os seus dereitos de utilización a cambio dun prezo; outra cesión indirecta na que unha institución pública actúa como mediadora concretándose no Banco da Auga, no que a Administración merca toda a auga que se lle queira vender ao prezo pactado e, despois, véndella a quen a queira mercar a un prezo algo maior ca o da compra. Parece moito máis transparente e axeitada esta última para evitar que estas operacións sexan controladas polos economicamente mellor dotados.

<sup>12</sup> Catedrático de dereito civil da Universidade de Murcia.

## II. Concepto

Este contrato ten como finalidade a modificación dunha relación xurídico real afectando á estrutura desa relación porque se vai producir un cambio ou alteración na titularidade do dereito de aproveitamento. A vontade das partes vese limitada pola intervención da Administración que se manifesta na necesidade de autorización administrativa para a concesión, o recoñecemento dun dereito de adquisición preferente a favor do organismo de conca ou na facultade de revogación do contrato por falta de autorización de vertidos para a nova situación derivada da cesión.

## III. As partes contratantes

No artigo do 343 do RDPH os titulares dalgún dereito ao uso privativo das augas poderán ceder o uso temporal a outro concesionario titular doutro dereito igual ou maior segundo a orde de preferencia establecida no plan hidrolóxico de conca ou pola Lei de augas, previa autorización administrativa. É evidente que a cesión de dereitos esixe o requisito de ser titulares as partes implicadas de dereitos.

Por concesionario de dereitos enténdese tanto os titulares de augas superficiais coma os de subterráneas. En cambio, por titulares de dereitos enténdese os titulares de aproveitamentos temporais de augas privadas inscritos no Rexistro de Augas.

Nas concesións deberá observarse a orde prevista no plan hidrolóxico da conca correspondente. A falta desta orde, subsidiariamente, rexerá outra orde na que hai que ter en conta o abastecemento da poboación, regadíos, usos industriais para enerxía eléctrica, acuicultura...

En conclusión, poderase ceder o dereito a alguén que o destine ao mesmo uso ao que o destinaba o cedente ou ben a outro uso que sexa prioritario, agás autorización expresa do Ministerio de Medio Ambiente en casos excepcionais.

A cesión pode ser parcial ou total e require a autorización previa da Administración; quince días despois do contrato deben enviarlle unha copia ao organismo de conca. En caso de cesión sen autorización constituirá unha infracción tipificada legalmente. Ademais da sanción correspondente, a Administración poderá decretar a caducidade do dereito concesional do cedente.

## IV. Prohibición de celebrar o contrato

Non poderán celebrar o contrato de cesión nin os titulares de concesións ou autorizacións concedidas a precario nin os de autorizacións especiais. O precarista nada pode conceder porque o seu dereito pode ser revogado en calquera momento. Polo que respecta ás autorizacións especiais parece lóxico que se prohiba a cesión de dereitos pola propia excepcionalidade da suá concesión.

Os titulares de dereitos de uso privativo de carácter non consultivo, só poderán cedelos para usos do mesmo carácter.

Os titulares de dereitos incluídos no catálogo de aproveitamento de augas privadas non poden acollerse ao establecido neste capítulo. Con todo, os titulares de dereitos sobre augas privadas poden solicitar que estas augas pasen a ter a condición de públicas obtendo a correspondente concesión e a inscrición da concesión obtida no Rexistro de Augas.

O artigo 343-5 do RDPH establece que os acordos entre usuarios dunha mesma comunidade coa finalidade de empregar a auga asignada a cada un deles como membros da comunidade concesionaria considéranse como actos internos, sempre que se fagan respectando o previsto nas ordenanzas e estatutos.

En canto ás comunidades constituídas segundo os artigos 87 e 88 do TR son titulares de dereitos cada un dos usuarios que teñan inscrito o seu dereito no Rexistro de Augas, debido a que a súa creación depende da discrecionalidade do organismo de conca correspondente.

#### V. Formalización e contido dos contratos de cesión

Os contratos de cesión deberán constar por escrito. Non parece deducirse do artigo 68-1 do TR a esixencia de plasmalo nun documento público. Outra cuestión distinta é que unha das partes pode compeler a outra a outorgar o correspondente documento público; tendo en conta que é un dereito real parece que si habería esa posibilidade, segundo reza o artigo 1280.1 do Código civil.

É evidente que a formalización nunha escritura pública dotaría de maior seguridade o acordo entre as partes, evitando situacións de nulidade mediante o correspondente control da persoa que fai fe pública.

O artigo 344.1 do RDHP establece o contido mínimo que deben recoller os contratos de cesión. Este tipo de contratos son regulados porque ten un contido imperativo determinado, configurándose como un dereito excepcional en relación ao dereito de contrato contido no Código civil. Nese sentido cómpre subliñar, como exemplo, o feito de que se teñan que fixar os predios que o cedente renuncia a regar ou vai regar con menos dotación, así como os que o cesionario vai regar co caudal concedido.

Dentro dos quince días seguintes á súa sinatura, as partes deberán entregarlle unha copia á comunidade de usuarios á que pertenzan, tendo esta quince días para alegar o que estimen oportuno ante o organismo de conca. As comunidades de usuarios como as corporacións de dereito público velarán pola boa orde do aproveitamento.

O artigo 345.1 do RDHP establece que o volume anual susceptible de cesión non poderá superar o realmente utilizado polo cedente calculándose segundo os criterios establecidos nese precepto legal. En ningún caso este volume poderá ser superior ao que resulte dos acordos que adopte o organismo de conca segundo a situación hidrolóxica do ano.

A compensación económica derivada da cesión fixarase de mutuo acordo entre as partes. Atendendo a situación de mercado, o Ministerio de Medio Ambiente poderá establecer o importe máximo da compensación.

## VI. Intervención administrativa na cesión de dereitos ao uso privativo das augas públicas

1. **Solicitud de autorización:** ten que ser previa a que produza efectos o contrato. Por iso, hai que remitir unha copia do contrato por escrito. Cando as augas obxecto de contrato se destinen ao abastecemento de poboacións, acompañarase coa solicitude o informe da autoridade sanitaria.

Cando a cesión se refira a concesión para regadíos, necesitarase informe previo da CA ou do Ministerio de Agricultura para que emitan un informe en dez días. Os solicitantes teñen quince días para efectuar alegacións fronte ás alegacións feitas polas comunidades de usuarios.

2. **Autorización:** concederase mediante resolución motivada do organismo de conca, unha vez comprobado que se cumpren todos os requisitos legais do contrato e de que as partes teñen debidamente inscrito o seu dereito lexítimo.

O silencio positivo da Administración entenderase se transcorren dous meses tras a data de entrada da solicitude no organismo de conca. En caso de cesións entre membros da mesma comunidade de usuarios, o prazo amplíase a tres meses.

3. **Denegación:** será mediante resolución motivada do organismo de conca, no caso de que o cedente ou o cesionario non teña inscrito o seu dereito ao uso privativo da auga ou concorran circunstancias do artigo 68.3 do TR. Tamén se denegará se a cesión afecta negativamente ao réxime de explotacións dos recursos da conca, aos dereitos de terceiros, aos caudais ambientais..., sen dar lugar a ningunha indemnización para os contratantes.

4. **Adquisición preferente:** o artigo 68.3 do TR establece que o organismo de conca poderá exercer no prazo dun ou dous meses un dereito de adquisición preferente do aproveitamento dos caudais que se ceden, rescatando os caudais de todo uso privativo. Ese dereito está suxeito a que o organismo lle aboe ao cedente a cantidade económica que este ía percibir no prazo de tres meses.

5. **Inscripción no Rexistro de Augas:** inscribíranse no Rexistro de Augas os contratos de cesión de dereitos ao uso privativo da auga, así coma o rescate dos aproveitamentos mediante a adquisición regulada no artigo 349. Unha vez autorizado o contrato de cesión polo organismo de conca, hai que inscribilo porque así o dispón o artigo 189 do RDHP. A inscrición rexistral considerarase medio de proba da existencia e situación dos contratos de cesión de dereitos subscritos polo concesionario.

## VII. Instalacións e infraestruturas hidráulicas

Cando a realización material das cesións acordadas requira o emprego de instalacións ou infraestruturas hidráulicas das que fosen titulares terceiros, o seu uso establecerase por libre acordo das partes. Neste punto, formularase a dúbida de se o terceiro non está de acordo en ceder as instalacións, a Administración podería impoñer unha servidume de acueduto. Parece que non se exclúe a posibilidade de que o organismo de conca a impoña, sempre que se dean as circunstancias establecidas no artigo 19 do RDHP (interese público ou privado).

No caso de que as instalacións sexan de titularidade do organismo de conca ou teña concedida a súa explotación, os contratantes deberán solicitar a determinación do réxime de utilización desas instalacións, así como a fixación da exacción económica que corresponda.

Cando, ademais, se faga necesario construír novas instalacións, os contratantes deberán presentar o documento técnico que defina estas obras. Así mesmo, cando as augas se vaian destinar ao abastecemento de poboacións, presentarase informe da autoridade sanitaria. A autorización para a cesión non implicará por si mesma a autorización para o uso ou construción de infraestruturas.

Haberá dúas resolucións: unha referente ao contrato e outra relativa ao uso ou ben á construción de infraestruturas. Á resolución relativa a isto último aplícaselle o artigo 351.5 do RDHP que determina que, unha vez transcorrido o prazo de catro meses dende a entrada da solicitude no organismo de conca sen que este se pronunciara, se entendera concedida.

## VIII. Autorización de vertido nos contratos de cesión

No caso de que o cedente e o cesionario fosen titulares da autorización de vertido, deberán facer constar esta circunstancia na documentación remitida coa solicitude de autorización do contrato, acompañada dun estudo dos posibles efectos. A autorización terá como obxecto a consecución do bo estado ecolóxico das augas e establecerá as condicións en que deben realizarse.

Se o organismo de conca autoriza o contrato de cesión, ten que proceder a modificar o condicionado e, como di este último artigo, mediante resolución motivada, sen que a modificación dea lugar á indemnización.

O organismo de conca poderá revisar as autorizacións de vertido cando sobreveñan circunstancias determinantes. O contrato de cesión poderá levar aparellada unha revisión da autorización de vertidos cunha modificación do condicionado cando deste contrato de cesión se deriven consecuencias concretas.

Se despois de autorizado o contrato de cesión de dereitos se comproba que comporta un vertido de augas ou produtos residuais non autorizado, revogaraas á autorización do contrato de cesión sen dereito a indemnización.

## IX. Centros de intercambio de dereitos de uso da auga

En California estableceuse un plan de loita contra a seca consistente na autorización dun mercado de auga baseado na posibilidade de empregar a auga proporcionada por vendedores voluntarios para satisfacer as necesidades críticas doutros usuarios. Porén, este banco de augas californiano ten notables diferenzas cos centros de intercambio españois. Por exemplo, o banco de augas californiano é quen determina os criterios que definen as necesidades que motivarán a negociación dos dereitos das augas. En cambio, en España o organismo de conca realizará ofertas públicas pero a posta en marcha require a autorización do Consello de Ministros.

As transferencias de dereitos en California son a curto prazo, mentres que en España queda por determinar a duración.

No banco de augas californiano, os prezos de compra fíxanse de forma homoxénea para os vendedores en situacións similares. Aquí, os prezos fixaranse entre un máximo e mínimo na oferta pública.

O banco de augas fixará rigorosamente a cantidade de auga que se pode mercar e obriga os compradores a acreditar o cumprimento dunha serie de medidas.

No modelo californiano, impón un límite máximo ás transaccións que afecten a acuíferos subterráneos. En España non existen limitacións.

A razón de ser dos centros de intercambio é realizar ofertas públicas de adquisición de dereitos de uso da auga para cedelos posteriormente a outros usuarios mediante o prezo que o organismo oferte.

O artigo 354 do RDHP dispón que poderán participar nas operacións dos centros de intercambio os concesionarios e os titulares de aproveitamento ao uso privativo das augas que teñan inscritos os seus dereitos no Rexistro de Augas ou no catálogo de aproveitamento da conca.

Unha vez que o Consello de Ministros aproba o centro de intercambio, o organismo de conca está facultado para realizar ofertas públicas de adquisición de dereitos, publicándoas no *BOE*, no diario oficial das CCAA e en dous diarios de ampla difusión.

O artigo 355. 3 establece o contido ao que se deberá referir a oferta pública: volume máximo, requisitos técnicos, importes máximos e mínimos da compensación económica, criterios de selección dos dereitos susceptibles de adquisición e ao prazo para a presentación de solicitudes por parte dos concesionarios ou titulares de dereitos interesados.

O artigo 355.4 encárgase do contido das solicitudes que se dirixan ao organismo de conca para ceder dereitos ao uso privativo que deberán engadir determinados requisitos.

Á vista das solicitudes presentadas o organismo de conca ditará resolución sobre a determinación dos dereitos que resultaron adxudicatarios da oferta, notificándollelo aos interesados. Tamén publicará a resolución no *BOE* e será inscrita no Rexistro de Augas.

O artigo 355.7 ordena que, os pagamentos e ingresos que realice o organismo de conca para adquirir ou ceder dereitos do uso de auga, se

contabilicen separadamente respecto ao resto de actos en que o organismo poida intervir.

#### 4. Clausura das xornadas

Comezou o acto de clausura tomando a palabra o director da Escola Galega de Administración Pública reiterando a súa gratitude a todos os relatores que nos acompañaron, esperando que as xornadas espertaran a atención e mais o interese de todos os asistentes e que serviran para resolver cantas dúbidas xurdiran tras as sucesivas exposicións.

Este acto de clausura foi oficiado polo conselleiro de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, don **José Antonio Santiso Miramontes**, que felicitou á EGAP pola excelente iniciativa na organización das xornadas, sempre inmersa en temas de maior actualidade e transcendencia xurídica e social. Por iso, dixo, constitúe unha boa oportunidade acoller debates de relevancia e vixencia tales coma o do dereito agrario. Así mesmo, agradeceu sinceramente a valiosa colaboración e mais a grata presenza dos relatores que interviron nestes encontros, así como a participación de todos os asistentes, desexando que se acadaran os obxectivos programados.

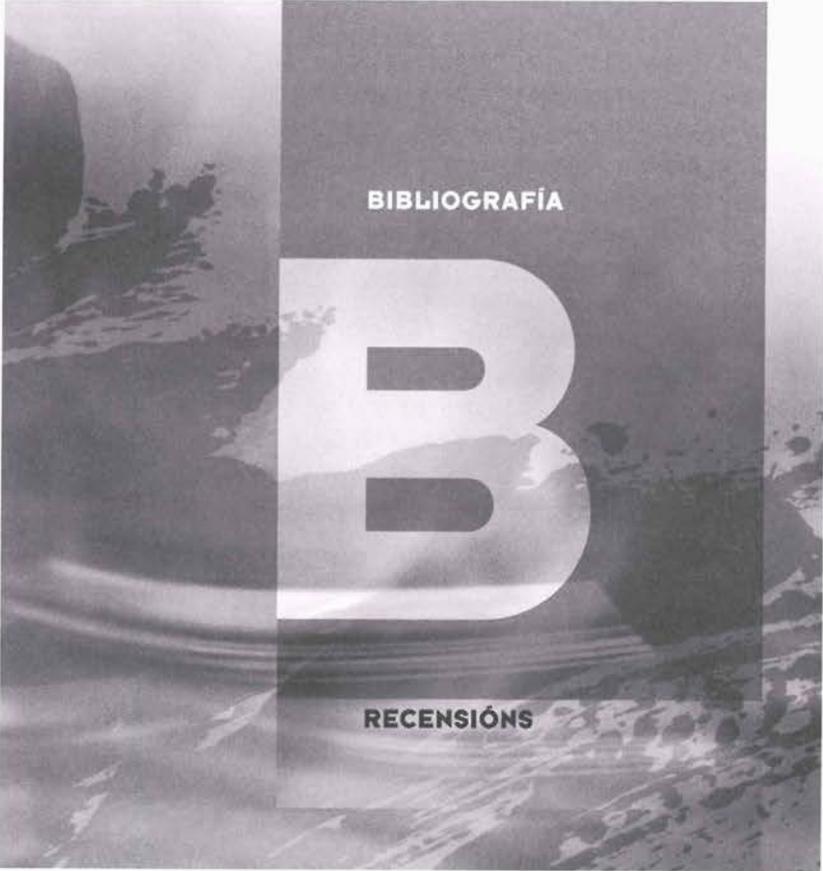
#### 5. A modo de conclusión

A oportunidade das presentes xornadas pode resultar transcendental para a mellora das estruturas produtivas. Un estudo do Instituto Italiano de Estatística demostra que a produtividade nas explotacións societarias é 2,5 veces superior á das individuais. Xustamente sería ese aumento de produtividade o que compensaría as reducións de axudas que, inevitablemente, chegarán á agricultura de todos os países da Unión Europea.

Eu preguntome e preguntolle a todos se seremos quen de lograr, polo menos, unha mellora parcial das actuais formas de producir, das actuais formas de transmitir as explotacións por herdade, da atomización actual da oferta en lugar de asociarse en cooperativas ou noutras formas xurídicas para superar o individualismo ancestral do agricultor que se pecha no seu minifundio.

Non debemos esquecer que o ano 2006 esta á volta e, tal e como expuxo J. Lamo de Espinosa no seu artigo "Política agraria en la actualidad" (en *Cuenta y Razón*, núm. 3, 1999), esta é unha tarefa que non admite demoras. A conta atrás para o 2006 xa empezou. Agora a pelota xa non está no tellado da UE, senón no noso. A iso debe contribuír, unha vez máis, como nos sesenta anos anteriores, o noso propio bo facer e a nosa propia ciencia económica e agraria. 





**BIBLIOGRAFÍA**

**RECENSIONES**



## ***Noticia sobre el ideario jurídico-social de un ilustrado gallego***

*(a propósito del estudio de Luis Rodríguez Ennes  
"Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho")*

Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005, 166 págs.

F ruto nuevo de la constante preocupación e interés expresamente confesados y materialmente manifestados desde hace tiempo por el Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Vigo, Prof. Rodríguez Ennes, respecto a diversos aspectos relativos a la historia jurídica de Galicia, es su último libro en la materia, titulado *Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho*, en el que el mencionado autor traza una semblanza de las ideas expuestas, dentro de la que fuera su época y en su ámbito jurídico-social, por el eximio ilustrado gallego Pedro José García y Balboa, monje benedictino y polígrafo, más conocido por el nombre religioso de Fray Martín Sarmiento.

La obra, que ahora aparece editada por la Xunta de Galicia, y que en su momento también lo fue en gallego por la Excma. Diputación Provincial de Pontevedra –institución ésta que galardonó al autor con el Premio de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales correspondiente al año 2000–, se encuentra estructurada en seis partes a las que se añade un sucinto epílogo, y un amplio apéndice bibliográfico que ofrece al lector interesado la posibilidad de profundizar, tanto en aspectos que son objeto de expresa atención en el libro, como en torno a otros que, referidos incidentalmente en el mismo, pueden ayu-

dar a obtener una visión mucho más completa del complejo contexto histórico y las circunstancias vitales que rodearon al personaje en cuestión que ocupa la atención de Rodríguez Ennes.

El ilustrativo estudio llevado a cabo por el Prof. Rodríguez Ennes encuentra su sentido último y razón de ser, en palabras del autor, en el intento de dar respuesta a la necesidad de cubrir y esclarecer un campo de investigación sobre el pensamiento del sabio benedictino pontevedrés –el jurídico-social–, hasta el momento presente desatendido por los especialistas, realizando para ello una aproximación a las opiniones expuestas por Fray Martín Sarmiento en sus obras y manuscritos –algunos inéditos– sobre diversas cuestiones jurídicas y sociales que se suscitaron en su tiempo.

Utilizando para ello un estilo sobrio y sencillo, que facilita y hace agradable la lectura del libro, pero sin escatimar en ningún caso multitud de datos –muestra patente de la erudición a que nos tiene acostumbrados en sus muy variadas e instructivas investigaciones–, el Prof. Rodríguez Ennes inicia su interesante estudio con una referencia introductoria que, a su vez, aparece estructurada en dos partes, respectivamente dedicadas al marco histórico de la Ilustración y a determinados aspectos que singularizan en su consideración personal y profesional al religioso benedictino.

Por lo que respecta a la etapa histórica en la que vive y escribe Fray Martín Sarmiento, Rodríguez Ennes inicia su exposición introductoria destacando con carácter general la condición marcadamente crítica que dicha época presenta en la Historia de Occidente, al proceder a cuestionarse los pensadores ilustrados a partir de entonces muchas de las estructuras y valores sociales hasta aquel momento presentes.

No obstante, junto al indicado desplazamiento semántico y la notable difusión que a lo largo del siglo XVIII alcanza el vocablo “crítica”, cuya aplicación expansiva se dirige a todos los ámbitos de la vida social, Rodríguez Ennes también procede a resaltar las importantes contradicciones que, en la época y sin excepción, se producen en los diversos países europeos, entre el ideal pensamiento ilustrado y la cruda realidad vital.

En referencia a la Ilustración española, encuadrable en el movimiento general europeo del XVIII, del que forma parte –aun cuando con menor intensidad y atraso en cuanto a su posible influencia, frente a lo que ocurrió con la de otros países europeos–, Rodríguez Ennes pone de manifiesto como elemento caracterizador e individualidad propia de la misma su particular acatamiento, absoluto e incondicional, de la monarquía tradicional y la Iglesia.

Así, el movimiento ilustrado español no cuestiona el sistema político del Antiguo Régimen, ni la estratificación social –defendiendo un teórico equilibrio entre las clases nobiliaria, clerical y popular–, ni tampoco el poder absoluto del monarca que, por el contrario, procede a realzar para convertirlo en un instrumento de mayor racionalidad, con la intención de posibilitar una –en el fondo– tímida y débil modernización de España.

Por otra parte, la ciencia y el progreso se presentan como inescindibles de la religión, según se puede apreciar perfectamente, y así lo hace notar el autor, a través del pensamiento de Sarmiento y su maestro Feijoo, en cuya concepción aparecen ambas estrechamente unidas.

La cuestión relativa a esta interrelación, que de por sí es mucho más compleja de lo que pudiera parecer, precisamente se agrava, como señala Rodríguez Ennes, cuando surge la contradicción entre las creencias religiosas y los descubrimientos científicos; en estos casos, son los dogmas religiosos los que prevalecen, por mantenerse los autores dentro de la más severa ortodoxia católica.

En referencia a la que Rodríguez Ennes denomina como Ilustración gallega, el autor observa que, aun participando de los mismos postulados fundamentales en que se asienta la española, en ningún caso se presenta como una reproducción mimética de ésta.

Los ilustrados gallegos tampoco van a cuestionar el sistema establecido. Se limitan a reafirmar la estructura del poder social y político, no asignan a la burguesía ningún puesto en la dirección política del país, y conciben al pueblo como sujeto pasivo de la dinámica social, justificando el orden establecido y su estratificación en la que se calificaría más adelante como "sabia distribución realizada por Dios". Sin embargo, los ilustrados gallegos –y en ello se encuentra, en opinión de Rodríguez Ennes, uno de sus méritos más notables– realizan el descubrimiento cultural y político de Galicia en su especificidad, lo que les conduce a investigar la realidad propia de dicha Comunidad y a aportar soluciones particulares en el orden económico y cultural gallegos.

En cuanto al personaje en sí, Rodríguez Ennes, presenta a Fray Martín Sarmiento como un adelantado de su siglo, que sintiéndose extraño en su presente –su lugar natural se encontraría entre una o dos generaciones posteriores– escribió para el futuro.

Rodríguez Ennes también aprovecha la ocasión para avanzar en su introducción –algo que más adelante repetirá en sucesivos capítulos de su obra– algunos detalles ilustrativos de la contraposición entre las personalidades y estilos de Feijoo y Sarmiento, al que por criticar –basándose en fuentes directas– abiertamente, de manera rigurosa y sin concesiones, prejuicios, falsas creencias o supersticiones, con la finalidad de sentar las bases culturales e institucionales para un renacimiento del país, califica como progresista.

Para el autor de la obra que reseñamos, el monje benedictino, nacido en 1695 y fallecido en 1792, era progresista en un doble sentido: por creer en el proceso histórico del ser racional sobre la tierra, y por ser un pensador consciente de que con sus críticas impulsaba cambios innovadores y positivos en la realidad social de su tiempo.

Sarmiento se presenta, en definitiva, como uno de los adalides del reformismo ilustrado, cuya personalidad y pensamiento, según Rodríguez Ennes, hay que situar en sus justos términos, procurando no caer en la exageración ni tampoco en el demérito, puesto que su progresismo no es equiparable al extremismo

o la radicalidad en sus planteamientos, como entre otros aspectos lo demuestra fehacientemente su indiscutible respeto y, en algunas cuestiones también, su expresa o tácita defensa del monarca.

Entre las diversas actividades intelectuales desarrolladas por Sarmiento –a quien algunos de sus estudiosos presentan como la figura más densa en saberes que en todo tiempo ha producido Galicia– destaca Rodríguez Ennes la de informar, opinar, dictaminar o aclarar de forma constante sobre determinadas cuestiones que eran sometidas a su consideración con notable frecuencia y permanencia por monarcas –como Felipe V o Fernando VI–, y personajes públicos importantes de su época –como Campomanes, Aranda, Quer, Medina Sidonia, o Arjona–, a los que asesoró políticamente desde su celda, quedando al margen y sin entrar en sociedad ni en política, emitiendo dictámenes que en ocasiones se repetían, e interviniendo, por ello y de esta forma, eficazmente en la vida pública.

Todo ello provocó que en su tiempo alcanzase una fama ingente, que se disiparía en el siglo siguiente, y también, en cierta medida, en los posteriores, quizá, como señala Rodríguez Ennes en su obra, por el carácter inédito de sus escritos, de los que, salvando los manuscritos contenidos en la denominada *Collección Medina Sidonia*, desgraciadamente todavía se carece de un inventario fiable.

En cierta medida llama la atención que un personaje tan importante e influyente en su tiempo como lo fue Sarmiento, se mostrase tan reticente a publicar su magna obra, de la que, únicamente, según se sabe, editó en vida como glosa y defensa de su maestro Feijoo una *Aprobación a la Ilustración Apologética del Theatro Crítico Universal de Feijoo* (1729), un *Soneto al impugnador del Theatro Crítico* (1749), la *Demostración crítico-apologética del Theatro Crítico Universal* (recogida en dos tomos, 1732) y la *Dedicatoria* incluida en la *Flora Española*, de José Quer.

Esta paradójica circunstancia hipotéticamente encontraría su explicación, según Rodríguez Ennes, en dos motivos conexos que se concretan, respectivamente, en la imposibilidad que siente de manifestarse con la libertad deseada, y en su actitud vital de orgullo y aislamiento.

Ello vuelve a permitir nuevamente a Rodríguez Ennes establecer una contraposición entre Sarmiento y Feijoo: Sarmiento es por carácter un hombre independiente, de sensibilidad poco comunicativa, que adopta una actitud de aislamiento, y cuyo estilo resulta apasionado, directo e intimista, escribiendo tal y como habla; Feijoo es hombre de sensibilidad comunicativa, por lo que sus escritos tuvieron una mayor difusión que los de su discípulo. Su prosa, como escritor que frente a Sarmiento siempre se dirigió a un lector que iba a recibir su mensaje a través de la imprenta, es académica, galicista y cuidada.

Tras realizar la indicada introducción general, Rodríguez Ennes procede a analizar en los siguientes capítulos de su estudio el pensamiento del monje benedictino respecto a diversas materias y cuestiones, relativas al Derecho penal

(capítulo III), al Derecho de propiedad (capítulo IV), a la que titula como “galeguización de la Administración de justicia” (capítulo V), a los derechos de la mujer (capítulo VI) y a la polémica surgida entre el Derecho romano, el Derecho natural, y el Derecho nacional (capítulo VII).

Dentro del capítulo dedicado al Derecho penal, Rodríguez Ennes realiza en el primero de sus tres apartados una ilustrativa referencia a la situación en que se encontraba esta materia en el siglo en que vive Sarmiento.

Al respecto resalta Rodríguez Ennes una circunstancia general importante que en ocasiones se suele olvidar: esa situación en España no difería mucho, y, en cualquier caso, no era peor que la que se daba en otros países europeos, y más especialmente, en Inglaterra.

La existencia de una criminalidad desbordante, reflejo según Rodríguez Ennes del estado de descomposición en que en aquellos momentos se encontraba la sociedad española, se intentó paliar mediante diversas normas –Leyes, Pragmáticas o Decretos de diferentes monarcas, de varios de cuyos preceptos, que muestran una inhumanidad y severidad extrema, da cuenta en su obra Rodríguez Ennes– en las que se establecieron en algunos casos, con independencia de que el tipo de infracción fuese más o menos grave, penas desproporcionadas, rígidas y especialmente crueles, cuya ejecución, en diversos supuestos y ocasiones, iba acompañada, dependiendo del tipo de delito que se hubiese cometido, con formas agravadas.

El efecto que produjo tal normativa, que con bastante frecuencia resultaba burlada en la práctica, fue justamente el contrario al deseado: además de ineficaz, por no hacer frente directamente a las causas que producían la aludida criminalidad, también resultó contraproducente.

Todo ello provocó una amplia e intensa reacción crítica por parte de bastantes pensadores ilustrados europeos que, manifestándose contra la lamentable situación en que se encontraba el sistema punitivo en sus respectivos países, abogaron por la necesidad de reformar las leyes penales, contribuyendo a tal fin con sus escritos.

Precisamente a algunas de las opiniones que en cuanto a dicho sistema punitivo fueron formuladas, entre otros, por Voltaire, Rosseau, o el propio Marqués de Beccaría, también se refiere Rodríguez Ennes en su trabajo, destacando especialmente en relación al último la incidencia que su programa de reformas –el cual se iría imponiendo en diversas legislaciones europeas a través de los monarcas del Despotismo ilustrado– tuvo en España, y procediendo a rebatir la errónea creencia sostenida por algunos penalistas españoles y divulgadores de la obra de Sarmiento –al que Rodríguez Ennes califica como un polígrafo preocupado por servir a la monarquía antes que como penalista en el sentido actual del término–, que se concretaba en presentar a éste como un precursor del influyente autor italiano.

El apartado indicado se cierra con una alusión al resultado que las ideas reformistas formuladas en materia penal por los ilustrados españoles produjeron

desde un punto de vista práctico en nuestro país: las reformas punitivas más importantes que habían sido solicitadas solo conseguirían ser implantadas más tarde, en las Cortes gaditanas, puesto que los juristas e intelectuales tradicionalistas, recurriendo paradójicamente también a textos de autores extranjeros –fundamentalmente franceses–, en busca de argumentos favorables a sus tesis, consiguieron paralizarlas, sin que pudiesen sustanciarse materialmente en el momento en que se formularon.

En los dos apartados siguientes que completan el capítulo III, titulados respectivamente “Rechazo de la tortura y abolición de la pena de muerte” y “Sustitución de penas corporales por medidas de seguridad”, Rodríguez Ennes incide más pormenorizadamente en el análisis de algunas de las ideas y principios defendidos por los ilustrados respecto a cuestiones penales polémicas y controvertidas, que fueron objeto de relevantes debates, como la tortura y la pena de muerte.

Volviendo a reiterar nuevamente la dureza del cuadro punitivo establecido por las monarquías absolutas –que encontraría su justificación en la manera en que las mismas ejercían su poder (de tipo no preventivo, sino fundamentalmente intimidatorio) dentro de unas determinadas limitaciones (impuestas por los estatutos de la nobleza y el clero, que, a causa de sus privilegios personales, conservaron un alto grado de autonomía, dispusieron de foros particulares, y tuvieron un amplio margen para llevar a cabo actuaciones ilegales)–, Rodríguez Ennes pone de manifiesto la importancia desmedida que se atribuyó a la tortura penal –encaminada a hacer lo más eficaz posible la labor de los jueces, que gozaban de un amplio arbitrio en el ejercicio de su función, limitada, eso sí, por la existencia de discriminaciones en función del rango social– como medio de conocimiento de la existencia de culpabilidad, es decir, como instrumento coercitivo dirigido a obtener del reo, cuando existiesen indicios de culpabilidad –cuya determinación correspondía al juez, al que, con tal fin, se otorgaban amplias facultades–, la confesión de dicha culpabilidad que para alcanzar plena efectividad debería ser posteriormente ratificada.

En el ámbito de los escritores hispanos que se pronunciaron contra la tortura, Rodríguez Ennes se refiere a Feijoo, del que destaca como mérito la anticipación que realiza en su obra de 1734, titulada *Paradoja sobre la tortura*, a la polémica que se planteó entre los juristas españoles en relación a la aludida “cuestión de tormento”, empleando por primera vez argumentos utilitaristas para poner en duda su supuesta eficacia,

No obstante, a la afirmación precedente realizada respecto a Feijoo, añade Rodríguez Ennes un importante matiz, que una vez más permite establecer nuevas diferencias entre Sarmiento y su propio maestro en la cuestión que ahora nos ocupa.

Según Rodríguez Ennes, en cuanto a la utilización y aplicación del tormento dentro del proceso penal, el pensamiento de Feijoo dista de ser claro y tajante, como por ejemplo así lo demuestra la circunstancia de que no escriba una sola

palabra condenatoria en sentido humano-social –como vejatorio para la dignidad humana– contra el indicado tormento, que Feijoo únicamente encuentra absurdo porque resulta contraproducente para lograr el fin que con el mismo se persigue.

La protesta de Sarmiento sobre la aplicación de la tortura en el proceso, en opinión de Rodríguez Ennes, resultó sin embargo mucho más airada y atrevida que la formulada por su maestro y otros autores, y tuvo el acierto de ir mucho más allá que sus coetáneos, al realizar una crítica general en conjunto de todo el sistema procesal inquisitivo y penal de su época.

Partiendo de los que califica como principios nucleares del pensamiento de Sarmiento –los modos de conocer los hechos mediante tormento “son y serán siempre falsos, falaces y fallidos”; deben rechazarse los juramentos como elemento probatorio; debe prevalecer la prueba testifical (aun cuando la considere como poco fiable)–, Rodríguez Ennes insiste en la pretensión general del monje benedictino de luchar por la imprescindible reforma de las leyes penales, para lo que a tal efecto se limita a mostrar los principios generales, las faltas más importantes y los errores más funestos del ordenamiento penal vigente, rechazando especialmente como medio para indagar la veracidad de los hechos la intimidación, frente a la que contrapone la prevención, concretada en la represión de la avaricia y la ociosidad, y que considera realizable mediante un aparato legislativo útil, claro, sencillo y preciso.

Al igual que en el caso de la tortura, la pena de muerte también dio lugar a controvertidos debates y opiniones divididas.

Rodríguez Ennes, tras recoger diversas referencias al pensamiento formulado en esta cuestión por notables ilustrados nacionales y extranjeros, como Montesquieu, Rosseau, Goethe, Lardizábal o Feijoo –del que señala que se limitó a seguir la tesis de la utilitaria prevención general como finalidad de la pena, que fue sostenida por Montesquieu y Rosseau, mostrándose como un convencido defensor de la pena capital por entender preferente el derecho de la sociedad antes que el del reo–, destaca la originalidad de los planteamientos de Sarmiento dentro del iluminismo hispano.

A su juicio, de las opiniones vertidas por el monje benedictino en su *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos que trata de Historia Natural y de todo género de Erudición con motivo de un papel que parece se había publicado por los Abogados de La Coruña contra los Foros y Tierras que poseen en Galicia los Benedictinos*, se puede observar cómo él mismo –frente a la opinión manifestada por sus coetáneos y generalmente aceptada– se pronuncia solicitando la supresión de la pena capital porque, contrariamente a su amigo y maestro Feijoo, entendía, de una forma más radical, que la privación de la vida del reo era “bárbara, inútil y contraproducente”.

Por otra parte, según Rodríguez Ennes, Sarmiento también sobrepasa las ideas de Beccaría y Bentham, puesto que, respecto al primero –que consideraba necesaria la muerte de un ciudadano sólo por dos motivos–, el monje benedic-

tino solicita su abolición “en toda clase de delitos y crímenes” dado que, en su opinión, aceptar el principio legal de la pena de muerte supone aceptar la filosofía de la violencia y declarar su necesidad; frente a Bentham, Sarmiento –que realiza su argumentación con una antelación de medio siglo a la formulada por el autor inglés– no cree únicamente en la falta de capacidad intimidatoria de la pena de muerte como fundamento para solicitar su abolición, sino que, además y sobre todo, añade otro motivo, en el que insiste de forma especial: la posibilidad de obtener provecho de los mismos condenados. Estos criterios utilitaristas –“el hombre muerto no sirve para nada y los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ella”– también fueron empleados por otros autores coetáneos franceses, como por ejemplo Voltaire, y se encontrarían en la base de una nueva concepción de la pena, que se pretendía fuese cierta y proporcionada en relación al delito, así como que cumplierse dos finalidades: impedir que el reo cometiese nuevos delitos (incapacitándolo para volver a causar daños y enmendándolo por el trabajo), y evitar que los demás componentes de la sociedad intentasen imitar su inconveniente conducta en el futuro.

Todas estas ideas abolicionistas presentes en el pensamiento de Fray Martín Sarmiento –algunas de las cuales encontrarían posibles apoyos en otras que fueron defendidas por autores predecesores o coetáneos foráneos, lo que, como señala Rodríguez Ennes, en ningún caso restaría mérito alguno al polígrafo benedictino, que desde su condición de religioso se preocuparía por encuadrar dichas ideas novedosas dentro de la doctrina católica o, por lo menos, de no ir en su contra– y de otros ilustrados, serían tomadas en consideración cuando el Antiguo Régimen y la monarquía borbónica del XVIII –cuya política legislativa penal continuó siendo según Rodríguez Ennes anticuada, basada en un sistema de penas rígido y sin proporcionalidad entre éstas y los delitos, como también ocurrió en otros países de nuestro entorno, pero siendo en España menos cruel– fue sustituida por el sucesivo Estado constitucional.

En el cuarto capítulo de su obra –que junto con el anterior son los que mayor extensión ocupan en el trabajo de investigación–, Rodríguez Ennes procede a examinar diversos aspectos del pensamiento del Padre Sarmiento en materia de propiedad.

La exposición se inicia con un primer apartado en el que el autor ofrece una clarificadora visión sintética y de conjunto sobre la situación en que se encontraba la propiedad de la tierra y los problemas que en torno a la agricultura y la población se plantearon sustancialmente respecto a Galicia durante el XVIII.

Entre las características más resaltables, destaca Rodríguez Ennes, la existencia en Galicia de una agricultura pobre –ya desde la Edad media y todavía en el XIX– y una población creciente –de la cual, aproximadamente, un noventa por ciento vivía del sector agrario–; a ello se añadía el monopolio de la tierra por parte de la Iglesia –apreciable a través de la pujanza territorial del monacato desde sus inicios en el siglo X hasta los siglos XVII y XVIII, en que se consumaría la ominipresencia del estamento eclesiástico– y la nobleza más elevada.

Dichas tierras, pertenecientes al estamento eclesiástico y nobiliario –que en virtud del anacrónico marco institucional establecido se encontraban sustraídas al mercado, por no ser de libre disposición para sus propietarios, y cuya vinculación y situación en régimen de “manos muertas” facilitaron un considerable aumento de su precio–, venían siendo cultivadas en régimen de arrendamiento o aforamiento por una masa de pequeños productores sin objetivos comerciales, ocupando el sistema foral dentro del conjunto, como indica Rodríguez Ennes, un lugar especialmente importante, puesto que dos terceras partes del total de tierras lo serían de aprovechamiento directo, afectando a las mejores e incidiendo sobre las cultivadas en más de las tres cuartas partes de las mismas.

Todas estas circunstancias, unidas entre otras al incremento numérico que se produjo en la población –que dio lugar a una mayor demanda de productos alimenticios, a la que por lo general respondieron los propietarios, antes que con la introducción de nuevas técnicas de cultivos, con la extensión de los ya existentes– provocaron, en gran medida y en muchos casos, el éxodo rural gallego ante la disyuntiva de optar por la muerte, a consecuencia del hambre, o la emigración, en éste caso voluntaria y, en principio, temporal, ya fuese peninsular o ultramarina, especialmente a América del Sur, que se convirtió en un fenómeno social y económico definitorio de la vida gallega durante el siglo XIX y buena parte del XX.

Tanto a la emigración como a las demás cuestiones indicadas, se refiere lúcidamente Sarmiento en su ya citada *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos* que, como señala en su estudio Rodríguez Ennes, el monje benedictino presenta como testimonio crítico de un observador sobre la agricultura –tema éste que, como es sabido, ofrece un especial y común interés para los ilustrados– y otros factores conexos a la misma, entre los que destaca el relativo a la población.

En dicha obra, escrita fundamentalmente para defender los derechos dominicales de su orden monástica sobre las tierras aforadas, Sarmiento confiesa su intención de “apuntar cálculos para abrir los ojos a los que pudieren y quisieren promover la agricultura y la población”.

Partiendo de esta premisa, el monje benedictino efectúa una crítica a los diversos modos de vinculación de la tierra existentes en su momento, proponiendo una serie de medidas y recomendaciones al respecto, con la finalidad de poder resolver los problemas y atrasos que en su opinión aquellos venían provocando para la población y la agricultura.

A las precisiones que Sarmiento realiza sobre la Mesta, los Foros y los Mayorazgos, también se refiere Rodríguez Ennes en uno de los apartados del capítulo que ahora nos ocupa.

Respecto a la Mesta –poderoso grupo de presión, integrado como asociación por propietarios de rebaños de ovejas, protegidos mediante leyes que ampararon la prohibición de cavar baldíos y montes, sustrayendo ingentes cantidades de tierra de cultivo en beneficio de la ganadería, y que reconocieron a su favor entre sus privilegios un derecho de posesión que le permitió, todavía a finales

del siglo XVIII, emplear a perpetuidad y con una renta fija cualquier tierra que hubiese utilizado como paso en alguna ocasión-, Sarmiento consideraba expresamente que era responsable de la “enorme desigualdad que se tolera en la jerarquía de los que habitan en España, puesto que hace que prevalezcan unos pocos infinitos sobre unos mejores infinitos muchos”, calificando además su existencia como “peor que los efectos de la peste del siglo XIV, pues la peste duró algunos años, pero la desidia pasa de cuatrocientos años que dura”, “impidiendo que cada uno cierre su hacienda contra todo el Derecho Natural, Romano y del País”.

De la sensatez de sus recomendaciones intervencionistas, que fueron recogidas por su coetáneo Campomanes, también se hace eco Rodríguez Ennes, transcribiendo acertadamente algunos pasajes de la obra de Sarmiento en los que el monje benedictino defiende y justifica los cierres racionales de tierras como modo de progreso de la población y la agricultura, y propone un particular modelo de colonización y explotación agropecuaria.

Respecto a las tierras aforadas y los correspondientes contratos forales, Rodríguez Ennes subraya el interés de Sarmiento por defender a través de sus escritos los derechos dominicales de la Orden monástica a la que pertenece, siempre desde su particular condición de miembro del estamento al que se adscribe, privilegiado y dominante en la sociedad gallega –el clero-, a partir de la que articula sus planteamientos ilustrados.

Las duras críticas de Sarmiento en la señalada materia, como explica Rodríguez Ennes, se dirigen directamente contra los intermediarios o señores medianeros –identificables con miembros de las antiguas familias hidalgas, funcionarios de la administración real, administradores de la nobleza laica, etc., que, a consecuencia de la dilatada vigencia de los foros, irían acaparando tierras para, a su vez, mediante la práctica del subforo, volver a aforarlas y alzarse con el derecho a la percepción de las rentas jurisdiccionales, superando ampliamente de esta forma sus ingresos a los del propietario inicial (llegando incluso en algunos casos hasta el mil por cien, o dos mil por ciento)-, proponiendo desde una concepción utópica de la historia y de una sociedad ideal –que concreta en el retorno a una situación feudal mitificada- “libertar a los labradores de las tiranías y vejaciones que les hacen los que no tienen dominio directo alguno”, así como recuperar la más antigua y pura estructura del sistema foral medieval, asentada en el binomio simple dominio directo (señores)-dominio útil (campesinos).

Por lo que se refiere a los Mayorazgos –mediante los que, como es sabido, se establecía un sistema tanto de sucesión preferente, cuidando la troncalidad de la estirpe, como de transmisión hereditaria de tipo vincular, dirigido a procurar evitar la dispersión del capital simbólico (apellidos, armas, títulos y casa vinculada a su origen) y los dominios señoriales acumulados, asegurando de esta forma la autonomía y engrandecimiento de un linaje nobiliario-, Rodríguez Ennes matiza con precisión las duras críticas que el monje benedictino –cuyo pensamiento en esta cuestión transcribe- formula a la mencionada institución

desde planteamientos ilustrados –aplicando la contraposición utilidad *versus* ociosidad– en atención al necesario progreso y adecuado desarrollo de la población y la agricultura.

En este sentido, Rodríguez Ennes comparte la opinión sustentada por otros estudiosos de Sarmiento, entendiéndolo que el monje benedictino no propugna la eliminación general de todos los Mayorazgos, sino únicamente de aquellos que juzga indebidamente aceptados en los estamentos privilegiados.

Desde su particular concepción de la sociedad –en la que priman la alta aristocracia y el pueblo llano frente a los grupos sociales intermedios– y su pertenencia al estamento privilegiado al que pertenece –clero regular, en este caso benedictino, con importantes y extensas propiedades territoriales–, Sarmiento admite los Mayorazgos de la “Iglesia y el de los Reyes, que son antiquísimos. Y en cuanto a los de nueva invención, los de grandes”, es decir, los de la alta nobleza, por considerar que los señores del dominio directo –ya fuesen laicos o eclesiásticos– nunca podrían ser tan ociosos o nocivos para el progreso como los hidalgos medianeros.

Rodríguez Ennes concluye el IV capítulo de su obra con sendos apartados relativos, respectivamente, a la reforma tributaria y a la defensa de la propiedad intelectual, temas éstos sobre los que también tuvo Sarmiento oportunidad de pronunciarse.

Respecto al problema tributario –cuya resolución básica no se llevaría a cabo en España hasta la Reforma de la Hacienda realizada en 1845, siendo Ministro Alejandro Mon–, Sarmiento, según Rodríguez Ennes, atribuye la gravosidad de los impuestos –causa de la despoblación y desaliento de los labradores (considerada como la clase más numerosa entre la población de España), en opinión de muchos contemporáneos ilustrados del monje benedictino– a su modo de exacción, en la que, según sus propias palabras, intervenían como abusivos recaudadores “infinitos intermedios, sacaliñas, sacamantas, sacatrapos y sacabocados que quieren ser reyes”, en referencia a los empleados de la Real Hacienda.

Por ello, Sarmiento –que se sitúa en la línea de la corriente doctrinal de los ilustrados que consideran el tipo impositivo único como el más perfecto y eficaz para resolver el atraso de la población y la decadencia de la agricultura española– propone un sistema impositivo más simple, progresivo y único, que evitase gravar a los pueblos con las ganancias de los recaudadores, reduciendo a una sola contribución la gran cantidad de figuras impositivas nuevas o heredadas de la época anterior, que coexistían en el Antiguo Régimen y que se multiplicaban para hacer frente a las necesidades de un Estado hegemónico sometido a cuantiosos dispendios.

En este sentido, Sarmiento, por ejemplo, no se pronuncia en contra del catastro –que se presentaba como la novedad tributaria más importante del siglo XVIII, y mediante el que se implantó una contribución directa única, fundada en la estadística de propiedades y de rentas de capital y trabajo–, sino contra las que consideraba como imperfecciones del proceso catastral, realizando al

respecto toda una serie de propuestas de reforma, entre las que resaltan las relativas al método de encuestas.

Por otra parte, el monje benedictino, según Rodríguez Ennes, también propuso –y este fue uno de los objetivos perseguidos por el Marqués de la Ensenada al emprender su frustrada Reforma, que finalmente quedó reducida a mero Proyecto– transferir a la propiedad agraria la cualidad impositiva, que, por ser la fiscalización real ante todo urbana e indirecta, recaía gravando las transacciones de productos, en especial los comestibles.

En materia de propiedad intelectual Rodríguez Ennes señala que las ideas de Sarmiento se proyectaron en la Real Orden, de 20 de octubre, de 1764, mediante la que por primera vez se trató de reglamentar cuestiones relativas a la propiedad de las obras literarias y las relaciones económicas establecidas entre autores, libreros e impresores en el ámbito del denominado “comercio literario”.

Además de plantear en su manuscrito titulado *Reflexiones literarias para una Biblioteca Real y para otras bibliotecas públicas hechas (...) en el mes de diciembre del año 1743* la creación como proyecto cultural e institucional de un gran centro de sabiduría en el que se encontrasen presentes todas las Academias y Ciencias de investigación, integrando a numerosos intelectuales, Sarmiento, según Rodríguez Ennes, hizo importantes consideraciones sobre la condición, estado y problemas de supervivencia de la profesión literaria.

Así, respecto a los modernamente calificados como “derechos de autor”, el monje benedictino manifiesta que los principales beneficiarios del negocio del libro debían ser los autores y no los impresores. Por otra parte, con argumentos similares a los que posteriormente serían utilizados diecisiete años después en Francia por Diderot –en su obra titulada *Sur la liberté de presse*–, Sarmiento, con apoyo en el Derecho natural, consideró la escritura como un producto del trabajo, identificando el denominado “privilegio” –concepto éste desde cuya consideración, entendido como gracia que los poderes concedían al intelectual, se legisló el derecho de autor en Francia, Inglaterra y España– con un derecho incuestionable, semejante al que cualquier persona tenía respecto a sus bienes.

También en esta misma línea de defensa del escritor frente a los posibles abusos del librero-impresor, Rodríguez Ennes refiere la distinción que efectúa Sarmiento entre los beneficios que mediante tasa debía obtener un impresor y los que debía de recibir un autor, según imprimiese la obra el propio autor “a su trabajo, coste y riesgo”, o lo reimprimiese “sólo a coste y riesgo” algún librero; tasas que deberían de ser necesariamente diferentes según el monje benedictino, por considerar en cada caso las inversiones y esfuerzos de uno y otro como distintos.

El carácter de los temas tratados en los dos siguientes capítulos de su obra –V y VI, respectivamente– dedicados a las ideas de Sarmiento en cuanto a la utilización de la lengua gallega en el ámbito de la Administración de justicia, y a la consideración y defensa de la condición femenina, presuntamente sirven para justificar la menor extensión, que no atención, que el Prof. Rodríguez

Ennes les dedica, frente a la que más ampliamente dispensa a los capítulos precedentes ya comentados.

Rodríguez Ennes sintetiza el pensamiento de Sarmiento en relación a la utilización de la lengua gallega transcribiendo algunos expresivos fragmentos de sus *Elementos Etymológicos*, en los que el monje benedictino, tras preguntarse por la “causa de que en Galicia se haya introducido el uso y abuso de escribir en castellano lo que antes se escribía en latín o en gallego”, responde que el castellano fue introducido por “los no gallegos que a los principios del s. XVI inundaron el reino de Galicia, no para cultivar sus tierras, sino para hacerse carne y sangre de las mejores y para cargar con los más pingües empleos así eclesiásticos como civiles”, añadiendo a continuación: “Esos han sido los que por no saber la lengua gallega ni por palabra, ni por escrito, han introducido la monstruosidad de escribir en castellano para los que no saben sino el gallego puro”. Una “monstruosidad” que Sarmiento critica en el caso de los empleos eclesiásticos, manifestando el absurdo que supone confiar el cuidado de las almas y la administración del Santo Sacramento de la Penitencia a curas que no son gallegos y que por no saber la lengua no pueden cumplir bien su religioso cometido.

Este es un razonamiento que en sentido similar también aplica Sarmiento a la conservación de los empleos judiciales por no gallegos, proponiendo al respecto, como transcribe Rodríguez Ennes, que “se les debe escoger los Magistrados, que sepan su lengua, leyes y costumbres”.

En cuanto a la condición y consideración de la mujer, Rodríguez Ennes destaca en su obra la circunstancia de que en nuestro país, ya en la primera mitad del siglo XVIII, Feijoo publicase una cumplida defensa de las mujeres –titulada como tal, y aparecida en el año 1726– en la que, comparando las virtudes y defectos, en cierto modo correlativos, de hombres y mujeres, refutaba el prejuicio de que éstas fuesen seres inferiores a los hombres, concluyendo –especialmente por lo que se refiere al entendimiento, a diferencia de sus predecesores, que lo habían hecho de manera limitada en relación a la virtud– frente al pensamiento generalizado de la época –asentado en la idea sostenida por importantes ilustrados, como Rosseau o Voltaire, de que el hombre era superior a la mujer en cuerpo y espíritu, y que, por tanto, las mujeres se encontrarían dotadas de una personalidad civil casi inexistente– que resultaba preciso conferirles una mayor dignidad y negar toda diferencia entre uno y otro sexo.

A las importantes aseveraciones de Feijoo, Rodríguez Ennes sobrepone las de Sarmiento, discípulo de aquél, del que indica que en la materia tratada fue mucho más allá, por afirmar en su *Demonstración Crítica-apologética del Theatro Crítico Universal*, que la diferencia entre hombres y mujeres no proviene de la naturaleza, sino de la educación, que es precisamente según Sarmiento la que nos discrimina: “si la educación se trocase serían los hombres afeminados y las mujeres varoniles, ejemplo los laches de Granada. Defecto de la educación es considerar inferiores a las mugeres”.

Tales afirmaciones, realizadas por Sarmiento en defensa de la condición femenina y dirigidas a devolver a las mujeres una mayor dignidad, según Rodríguez Ennes, fueron tomadas en consideración tanto por algunos de sus coetáneos ilustrados, así como formuladas por autores posteriores, como Mary Wollstonecraft o John Stuart Mill, que defendieron abiertamente la igualdad de derechos para ambos sexos.

El último de los capítulos con que, al margen del posterior y quizá excesivamente breve Epílogo, concluye su sugestiva obra Rodríguez Ennes, se encuentra dedicado a algunas consideraciones realizadas por Sarmiento en el marco de la interesante polémica suscitada en la época en cuanto a la posible función, valor y lugar que deberían ocupar en el nuevo sistema jurídico propuesto por los ilustrados, el Derecho romano, el Derecho Natural y el Derecho nacional.

En referencia a los posibles motivos que dieron lugar a los planteamientos antiromanísticos del momento, unidos a la defensa y promoción de los diversos Derechos nacionales –ideas éstas de las que al igual que muchos otros ilustrados también participó Sarmiento–, Rodríguez Ennes realiza su exposición recordándonos las circunstancias que caracterizan el contexto histórico-jurídico en el que aquellos planteamientos críticos se formularon desde diversas perspectivas.

Entre dichas circunstancias, Rodríguez Ennes destaca el desorden y la contradicción extremas existentes en materia de fuentes normativas, organizadas todavía a principios del siglo XVIII –aun a pesar de las diferencias notables entre diversas zonas y de las Compilaciones realizadas durante los dos siglos precedentes, que no lograron resolver la situación– siguiendo sustancialmente el modelo medieval, formado, como es sabido, por estratificaciones de material jurídico heterogéneo, que daban lugar a una perpetua incerteza en el derecho, y que causaban un grave malestar en la justicia. Todo ello, en aquellos momentos y desde las nuevas concepciones del Estado moderno, hacía patente la necesidad de reformas radicales y urgentes, tendentes a sustituir la acumulación de fuentes sedimentadas a lo largo del tiempo –que reflejaban el particularismo institucional de una sociedad basada en el carácter autónomo de los ordenamientos jurídicos y de la diferenciación estamental–, por una normativa unitaria, dictada por el poder soberano y que respondiese a criterios de racionalidad y justicia, según unos nuevos postulados en los que confluyeran racionalismo y voluntarismo, y en los que primaba la conciencia típicamente ilustrada de la primacía de la ley sobre la costumbre y la tradición.

En el contexto descrito las críticas también se dirigieron de forma especial a la función desempeñada por el Derecho romano, que monopolizaba hasta entonces la teoría y la práctica jurídica, solicitando sustituir la vieja “jurisprudencia” basada en aquél por un nuevo sistema construido sobre bases iusnaturalistas y nacionales, y discutiendo su preponderancia en el ámbito de la enseñanza jurídica, así como su verdadera utilidad para la formación del jurista, por considerar que al relegar los Derechos nacionales se impedía llevar a cabo

el proyecto de creación de Escuelas superiores, destinadas a la formación profesional de las nuevas clases dirigentes durante el denominado Siglo de las Luces.

Las críticas al Derecho romano, cuya hegemonía en los recintos especulativos de las Universidades así como en la práctica más usual de los Tribunales españoles, resultaba evidente todavía en el siglo XVIII –como cumplidamente se ha ocupado de demostrar el Prof. Rodríguez Ennes, entre otros, en sus trabajos titulados: *A loita entre a tradición e a innovación nas Facultades de Dereito do século XVIII* (publicado en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. III, nº 2, 1994, p. 47 y ss.), y *La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho romano en las Universidades españolas del siglo XVIII* (publicado en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*, XLIII, Bruxelles, 1996, p. 345 y ss)–, se centran en la que se calificaba como “imperfección” del sistema romanístico, especialmente en atención a las fuentes justinianeas, y más en concreto a la Compilación, que se consideraba por aquél entonces como un amasijo informe, oscuro, indescifrable, lagunoso y, en muchos aspectos, ambiguo o contradictorio, de normas frecuentemente injustas o irracionales, que daba lugar a antinomias y concepciones divergentes, frente a la imagen clara, racional, perfecta y completa de un sistema jurídico basado en principios de Derecho natural –al que, a partir del siglo XVIII y a consecuencia de la trascendental revolución espiritual que se opera, se le empezó a atribuir una importante función–, e integrado por leyes simples, claras y accesibles a los ciudadanos.

Entre las diversas críticas que Sarmiento formula al Derecho romano, Rodríguez Ennes refiere la relativa a dos aspectos concretos que afectan a la Ley de las XII Tablas, y que el monje benedictino plantea en sus *Elementos Etimológicos*: por una parte, la afirmación de la veracidad del envío por parte de los romanos de una embajada a Atenas con la finalidad de buscar leyes para su pueblo; y, por otra, la de la inviable contemporaneidad del latín empleado en el texto normativo de la mencionada Ley.

A rebatir y matizar, respectivamente, cada una de estas aseveraciones del Padre Sarmiento, también dedica su atención Rodríguez Ennes, y en este caso lo hace desde su autorizada condición de Catedrático especialista en Derecho romano.

Así, en cuanto a la primera de las afirmaciones, que califica como posibilidad inverosímil, Rodríguez Ennes indica que dicha afirmación probablemente fuese realizada por Sarmiento desde la gran admiración que el monje benedictino sentía por lo helénico, lo que le conduciría a infravalorar lo relativo a la cultura latina, frente a lo griego. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones apuntadas, Rodríguez Ennes precisa que posiblemente los fragmentos conservados de la Ley de las XII Tablas respondan al sentido de la propia Ley, y, en parte, también a su vocabulario, pero no tanto a la expresión fonética y gramatical primigenias, que se irían renovando según fuese evolucionando la len-

gua latina; en definitiva, según Rodríguez Ennes, la Ley pudo ser renovada para su reutilización en la creación de nuevas normas, o para su aplicación en los tribunales, tanto mediante añadidos como por modificaciones en la expresión, que fueron introducidas con posterioridad a la misma, y que aparecen junto con algunos trazos arcaicos que delatan la antigüedad de la primitiva redacción.

Al margen de las precisiones que Sarmiento realiza en torno a los dos aspectos señalados de la Ley de las XII Tablas, su crítica hacia el romanismo, como pone de manifiesto Rodríguez Ennes en su obra, también se dirige hacia los juristas españoles formados en el Colegio de Bolonia –cuya fundación condena–, a los que culpa de la multiseccular marginación de las leyes patrias, porque, según indica, proceden a comentar “leyes extrañas”, considerando al respecto en su *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos* que “pudieron haberlo excusado” y que “se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros municipales”, puesto que, en su opinión, “más tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial”.

Al mismo tiempo, como indica Rodríguez Ennes, Sarmiento también reivindica en su ya comentada *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos* el Fuero Juzgo como la fuente hispana por excelencia –“la fuente, origen y cabeza del Derecho español es el Fuero Juzgo”, dice–, aunque, a la vez, lamenta que su primigenia originalidad se pierda por una maraña de comentarios de origen romanista –“y si sobre él se hubiesen amontonado la décima parte de los comentarios sobre las Leyes Romanas, no estaríamos tan ignorantes en la Historia de España”, señala el monje benedictino–: “de las leyes españolas, aunque hay bastantes comentadores, nada de erudición española se saca de ellas; sino una pelmosa y fastidiosa traposición de autores lombardos, franceses y alemanes que no sabrán palabra de las cosas en España”.

Tomando en consideración estas últimas apreciaciones de Sarmiento, Rodríguez Ennes, por una parte, procede a rebatir la afirmación del monje benedictino, justificando plenamente el constante recurso a las opiniones de los comentaristas medievales en la circunstancia de que tanto el Fuero Juzgo como las Partidas son un verdadero monumento jurídico de Derecho romano vulgar y de Derecho común bajo medieval, respectivamente, por lo que su correcta interpretación únicamente se puede llevar a cabo desde el marco del Derecho común (canónico, romano y feudal); y, por otra, coincide con Sarmiento en la necesidad de denunciar los excesos interpretativos a los que, en su opinión, conduciría la excesiva producción comentarista, que juzga como motivo de que el antirromanismo se erigiese entre uno e los principios programáticos de la Ilustración.

Finalmente, respecto a la ya señalada necesidad manifestada por los ilustrados de disponer de un nuevo sistema jurídico perfecto, elaborado a partir de las coordenadas de la sencillez, claridad y accesibilidad –plenamente compartido por Sarmiento, según se deduce de los comentarios que este autor realiza

en su *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos*-, Rodríguez Ennes destaca que el monje benedictino, para conseguir dicho objetivo y frente a sus coetáneos más singulares, muestra una actitud mucho más conservadora que éstos, sugiriendo recurrir antes que a la técnica codificadora, a la compilatoria –el sistema normativo, escribe, debe ser una “colección de Leyes Patrias, que debe comenzar por el Fuero Juzgo y continuar hasta las Leyes de la Recopilación, novísima, que actualmente dicen se está formando en Madrid”– para remediar la confusión e incerteza normativa entonces existentes.

A través de su documentado e interesante estudio, del que hemos pretendido dar cuenta lo más ampliamente posible en estas páginas, el Prof. Rodríguez Ennes nos informa detalladamente y analiza con minuciosidad pormenorizada determinados aspectos del pensamiento expresado en torno a una serie de cuestiones jurídicas y sociales, planteadas en una de las épocas más críticas y contradictorias de la Historia europea –el siglo de la Razón y de las Luces–, por un personaje ilustrado y, en cierta medida, enigmático, importante en su momento, pero a la vez quizá injustamente olvidado o insuficientemente recordado en tiempos menos lejanos: el monje polígrafo benedictino gallego Fray Martín Sarmiento. Un personaje histórico que sin ser jurista, encontrándose disconforme con el método que empleaban los juristas de su época por considerarlo poco pragmático, paradójicamente, como ha demostrado Rodríguez Ennes, aportó algunas ideas interesantes en base a las cuales podría ser calificado en síntesis como un adelantado de su siglo.

Las mencionadas circunstancias del contexto cultural, político, social, económico y jurídico de la época histórica en que se desarrolla el pensamiento de Sarmiento, así como su peculiar carácter y personalidad, que se traslucen a través de su dispersa, diseminada y, en algunos casos, poco o insuficientemente desconocida obra, ponen de manifiesto la dificultad y el consiguiente interés del ilustrativo estudio de investigación realizado por el Prof. Rodríguez Ennes, cuya lectura resulta por todo lo hasta aquí expresado particularmente instructiva y especialmente recomendable.

Con la presente obra Rodríguez Ennes nos vuelve a demostrar, felizmente y una vez más, que a su capacidad de trabajo y superación intelectual difícilmente se pueden poner limitaciones, haciendo bueno el dicho de Séneca: *nihil est quod non expugnet pertinax opera et intenta ac diligens cura*.

**Ramón P. Rodríguez Montero**

*Universidade da Coruña*



## *Repensando o autogoberno. Estudos sobre a reforma do Estatuto de Galicia*

Xosé Antón Sarmiento Méndez (coord.),  
José Ignacio Marquina Sánchez, José Julio  
Fernández Rodríguez, Vicente A. Sanjurjo  
Rivo e Miryam Martínez García

Universidade de Vigo, 2005, 269 páxinas

Coincidindo coas datas nas que se cumpren 24 anos da norma institucional básica de Galicia, tivo lugar a aparición do libro *Repensando o autogoberno. Estudos sobre a reforma do Estatuto de Galicia*. É un volume no que cinco prestixiosos xuristas ourensáns abordan en varios capítulos a análise das razóns xurídicas polas que o texto estatutario debe ser reformado e posto ao día. En efecto, resulta pacificamente admitido na doutrina constitucional española, dende os estudos de Pedro de Vega, que os documentos políticos deben sufrir periodicamente necesarias adaptacións e actualizacións. O libro que me ocupa aborda o contido estatutario dende unha perspectiva preferentemente xurídico-formal, pois foxe do posicionamento nos debates políticos que sobre a reforma se están a suscitar, acentuando o tratamento daqueles aspectos que se presentan como claramente mellorables dende a perspectiva técnico-xurídica e do labor interpretativo que ten levado a cabo o Tribunal Constitucional.

Deste xeito, o tratado iníciase co estudo do profesor da facultade de dereito de Ourense, Xosé Antón Sarmiento Méndez, no que dá conta das decisións fundamentais contidas na parte dogmática (introdutoria) do noso Estatuto, propoñendo as necesarias modificacións na redacción para acadar unha maior centralidade do Parlamento no sistema político galego, así como as inapraza-

bles adaptacións do marco estatutario á realidade da Unión Europea. A partir da delimitación do concepto de autogoberno e da súa caracterización actual, o autor examina aspectos básicos na configuración da autonomía como a identidade de Galicia, os intereses galegos ou os problemas que atinxen á base territorial da comunidade galega.

O profesor Sarmiento fai unha pormenorizada posta ao día de aspectos dogmáticos do Estatuto que se teñen presentado como fundamento polémicos en certos momentos da historia recente. En primeiro lugar, a regulación xurídica do galego como idioma propio na que, recoñecendo os avances institucionais acaados, postula un afondamento decidido na actuación dos poderes públicos a prol do galego en execución do mandato estatutario. Por outra banda, dá conta dos aspectos simbólicos do poder galego con atención preferente a aqueles que afectan á galeguidade como vínculo que une os cidadáns con Galicia.

A proximidade profesional coa cámara lexislativa galega lévao a aconsellar cambios nas funcións tradicionais do Parlamento, certas garantías das minorías no procedemento lexislativo, a necesaria incorporación dos decretos-lei no ámbito autonómico e o reforzamento da función de control no lexislativo. Pero, sen dúbida, o lamento máis intenso que verte o autor aféctalles ás carencias que ata o día de hoxe vén manifestando o Parlamento de Galicia en relación coa acción exterior, propoñendo a superación da escasa diplomacia parlamentaria e o afianzamento dunha presenza formalizada da sede da democracia galega nos entes internacionais nos que se dirimen asuntos que afectan aos intereses de Galicia.

En relación co poder executivo, desglosa as figuras do presidente da Xunta de Galicia, cunha explicación do seu status persoal e das súas competencias, e da Xunta de Galicia como órgano de goberno. Nesta orde de cousas, propón a incorporación ao Estatuto de certas regulacións previstas na Lei da Xunta e do seu presidente, así como, por razóns de técnica normativa, unha mellor delimitación da potestade regulamentaria do goberno autonómico. Ao meu modo de ver, atopámonos ante un enfoque innovador que non foxe de dar solución a certas eivas institucionais que a práctica política galega vén poñendo de manifesto ao longo das últimas lexislaturas.

O rexistrador da propiedade do Barco de Valdeorras, José Ignacio Marquina, detense, pola súa banda, no estudo da regulación do poder xudicial en Galicia e das especialidades que o Estatuto contén en materia de instrumentos e rexistros públicos. Postula medidas de profundación autonómica na territorialización da xustiza e solucións concretas para unha mellor xestión da fe pública no eido autonómico. Marquina entende, nunha liña moi semellante á apuntada anteriormente, que as institucións xurídicas precisan para a súa perdurabilidade da adaptación ás novas realidades sociais. Por iso, recoñecendo os principios constitucionais que lle afectan á potestade xurisdiccional e asumindo que a regulación do actual Estatuto nos seus artigos 20 a 26 ten un carácter “feble” respecto da sólida disciplina estatal, demanda a valentía do lexislador estatal no sentido

de abrir máis as competencias da Comunidade autónoma, de xeito que esta se implique na acción do Estado.

O poder xudicial en Galicia estúdase partindo do tratamento da denominada “cláusula subrogatoria” e da posterior enunciación das competencias autonómicas na delimitación das demarcacións xudiciais. A figura concreta do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia recibe un comentario pormenorizado das súas competencias, así como das decisións constitucionais fundamentais que lle afectan.

Como non podía ser doutro xeito, o experto hipotecario detense polo miúdo no problema do denominado recurso gubernativo contra as cualificacións dos rexistradores da propiedade cando os documentos obxecto de cualificación negativa total ou parcial sexan relativos ao dereito civil de Galicia.

Por último, Marquina Sánchez comenta a sempre problemática participación da Administración autonómica no tocante á resolución dos concursos e oposicións para promover os postos de maxistrados, xuíces, secretarios xudiciais, fiscais e persoal ao servizo da Administración de Xustiza. Pronúnciase claramente a favor da esixencia do coñecemento do idioma galego e do dereito propio de Galicia para o cargo de presidente do Tribunal Superior de Xustiza, namentres que para os demais postos simplemente considera oportuno o seu baremo. Criterios semellantes postula para o titular da fiscalía do Tribunal Superior de Xustiza respecto do que, ademais, demanda unha maior relación na súa fase de designación co Parlamento de Galicia coa finalidade de achegarlle este órgano á sociedade galega.

En relación co status dos notarios e rexistradores da propiedade e mercantís, despois de glosar a xurisprudencia do Tribunal Constitucional, o rexistrador do Barco de Valdeorras expón as súas reservas verbo da utilización dos idiomas autonómicos nos asentos nos rexistros públicos. A coherente argumentación exposta non pode ignorar, ao meu xuízo, a tendencia imparable á equiparación dos efectos xurídicos dos negocios efectuados nas linguas cooficiais das distintas comunidades autónomas.

O tratamento das competencias autonómicas lévase a cabo por dous novos profesores de dereito constitucional, reputados estudosos, polo demais, do dereito comparado europeo e americano: José Julio Fernández Rodríguez e Vicente Sanjurjo Rivo. Ambos os autores analizan polo miúdo o marco constitucional e estatutario do repartimento competencial, con especial atención a aqueles sectores normativos onde a potestade autonómica aínda está por exercer.

Partindo do comentario dos principios de competencia e articulación entre ordenamentos, os autores detéñense no estudo do sistema de distribución competencial establecido na Constitución española de 1978. Esa introdución serve para situar na súa xusta medida a problemática contida nos artigos 27 e seguintes do Estatuto de autonomía para Galicia, distinguindo os efectos de análise entre competencias normativas e competencias executivas. En sintonía coas opinións manifestadas no seu día polo seu mestre Blanco Valdés, os autores defenden que os aires de cambio no Estatuto van depender, fundamentalmente, da

vontade política, se ben deixan constancia da lóxica institucional da reforma dende o punto de vista da ontoloxía xurídica.

As posibilidades de reforma ante as que se sitúan os autores son basicamente tres. En primeiro lugar, a simple reforma do Estatuto como oportunidade para introducir unha técnica alternativa na determinación das competencias estatutarias que evite a asistematicidade, indefinición e imprecisión da que adoece agora. O segundo escenario sitúase na reforma da Constitución e na reforma do Estatuto; neste caso, Fernández Rodríguez e Sanjurjo Rivo defenden o establecemento dunha única lista de competencias do Estado central e a atribución das demais ás comunidades autónomas. A terceira posibilidade é a reforma da Constitución para alterar o mapa autonómico que diseña. Os autores maniféstanse a favor de privilexiar o principio de cooperación e de simplificar o sistema de repartimento competencial. As conclusións ás que chegan son moi prudentes debido á complexidade da cuestión polo, nas súas palabras, “elevado risco de politización e instrumentación partidista”.

Finalmente, o brío intelectual da profesora Miryam Martínez García queda patente na súa hermenéutica do sistema de financiamento autonómico. Lonxe de aproximarse a este difícil tema dende tópicos tan de actualidade, a xurista ourensá vai desenvolvendo os condicionantes constitucionais e o nivel de execución autonómica das finanzas galegas, para concluír nas necesarias reformas normativas que se suscitaron como obxecto deste estudo.

A fina sensibilidade e agudeza xurídica da experta facendista ponse de manifesto coa súa exposición respecto das razóns históricas e metodolóxicas que xustifican a necesidade da reforma estatutaria nesta materia. Martínez García analiza os modelos anglosaxóns de carácter federal (canadense e norteamericano), así como os europeos que nos son máis próximos (alemán e italiano). Este sólido aparello conceptual sérvelle para internarse nos procelosos eidos do financiamento constituídos polo concerto e polo convenio económico. O estudo pormenorizado do sistema de fontes e da nosa mellor doutrina (profesor De la Hucha Celador) fanlle concluír a Miryam Martínez que o sistema de financiamento actual ten un evidente carácter mixto composto por un dobre mecanismo financeiro. Dunha banda, localízanse os recursos procedentes das transferencias do Estado e, doutra, os recursos do sistema financeiro e tributario propio e os recursos xestionados e recadados directamente polas comunidades autónomas.

A dobre condición de constitucionalista e de profunda coñecedora da praxe xurídico-financeira de Galicia sitúa a autora na privilexiada posición de propoñer, sobre a base da aceptación dos principios constitucionais do sistema financeiro autonómico, importantes cambios nos orzamentos da Comunidade autónoma de Galicia.

Como remate, Miryam Martínez ofrécenos, en concentradas perlas, aqueles preceptos estatutarios que deben ser modificados para posibilitar a mellora do texto normativo, facilitándolle ao lexislador fundamento o seu traballo. Este labor é merecente dun expreso recoñecemento polo seu rigor e utilidade.

En definitiva, atopámonos ante unha obra na que a Universidade de Vigo amosa, unha vez máis, a súa proximidade aos problemas e desexos da sociedade galega, da que é debedora, coa edición dun manual que está chamado a constituírse en obra de referencia para os analistas do Estatuto galego nos inicios do século XXI.

**Juan José Vázquez Gestal**

*Funcionario do Corpo Superior de  
Administración da Xunta de Galicia*



## *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*

Miguel Ángel Presno Linera (coord.)

Tirant Monografías, 2004

“Los movimientos migratorios transnacionales operan a modo de sanciones que obligan a Europa Occidental a estar a la altura de una responsabilidad que le viene impuesta por la bancarrota del socialismo de Estado. O bien emprende esfuerzos importantes para que las condiciones de vida en las regiones pobres de Europa Central y del Este mejoren enseguida, o bien se verá inundada por refugiados e inmigrantes. Los expertos discuten acerca de los límites de la capacidad de absorción de las propias economías. Pero la disponibilidad a integrar políticamente a los inmigrantes económicos depende también de cómo perciban las poblaciones autóctonas las consecuencias sociales y económicas de la inmigración. Y sólo éste va a ser aquí nuestro tema. Las reacciones de defensa del radicalismo de derechas contra la invasión de extranjeros han aumentado en toda Europa. Las capas sociales relativamente empobrecidas –bien sea porque es ahora (al producirse esa invasión) cuando se ven amenazadas por un descenso social, bien sea porque se hayan deslizado ya hacia la zona de los grupos marginales segmentados– se identifican de forma especialmente clara con la ideologizada prepotencia y superioridad del propio colectivo y rechazan todo lo extraño. Éste es el reverso de un chauvinismo del bienestar que se ve crecer por todas partes. Así, el “problema de los refugiados” vuelve a poner de nuevo sobre la mesa la tensión siempre latente entre ciudadanía e identidad nacional.

(Jürgen Habermas, *Ciudadanía e identidad nacional*, 1990)

○ profesor titular de dereito constitucional da Universidade de Oviedo fíxonos un gran favor, e un mellor obsequio, ao facer realidade este extraordinario número monográfico que é froito da súa dirección e coordinación do *Curso de verán sobre a estranxeiría e inmigración: aspectos xurídicos e socioeconómicos* da Universidade de Oviedo que se celebrou en Vegadeo (Asturias), do 22 ao 26 de xullo de 2002, e que versou sobre a situación xurídica e socioeconómica dos estranxeiros en España.

As migracións individuais, por grupos e, incluso, de pobos enteiros prodúcese nun mundo máis complexo onde os desequilibrios económicos e sociais fan que se poida falar dun terceiro mundo que mira o primeiro (a sociedade opulenta) como a terra prometida e no que espera atopar un remedio ás súas carencias e, incluso, á fame.

Eses inmigrantes que chegan fómolos nós noutro tempo. Ese inmigrante que chega á nosa casa puidémolo ser nós. Ante unha realidade ineludible, que pode ser dramática e ata trágica, a nosa técnica debe consistir en arrefriar este tema quente e distanciármolos intelectualmente para estudalo.

A historia das civilizacións é a historia das migracións humanas. O home é o ser vivo máis migrador do planeta. Nas súas orixes evolutivas axiña se estendeu por toda a Terra e nas súas fases posteriores, de estados e imperios arcaicos, coa dominación das plantas e animais e coa creación de sociedades xerarquizadas e militaristas, a conquista, dominación e consecuentes migracións crearon espazos cada vez máis multiétnicos, pluriculturais e mestizos. A conquista europea<sup>1</sup> e o posterior colonialismo, ligados ao desenvolvemento industrial e comercial, írían, cada vez, abrindo máis camiños entre os distintos pobos e culturas, incrementándose cos procesos de globalización e cos medios de comunicación, cunhas consecuencias como son o turismo masivo, as migracións internacionais e os 50 millóns de refuxiados a causa das guerras e da fame.

Agora, os antigos colonizados chegan á Europa rica e desenvolvida, e tamén a España, como man de obra barata na busca da “terra prometida” que mana leite e mel, aínda que logo se atopen con punzantes cardos de incompreensión e racismo.

Emmanuel Todd sostén que os británicos e os franceses estenderon e pluralizaron moito as súas identidades coa inmigración procedente dos habitantes das súas colonias. Incluso individuos que proceden de relixións distintas, integraron as súas vidas en actividades produtivas, culturais e de convivencia. Na bolsa de Londres compran e venden xudeus, musulmáns e cristiáns. Todo isto, a pesar de que a historia de Europa viviu grandes períodos de enfrontamentos culturais por motivos de relixión: xudeus e musulmáns expulsados de España, musulmáns rexeitados polo Imperio Austro-Húngaro, o Imperio Otomano desmantelando os Balcáns en 1878 polo Congreso de Berlín, xudeus perseguidos en Alemaña, etc.

---

<sup>1</sup> A condición de estranxeiro vén sendo considerada, xa desde a Constitución francesa de 1795, como un obstáculo para o goce dos dereitos de participación política. Esta exclusión tratouse de xustificar no menoscabo que podería sufrir a soberanía dun estado como consecuencia da intervención na toma de decisións políticas dos nacionais doutro estado.

Na actualidade, non se conseguiu superar esta prevención e, excepto algúns casos illados, como moito, a abstracción da condición de estranxeiro para o goce do sufraxio só se admitiu nas eleccións locais, precisamente, por entender que, neste caso, non se adopta unha decisión política que teña que ver co exercicio das funcións soberanas, reservadas aos nacionais. A nacionalidade é, pois, o “status” que condiciona a participación no exercicio da soberanía.

As guerras de relixión xa quedaron atrás na historia de Europa Occidental, pero non faltan autores como Huntington ou Fukuyama que lles conceden grande importancia ás diferenzas de civilización como causantes dos futuros conflitos.

A inmigración na Unión Europea estase convertendo nun asunto de especial interese e preocupación polo seu incremento incesante, polos incidentes ocasionais, os xermolos de xenofobia e racismo<sup>2</sup>, a preocupación polos postos de traballo, o descenso da poboación autóctona, a escaseza da poboación de relevo e, especialmente, a integración das diferentes culturas e relixións, así como a convivencia entre elas. Algúns cren que son demasiados os que veñen e xa non fan falta máis. Sexan moitos ou poucos, a inmigración é unha realidade innegable declarada, xa, como un dereito fundamental desde o século XVI.

A ninguén se lle debería escapar a importancia que ten para o futuro dos países que forman a Unión Europea<sup>3</sup> que se definan acertadamente a política e a lexislación nun asunto tan transcendente como é o da inmigración<sup>4</sup>.

Agora sabemos que a inmigración vai seguir sendo, nas próximas décadas, un dos temas clave no desenvolvemento das sociedades europeas. Sabemos que haberá, porque se necesitarán, fluxos de inmigración maiores dos que houbo ata o momento. Sabemos que o futuro das sociedades europeas xa non é outro que

---

<sup>2</sup> En España os feitos racistas e xenófobos non comezaron en El Ejido; teñen unha longa traxectoria. Se a reducimos á última década, temos en 1992 o crime racista de Aravaca da inmigrante dominicana, pobre e negra, Lucrecia Pérez Martos, asasinatos de marroquís, malleiras a africanos, queimas de casas e mezquitas no verán de 1999 en Catalunya, etc...

<sup>3</sup> Parafraseando a C. Marx e F. Engels, quizais puidera afirmarse que unha nova pantasma estremece á Europa do século XXI: a pantasma da inmigración. Tanto é así que a Unión Europea colocou este problema entre os temas máis relevantes do seu debate político e social.

<sup>4</sup> Xunto as fontes do dereito comunitario, non pode obviarse a importante incidencia do Convenio de Schengen. Neste sentido, a preocupación esencial por garantir a libre circulación de persoas no ámbito das, entón denominadas, comunidades europeas, levou a concluír o Acordo Schengen de 1985 que se complementou polo Convenio, do 19 de xuño de 1990, de aplicación do Acordo de Schengen de 1985 (en adiante, Convenio de Aplicación Schengen), do que forman parte todos os países da Unión Europea, excepto o Reino Unido e Irlanda.

Ademais, co Tratado de Amsterdam procedeuse, tamén, a "comunitarizar", en parte, o Convenio de Aplicación Schengen a través do Protocolo nº 2, o que ten importantes consecuencias; a primeira, integrar o "acervo" comunitario sobre o que o TXCE poderá exercer a competencia que o TCE lle atribúa, no sentido previsto no artigo 2.1, par. 3 do Protocolo e a segunda, a necesidade de que sexa aceptado polos candidatos a formar parte da Unión Europea.

A finalidade esencial pola que xurdiu o Convenio de Aplicación Schengen foi a supresión das fronteiras interiores como parte do obxectivo comunitario do mercado interior. Desde o momento en que esta supresión afectaría a todas as persoas, con independencia da súa nacionalidade, xurdiu, inmediatamente, a necesidade de elaborar tamén unha normativa sobre o cruzamento das fronteiras exteriores do territorio comunitario. Agora ben, o feito de que este convenio resulte aplicable tanto aos comunitarios (e aos seus familiares) coma aos nacionais de terceiros estados non significa que os controis e condicionantes que se establecen sexan os mesmos en ambos os casos. Tanto en materia de cruzamento de fronteiras exteriores coma de circulación entre os estados membros, o Convenio encárgase de establecer unhas regras específicas para os "estranxeiros", entendendo por tales, no seu artigo 1, ás persoas que non sexan nacionais dun estado membro das comunidades europeas.

o de albergar a xentes de diversas orixes e conter unha diversidade cultural cada vez máis rica. Tamén sabemos que se este asunto se trata ben será un factor de desenvolvemento económico, social e cultural moi positivo, pero que se se trata mal dará lugar a maiores bolsas de exclusión social e a conflitos sociais cunha potencial gravidade da que xa temos, aquí, algúns desgraciados exemplos.

O fenómeno social das migracións en España<sup>5</sup> podemos consideralo como un feito relativamente recente. O Estado español pasou en poucos anos de xerar un importante fluxo migratorio cara a outros estados de Europa a ser receptor de correntes migratorias de procedencia diversa, aínda que, maioritariamente, concentradas na área do Magreb e de América Latina. O Estado español converteuse na fronteira sur da inmigración que chega á Unión Europea ao ser receptor dun dos máis importantes fluxos migratorios, a inmigración africana, que cunha orixe estrutural e non conxuntural acada as costas españolas, fundamentalmente, a través das cidades de Ceuta e Melilla e, actualmente, das illas Canarias.

Para formular axeitadamente o tema que nos ocupa debemos resolver unha serie de problemas teóricos que se nos presentan á hora de investigar o fenómeno da inmigración estranxeira en España.

O primeiro dos problemas cos que nos atopamos é o de definir que é un inmigrante ou quen é un inmigrante. Dado que a inmigración non é un simple desprazamento xeográfico (ou dito doutro xeito, xa que non todos os desprazamentos xeográficos son migratorios) faise patente a necesidade dalgún tipo de criterio sociolóxico para definir o feito migratorio. Non podemos pechar esta cuestión identificando os inmigrantes como estranxeiros residentes de forma máis ou menos estable en España, pois, non todos os inmigrantes son estranxeiros, xa que moitos deles acaban adquirindo a nacionalidade española tras anos de residencia, sen que por iso poidamos deixar de consideralos inmigrantes.

Por outra parte, e do mesmo xeito que non todos os inmigrantes son estranxeiros, adóitase crer que non todos os estranxeiros son inmigrantes, posto que o sentido común dita que “non se pode comparar a un xubilado inglés cun xornaleiro marroquí”. Resultaríanos moi tentador, aquí, recorrer ao criterio da nacionalidade como criterio clasificatorio ideal, por ser obxectivo e formalmente impecable.

Desde a perspectiva xurídica que aquí nos ocupa, a análise do fenómeno da inmigración esixe, á súa vez, algunhas precisións de conceptos. A inmigración, entendida na súa acepción máis xeral, isto é, como a acción de chegar os na-

---

<sup>5</sup> Historicamente, España foi máis un país de emigración ca de inmigración, tendencia que se foi invertindo gradualmente debido ao proceso de transición democrática e de integración na Unión Europea, isto é, na mesma medida en que se elevaba a calidade de vida na sociedade española, circunstancias estas que converteron o territorio español nun apetecible lugar de destino para miles de emigrantes do terceiro mundo. Así as cousas, a inversión da tendencia migratoria en España supón un auténtico reto para os gobernos españois a partir da segunda metade da década dos oitenta ata a data e todo apunta a que este desafío, lonxe de diminuír nun futuro inmediato, tenda a incrementarse.

turais dun determinado país ao territorio doutro coa vontade de establecerse neste último é, en esencia, unha situación fáctica e, en tal sentido, convértese en obxecto de estudo das disciplinas non xurídicas.

Formúlase, así, a necesidade de distinguir entre as categorías lóxicas do *ser* (o fenómeno real, os feitos,...) e o *deber ser* (a orde normativa, as normas xurídicas,...). Dito doutro xeito, imponse distinguir entre a dimensión fáctica e a dimensión xurídica, entre o mundo dos feitos e o mundo das normas, dimensións estas que baixo ningún concepto se deben confundir.

Así as cousas, o dereito non distingue as persoas físicas atendendo á súa condición de inmigrantes ou non, pois esta é unha distinción que lle pertence á dimensión fáctica; distíngueas atendendo ao grao de vinculación que teñan respecto dun determinado ordenamento xurídico e, en tal sentido, diferencia entre nacionais e estranxeiros. Desta maneira, pois, o que no mundo dos feitos se chama inmigrante na dimensión xurídica se define, conceptualmente, como estranxeiro.

Normalmente, o concepto xurídico de estranxeiro configúrase seguindo un criterio negativo, isto é, por contraposición ao de nacional, titular dunha determinada nacionalidade. Se se segue este criterio, que é o adoptado polo dereito positivo español, o lóxico é definir o concepto de nacionalidade, en primeiro lugar e, posteriormente, definir o concepto de estranxeiro.

Por nacionalidade entenderase, pois, o vínculo xurídico que se establece entre o estado-ordenamento e as persoas, en virtude do cumprimento de determinados criterios de adquisición do referido vínculo, entre os que destacan o *ius soli* (que a persoa sexa nacional do país onde naceu) e o *ius sanguinis* (que teña a nacionalidade dos seus proxenitores ou dun deles); criterios ambos os dous utilizados para a determinación da nacionalidade de orixe, en tanto que o criterio da residencia prevalece para os supostos de naturalización, isto é, cando o vínculo xurídico, en cuestión, se establece previa e expresa declaración de vontade da persoa que decidiu adquirir unha nacionalidade distinta da orixinaria.

Deste xeito, o recoñecemento polo estado-ordenamento da condición de nacional a unha persoa determina, á súa vez, o recoñecemento da titularidade de todos os que, especialmente, destacan os denominados dereitos políticos, isto é, aqueles que permiten a participación nos asuntos públicos, directamente ou por medio de representantes, así como o acceso aos cargos e ás funcións públicas.

O recoñecemento da calidade xurídica de nacional polo Estado permite que o ordenamento distinga entre as persoas que habitan o territorio estatal, que poidan gozar da totalidade dos dereitos recoñecidos pola Constitución e que, consecuentemente, estarán obrigados por deberes especiais, de quen estarán excluídos dunha parte deses dereitos e obrigas, precisamente, por non ter esa condición xurídica distintiva (estranxeiros), sen que iso obste, por outra parte, a que o poder do Estado se estenda sobre todas as persoas que estean dentro do seu territorio, sexan nacionais ou non.

Por último, precisar que estranxeiro é, pois, toda persoa que se atopa no territorio dun Estado ao que non lle une o vínculo xurídico da nacionalidade. E, en non pouca medida, isto reflícteo a mesma etimoloxía do vocábulo en cuestión: provén do francés antigo *estrangier*, derivado de *estrangle* 'estraño' que, á súa vez, provén do latín *extraneus*, co significado de 'exterior', 'alleo', 'estranxeiro' e derivado de *extra* 'fóra de'. Xuridicamente, o vocábulo *estranxeiro* refírese, pois, a todo suxeito alleo a un estado-ordenamento determinado tomado como referencia.

Esta monografía trata de analizar este fenómeno entre todos e desde todas as súas perspectivas, especialmente na súa dimensión humana, coas súas consecuencias sociolóxicas e o seu réxime xurídico. A presente monografía ten a súa orixe nos relatorios presentados (como xa apuntei ao principio desta recensión) no *Curso de verán sobre a estranxeiría e inmigración: aspectos xurídicos e socioeconómicos* da Universidade de Oviedo que se celebrou en Vegadeo (Asturias), do 22 ao 26 de xullo de 2002, e que versou sobre a situación xurídica e socioeconómica dos estranxeiros en España.

Os autores desta monografía realizan unha análise seria interdisciplinar arredor das cuestións que formula a estranxeiría e a inmigración: os aspectos xurídicos e os socioeconómicos. Os estudos agrúpanse en dúas partes, na primeira, analízanse a fondo os dereitos políticos dos estranxeiros, os conceptos de cidadanía e nacionalidade, as liberdades de circulación e residencia, o réxime de retorno e expulsión, as vías de regularización ante a falta de permisos e o traballo dos estranxeiros. Na segunda, estúdanse os procesos de globalización, as causas e consecuencias económicas das migracións internacionais e, en xeral, a súa incidencia nas transformacións sociais dos estados modernos, así como as actitudes e reaccións dos cidadáns e dos poderes públicos fronte a este complexo fenómeno.

Estamos, en resumo, ante un traballo importante e necesario que cobre un baleiro non cuberto ata agora, polo que o labor do autor case se pode cualificar de pioneiro. Non é fácil xulgar unha obra deste tipo nunhas curtas liñas, pero doume por satisfeito se se contribúe á súa maior difusión.

Para rematar xa esta recensión, só me resta felicitar o coordinador da obra<sup>6</sup> pola súa brillante exposición e análise e animar os lectores que, de seguro, atoparán nesta obra un interesante traballo sobre unha materia de tanta actualidade.

**Xosé Antón Barreiro Pereira**

*Avogado*

---

<sup>6</sup> Por suposto, a miña felicitación esténdese aos demais autores desta monografía: Dr. Benito Aláez Corral, Dra. Pilar Jiménez Blanco, Dr. Ignacio Villaverde Menéndez, Antonio-Filiu Franco Pérez, Ana Luisa Rega Rodríguez, Roger Campione, Dr. José Alba Alonso, Fernando Menéndez Menéndez e Ignacio Iglesias Aguado.

## *La reforma administrativa desde el ciudadano*

**Manuel Arenilla Sáez**

INAP, Madrid, 2003

O interese no estudo académico dos procesos de reforma e modernización administrativa manifestou, nos últimos anos, un claro declinar no noso país, coincidente coa perda de apoio político das tentativas de reforma administrativa iniciadas nos 90 con moita forza, e logo abandonadas, e co esvaecemento de moitas das ideoloxías de moda (reenxeñaría, calidade total e *benchmarking*) que as impulsaron. De feito, o libro do profesor Arenilla é un dos poucos libros de calidade que teñen saído nos últimos anos tratando este tema, indo máis alá da simple retórica tecnocrática, común á maioría dos tratados e libros brancos que enchen, cheos de po, os andeis das bibliotecas dos departamentos de xestión pública das facultades e dependencias administrativas. Aínda que, para ser xustos, a primeira parte do libro, que recolle a ficha técnica do proceso de modernización administrativa da Comunidade autónoma de La Rioja, non escapa a esta retórica tecnocrática, se ben o profesor Arenilla reconece no prólogo que esta primeira parte foi feita en relación cunha consultora e non é da directa autoría do noso autor. E abofé que se nota ben que el tivo pouco que ver na redacción final do texto, pois o resto do libro é unha interesantísima reflexión sobre a problemática da modernización administrativa, elaborada desde un punto de vista humanista (dedícaselle un capítulo ás razóns e aos sentimentos que reñen a reforma administrativa como eu non tivera visto nunca antes nun libro destas características) que recolle moitas das mellores tradicións e debates da ciencia política, da que o autor é catedrático na Universidade Rey Juan Carlos.

O gran mérito do libro é que foxe nas súas exposicións de formulacións economicistas e eficientistas e descansa, pola contra, nunha filosofía da reforma administrativa baseada na participación e nos dereitos da cidadanía. Esta tradición, dominante hoxe nos medios académicos, bebe, por unha parte, da tradición da democracia participativa da cal Dahl é un dos seus máis coñecidos expoñentes e, pola outra, da tradición da administración participativa e democrática, tal e como se expresa no chamado *manifiesto de Blacksburg* ou na obra de Robert Golembiewski. Esta tradición, á que o noso autor segue implicitamente, aínda que con matices, busca enriquecer a democracia favorecendo a participación dos cidadáns na formulación das políticas que lles afectan e incluso a participación na súa xestión. Deste xeito, tratarían de deseñar e introducir institucións que lles permitan participar aos cidadáns na xestión pública e na definición da calidade de prestación de servizos. As reformas englobadas baixo o título "Gestión de la calidad total", que tanto éxito tiveron nos últimos anos, son a concreción práctica máis coñecida desta filosofía administrativa. O autor, de feito, diseña ao final do libro unhas propostas que el denomina "escenario de modernización de la administración pública de nivel dos", que abundan nestes principios e que declaradamente van máis alá das reformas centradas na, por outra parte, imposible empresarialización da Administración pública. O premio que promete, tras as reformas, é unha profundación da democracia e unha maior efectividade social das políticas. Reclama, tamén, unha maior responsabilización e profesionalización dos xestores públicos e unha maior avaliación das súas tarefas, na liña do proposto polo Ministerio de Administracións Públicas, que pretende establecer unha axencia avaliadora da calidade das políticas públicas.

O libro é unha moi boa defensa desta filosofía, pero o caso é que esa filosofía é moi discutible. Hai outra escola, iso si, menos coñecida e influente, representada principalmente por Mises no seu libro *Burocracia*, que reclama reformas na administración pero noutra dirección; tendencia coa que eu coincido máis. Nesta escola non se pretende a eficiencia administrativa, basicamente porque tal concepto non se pode aplicar ao funcionamento dunha institución pública (eficiencia para que e para quen?), senón a volta a unha administración garantista e burocrática dentro dun goberno estritamente limitado a unhas funcións básicas e con responsabilidades ben delimitadas. O problema principal que ten a participación democrática non é o da profesionalización da participación, que dominarían sindicatos, partidos e asociacións ben organizadas, nin as dificultades de funcionamento dunhas organizacións sometidas a todo tipo de controis e trabas participativas, senón a disolución da responsabilidade. Velaí a principal contradición do libro. Nun lugar onde as decisións se toman pola vía da participación democrática non se lle pode imputar a responsabilidade a un xestor que meramente pon en práctica o que deciden os cidadáns, e estes, por definición, son irresponsables á hora de emitir a súa decisión. Quen asume, entón, as cargas e como se podería distinguir ao bo do mal xestor? A participación democrática non é, polo demais, máis democrática ca a xestión burocrática

conforme a legalidade, pois esquécese as diferentes capacidades dos cidadáns de cara a tal participación. Aqueles dotados con boas aptitudes para a comunicación ou aqueles que vaian ás reunións participativas apoiados por unha organización e cunha postura común terán máis vantaxes ca aqueles cidadáns que sexan tímidos, apoucados, que non saiban falar ben e que, ademais, participen en solitario. Todos sabemos o fácil que é manipular unha asemblea sindical ou estudantil e todos sabemos que, en moitos casos, son moito menos democráticas ca unhas institucións que garantan o imperio da lei e que estean imposibilitadas para abusar do seu poder.

Dito isto hai que felicitar o profesor Arenilla polo seu espléndido libro, que agardamos teña continuación, pola apertura dun debate necesario na nosa sociedade sobre cal debe ser o noso modelo de administración pública e, sobre todo, por fuxir, coa súa chamada, do sentimento da habitual retórica que nos adoitan endelgar a maioría dos tratados sobre administración pública.

**Miguel Anxo Bastos Boubeta**

*Profesor titular de ciencia política e da administración  
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, co seu listado e lenda ou pé en folia 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 colocarase 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 folia 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:

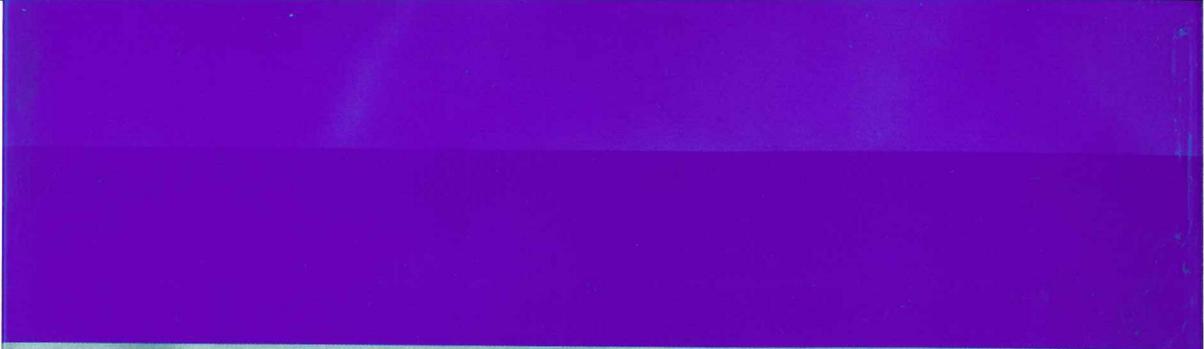
### **Revista Galega de Administración Pública**

#### **EGAP**

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4  
15707 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.







**XUNTA DE GALICIA**  
CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA,  
ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS E  
XUSTIZA



**ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA**