

## Algunhas reflexións sobre a garantía de subministración e o carbón nacional

Algunas reflexiones sobre la garantía de suministro y el carbón nacional

Some reflections on security of supply and indigenous coal



ABEL ESTOA PÉREZ

Doutor en Dereito. Asesoría Xurídica da CNMC (Madrid, España)\*  
aestoa@gmail.com

Recibido: 21/04/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** De acordo co mecanismo de resolución de restricións por garantía de subministración, a xeración con carbón nacional levaba aparellada unha obriga de compra de carbón a produtores nacionais. Isto último supuxo unha axuda ao sector mineiro español autorizada en sede comunitaria. A axuda considerouse, cunha análise mellorable, un efecto da compensación das obrigas de servizo público impostas aos xeradores con carbón nacional, por razóns de seguridade da subministración. Non obstante, a subministración non estaba en verdadeiro risco durante o tempo no que funcionou o mecanismo anterior. Iso, unido ao drástico recorte ao sector renovable levado a cabo nesas datas, fai dubidar da oportunidade de satisfacer o custo dese mecanismo con cargo ao sistema eléctrico. Tamén ofrece dúbidas a conveniencia de restaurar, con cargo a dito sistema eléctrico, un mecanismo semellante no futuro.

**Palabras clave:** electricidade, seguridade da subministración, axudas de Estado, carbón, enerxías renovables.

**Resumen:** De acuerdo con el mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro, la generación con carbón nacional llevaba aparejada una obligación de compra de carbón a productores nacionales. Esto último supuso una ayuda al sector minero español autorizada en sede comunitaria. A ayuda se consideró, con un análisis mejorable, un efecto de la compensación de las obligaciones de servicio público impuestas a los generadores con carbón nacional, por razones de seguridad del suministro. Sin embargo, el suministro no estaba en verdadero riesgo durante el tiempo en que funcionó el mecanismo anterior. Ello, unido al drástico recorte al sector renovable llevado a cabo en esas fechas, hace dudar de la oportunidad de haber satisfecho el coste de ese mecanismo con cargo al sistema eléctrico. También ofrece dudas la conveniencia de restaurar, con cargo a dicho sistema eléctrico, un mecanismo similar en el futuro.

**Palabras clave:** electricidad, seguridad del suministro, ayudas de Estado, carbón, energías renovables.

**Abstract:** According to the preferential dispatch mechanism, generation with indigenous coal implied the obligation to purchase said national coal. The latter implied an aid granted to the Spanish coal sector, which was authorized by

\* A opinión do autor é estritamente persoal.

the EU institutions. Said aid was considered, without a real exam, an effect of the compensation of public service obligations imposed to generators for security of supply reasons. Nevertheless, the supply was not in real danger during the functioning of the above mentioned mechanism. That, and the drastic cuts to renewable industry on those dates, offers doubts on the opportunity of having charged against the electricity system the costs of said mechanism. It also offers doubts the convenience of restoring a similar mechanism in the future, charged against said electricity system.

**Key words:** electricity, security of supply, State aid, coal, renewable energies.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 A garantía de subministración como concepto xurídico indeterminado. 3 A resolución de restricións por garantía de subministración. 4 Compatibilidade das axudas ao carbón nacional. 4.1 Resolución de restricións e axuda de Estado. 4.2 Concepto e regulación dos SIEX. 4.3 A decisión da Comisión. 4.4 A sentenza do Tribunal Xeral. 5. A relegación das enerxías renovables e a oportunidade de restablecer un mecanismo deste tipo. 6 Reflexións finais. 7 Bibliografía.

## 1 Introducción

Este traballo reflexiona sobre as implicacións do carbón nacional na garantía de subministración e sobre o fomento do seu uso para a xeración de enerxía eléctrica entre 2011 e 2014.

A garantía ou seguridade da subministración, en forma de seguridade do abastecemento, conforma, xunto coa eficiencia en prezo e a sustentabilidade ambiental, o triplo obxectivo da política enerxética da Unión Europea (UE), como resulta do artigo 194 do Tratado de Funcionamento da UE (TFUE)<sup>1</sup>.

A regulación española tamén pretende lograr ese triplo obxectivo desde o inicio da liberalización<sup>2</sup>, aínda que ultimamente o seu condicionante esencial é a sustentabilidade económica, en vista do gravísimo déficit tarifario e das implicacións da crise económica. Así o asegura o preámbulo da vixente Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico, na cal se dan por bos os niveis de seguridade da subministración, liberalización e protección ambiental, e se xustifica a necesidade de reforma no déficit estrutural acumulado durante a última década.

Este traballo céntrase na seguridade da subministración, con atención á influencia na dita seguridade da xeración a través do carbón nacional e a predilección por tal fonte de enerxía fronte ás de carácter renovable.

O uso do carbón nacional co fin de garantir a subministración veuse realizando ao abeiro do Real decreto 134/2010, do 12 de febreiro<sup>3</sup>.

O dito real decreto, ditado en desenvolvemento da Lei 54/1997, estableceu o chamado procedemento de resolución de restricións por garantía de subministración, que se aplicou desde 2011 ata o final de 2014 (disposición transitoria única). A través deste procedemento

---

1 O artigo citado expresa tales obxectivos deste modo: «a) garantir o funcionamento do mercado da enerxía, b) garantir a seguridade do abastecemento enerxético na Unión, e c) fomentar a eficiencia enerxética e o aforro enerxético, así como o desenvolvemento de enerxías novas e renovables». A eles únese o fomento das interconexións, que complementa os dous primeiros. Ese triplo propósito foi expresado pola Comisión Europea en innumerables ocasións (*vid.*, por exemplo, “Enerxía sustentable, segura e alcanzable para os europeos”, 2013).

2 O preámbulo da anterior Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico, sinalaba: «Esta lei fai compatible unha política enerxética baseada na progresiva liberalización do mercado coa consecución doutros obxectivos que tamén lle son propios, como a mellora da eficiencia enerxética, a redución do consumo e a protección do medio ambiente».

3 O preámbulo da anterior Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico, sinalaba: «Esta lei fai compatible unha política enerxética baseada na progresiva liberalización do mercado coa consecución doutros obxectivos que tamén lle son propios, como a mellora da eficiencia enerxética, a redución do consumo e a protección do medio ambiente».

concedíasele preferencia a certo volume de xeración de enerxía eléctrica a partir de carbón nacional sobre outros xeitos de xeración térmica.

A legalidade do procedemento de resolución de restricións por garantía de subministración foi confirmada en sede xudicial tanto polo Tribunal Supremo español como polo Tribunal Xeral da UE (TXUE), neste último caso desde a perspectiva das axudas de Estado, aspecto ao que lle imos prestar especial atención neste traballo.

En esencia, o TXUE considerou que o sistema de resolución de restricións por garantía de subministración prevista no Real decreto 134/2010 constituía unha obriga de servizo público imposta ás empresas de xeración a partir de carbón nacional, e, en tal medida, era unha axuda compatible co dereito da UE. O Tribunal Supremo español confirmou, así mesmo, a medida en clave interna.

Ambos os dous tribunais, europeo e español, coincidiron ao sinalar que a circunstancia de que o sector do carbón nacional, é dicir, a actividade extractiva, fose un potencial beneficiario dese procedemento non alteraba a legalidade das medidas adoptadas.

A opción polo carbón autóctono en detrimento doutras fontes de enerxía que contribúen á seguridade da subministración, como as enerxías renovables, constituíu unha decisión de política enerxética que, malia que axustada á legalidade, suscitaba dúbidas en canto á súa oportunidade. En vista diso, cabe cuestionar a conveniencia de restaurar un novo mecanismo deste tipo no futuro. De todo iso ocúpense os apartados seguintes.

## 2 A garantía de subministración como concepto xurídico indeterminado

O Real decreto 134/2010 refírese, como se dixo, á “garantía de subministración”. Iso suscita a cuestión terminolóxica consistente en determinar o alcance de tal “garantía”.

A garantía (ou seguridade) da subministración constitúe un concepto xurídico indeterminado<sup>4</sup>. As liñas que seguen a continuación realizan unha primeira aproximación a tal concepto, delimitando tanto o seu contido negativo (a qué non se estende) como o positivo (qué inclúe).

A Lei 54/1997, do 27 de novembro, supuxo un cambio de paradigma ao abandonar a noción de servizo público e substituíla pola “garantía de subministración” a todos os consumidores que o demandasen. En consonancia con iso, a redacción orixinal do artigo 10 (“Garantía de subministración”) da dita lei contiña tanto un “dereito á subministración” a tarifa regulada (apartado 1) como unha “garantía de abastecemento”

4 Tal indeterminación está implícita en moitos traballos doutrinais. Así, YUNTA HUETE, R., “El aprovisionamiento de energía”, *Energía y Regulación en Iberoamérica, Vol. I*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 131, refírese á imprecisión e, mesmo, subxectividade, do relativo á seguridade da subministración. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, L. e GARCÍA-VERDUGO SALES, J., “Las políticas de seguridad de abastecimiento energético: Dimensiones, cuantificación y aplicación al caso español”, *Papeles de economía española*, «El sector energético español», n.º 134, 2012, p. 231, sinalan que chegar a unha definición única de seguridade de abastecemento é unha tarefa complicada debido ao carácter multidimensional do concepto, xa que comprende aspectos técnicos, económicos, sociais, ambientais e xeopolíticos. Así, por exemplo, a relación entre seguridade da subministración e protección do consumidor foi estudada por RANCI, P., “Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea”, *El sector energético ante un nuevo escenario*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 93 e ss.

dos consumidores (apartados 2 e 3), neste último caso ao permitirlle ao Goberno, en certos casos, a adopción de medidas tales como limitacións temporais do mercado ou a asignación de abastecementos de enerxías primarias aos produtores.

A Lei 17/2007, do 4 de xullo, cun propósito liberalizador, modificou a Lei 54/1997 para reservar o dereito á subministración aos consumidores de último recurso (a prezo regulado). En cambio, os consumidores a mercado libre disporían do mero dereito de acceder ás redes (pero non de recibir enerxía eléctrica a través das ditas redes).

Aínda que a vixente Lei 24/2013 mantén os prezos regulados a través da subministración de referencia (artigo 17.1), o seu artigo 7, equivalente ao 10 da Lei 54/1997 anterior, xa non menciona o “dereito á subministración”, talvez sinalando o camiño cara á definitiva desaparición dos prezos fixados administrativamente.

Deste xeito, o concepto de garantía de subministración parece estar a perder o seu compoñente de dereito á subministración dos consumidores (no que parece o paso previo á definitiva liberalización do mercado ratallista) para limitarse a unha garantía de abastecemento dos consumidores conectados ás redes<sup>5</sup>.

Sucede que esa garantía de abastecemento depende de numerosos factores. Sen ánimo de ser exhaustivos, cabe mencionar os seguintes:

- A planificación eléctrica, a cal debe atender ás previsións de demanda<sup>6</sup>.
- As medidas que adopte o Goberno en caso de risco para a subministración, incluída a intervención de empresas eléctricas<sup>7</sup>.
- Os intercambios intracomunitarios e internacionais de electricidade, especialmente a curto prazo, co fin de manter a seguridade de subministración<sup>8</sup>.
- Os mecanismos de capacidade que permitan dotar o sistema dunha marxe de cobertura axeitada<sup>9</sup>.

---

5 A Comisión Europea refírese tamén á seguridade da subministración enerxética en termos de seguridade de abastecemento, de modo que se garanta a continua dispoñibilidade de fontes de enerxía a un prezo razoable (Documento de traballo da Comisión Europea (2014): “In-depth study of European Energy Security”, SWD (2014) 330 final/3, p.3).

6 A planificación debe ter en conta a evolución da demanda eléctrica e os recursos necesarios para satisfacela, así como a estimación da capacidade que debe ser instalada e a conformidade das instalacións de transporte e distribución coas ditas previsións de demanda (artigo 4.3.a da Lei 24/2013). En sentido similar, o artigo 4.1.b da anterior Lei 54/1997 exixía unha estimación da potencia mínima que debía ser instalada para cubrir a demanda prevista baixo criterios de seguridade da subministración, entre outros.

7 As medidas contéñense no citado artigo 7 da vixente lei (coincidente co artigo 10 da Lei 54/1997). A intervención de empresas eléctricas por estar en risco a seguridade da subministración figuraba tamén na disposición adicional primeira da Lei 54/1997.

8 Artigos 11.4 e 13.4 da Lei 24/2013 e da Lei 54/1997, respectivamente. A integración de sistemas eléctricos por razóns de garantía de subministración é un dos retos que formula a tendencia, inevitable, á xeración con menores emisións. Ao respecto, pode consultarse o documento da Axencia Internacional da Enerxía, “Secure and Efficient Electricity Supply During the Transition to Low Carbon Power Systems”, 2013.

9 Artigos 13.3.c e 14.5.d da Lei 24/2013 e 16.1.c da Lei 54/1997, que regulaba os chamados pagamentos por capacidade, aos que nos imos referir máis adiante, na medida en que foron a principal fonte de financiamento do mecanismo aquí analizado.

- Certas obrigas, incluídas as de seguridade das instalacións, que lles afectan aos produtores<sup>10</sup>; ao operador do sistema<sup>11</sup>; aos transportistas e aos distribuidores<sup>12</sup>; e mesmo aos consumidores<sup>13</sup>.
- A certificación polo regulador enerxético do xestor da rede de transporte para o caso de que pase a ser controlado por persoas de países terceiros, a cal se denegará se se pon en perigo a seguridade da subministración nacional e da UE (artigo 32 da Lei 24/2013).
- A xeración mediante fontes de enerxía primaria autóctonas, en certa proporción, de xeito compatible co mercado de produción (artigo 25 tanto da Lei 24/2013 como da 54/1997).

Deste último suposto, obxecto de desenvolvemento mediante o procedemento de resolución de restricións por garantía de subministración, empezamos a ocuparnos desde o apartado que segue a continuación.

### 3 A resolución de restricións por garantía de subministración

Como se acaba de indicar, o Real decreto 134/2010 ditouse en desenvolvemento do artigo 25 da Lei 54/1997 (“Excepcións ao sistema de ofertas”), que á súa vez traspuxo previsións de dereito europeo. Da dita base xurídica e dos aspectos esenciais do proceso para a resolución de restricións por garantía de subministración ocupámonos a continuación<sup>14</sup>.

O artigo 11.4 da Directiva 2003/54/CE sinalaba que, por motivos de seguridade da subministración, os Estados membros podían dispor a preferencia para a entrada en funcionamento de instalacións xeradoras a partir de fontes de combustión de enerxía primaria autóctonas, nunha proporción non superior ao 15 % anual da cantidade total de enerxía primaria necesaria para producir a electricidade consumida no Estado membro<sup>15</sup>.

Á súa vez, o artigo 3.2 da mesma directiva permitíalles aos Estados impor obrigas de servizo público ás empresas eléctricas. Tales obrigas estarían referidas, entre outras cuestións, á

- 
- 10 Os produtores renovables teñen prioridade para o acceso e conexión, así como para a vertedura de enerxía eléctrica ás redes (artigo 26.2 da Lei 24/2013). A seguridade das instalacións de produción e o réxime sancionador aplicable figuraban nos artigos 21.2.a, 30.1.a, 60.a.16 e 60.a.19 da Lei 54/1997. O antigo réxime especial (artigos 27 e ss. da Lei 54/1997) recibía incentivos a través dos custos de diversificación e seguridade de abastecemento (artigos 16.6 e 17.1). Como contrapunto, por razóns de seguridade das redes, podían establecerse límites á súa conexión (artigo 28.3 da Lei 54/1997, que se manteñen no artigo 33.7 da vixente), así como limitacións de vertedura (30.2.b da Lei 54/1997).
- 11 A principal función do operador do sistema é a garantía da continuidade e seguridade de subministración. Ademais, o dito operador debe coordinar os plans de mantemento das instalacións de transporte, co fin de garantir a seguridade do sistema, impartir instrucións para a correcta explotación do sistema de produción e transporte, de acordo con criterios de seguridade, así como xestionar os servizos de axuste (artigos 30 e 34 da anterior e da vixente lei, respectivamente). A iso hai que unir o informe en autorizacións de peche de instalacións de xeración no que consignarán posibles afeccións do peche á seguridade da subministración (artigo 53.5 da Lei 24/2013).
- 12 *Vid.* artigos 44.3.a da Lei 24/2013 e artigos 36.2.a e 51 da Lei 54/1997.
- 13 A través da suspensión temporal da subministración prevista nos artigos 52 e 50, respectivamente, das leis 24/2013 e 54/1997. A iso cabería engadir os mecanismos de interrompibilidade, relacionados coa seguridade do sistema eléctrico no seu conxunto.
- 14 Acudiremos aos textos vixentes no momento de aprobación do Real decreto 134/2010: a Directiva 2003/54/CE e o artigo 25, así como a disposición adicional vixésima da Lei 54/1997, na redacción dada polo Real decreto lei 7/2006, do 23 de xuño, polo que se adoptan medidas urxentes no sector enerxético.
- 15 Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de xuño de 2003, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade e pola que se derroga a Directiva 96/92/CE. Na actualidade está vixente a Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de xullo de 2009, sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade e pola que se derroga a Directiva 2003/54/CE.

seguridade da subministración. Ademais, debían ser claras, transparentes, non discriminatorias e controlables.

En transposición do anterior, o artigo 25 da Lei 54/1997 autorizou o Goberno para establecer procedementos, compatibles coa libre competencia no mercado de produción, que permitisen o funcionamento de unidades que utilicen fontes de combustión de enerxía primaria autóctonas «ata un límite do 15 % da cantidade total de enerxía primaria necesaria para producir a electricidade demandada polo mercado nacional, considerada en períodos anuais, adoptando as medidas necesarias dirixidas a evitar a alteración do prezo de mercado».

Tales previsións foron complementadas polo apartado 2 da disposición adicional vixésima da Lei 54/1997, pola que se autorizou o Goberno, de conformidade cos artigos 3 e 11 da Directiva 2003/54/CE, para aprobar un sistema de primas para a entrada preferente en funcionamento das instalacións xeradoras que utilicen fontes de enerxía primaria autóctonas. As primas terían un límite máximo de 10 euros por MWh producido. A mesma disposición, no seu inciso final, aclarou que o custo das primas se incluíría na tarifa.

En desenvolvemento do anterior, aprobouse o Real decreto 134/2010, que regulou o procedemento para a resolución de restricións por garantía de subministración, o que supuxo, á súa vez, a modificación do Real decreto 2019/1997, do 26 de decembro, polo que se organiza e regula o mercado de produción de enerxía eléctrica, co fin de incluír o citado proceso de resolución de restricións como unha das fases do mercado de produción.

O dito mercado estrutúrase, a teor do Real decreto 2019/1997, en esencia, nun mercado diario, un mercado intradiario e en servizos de axuste (restricións técnicas e, ata fin de 2014, por garantía de subministración). En síntese,

- No “mercado diario” ten lugar a casación de ofertas de compra e venda de enerxía para cada hora do día seguinte e determínase o prezo marxinal que reciben as centrais casadas. O programa diario base de funcionamento (PDBF) inclúe tanto as enerxías casadas no mercado diario como as que sexan obxecto de contratación bilateral.
- A partir do PDBF, o operador do sistema determinaba as “restricións” por garantía de subministración e, despois, as restricións técnicas (incidencias na rede ou no sistema que requirían a modificación dos programas)<sup>16</sup>.
- O “intradario” é un mercado de axustes posterior ao diario e á resolución de restricións. A programación horaria final é o resultado da agregación de todas as transaccións firmes formalizadas para cada período de programación como consecuencia do programa diario viable e da casación do mercado intradiario.

O Real decreto 2019/1997, en redacción polo Real decreto 134/2010, define as restricións por garantía de subministración (aínda que, repetimos, xa non son de aplicación), como a

---

16 Como sinalou a Comisión Nacional de Enerxía (CNE), anterior regulador enerxético, no seu informe ao proxecto do máis tarde aprobado como Real decreto 134/2010, ambos os dous tipos de restricións, técnicas e por garantía de subministración, teñen unha natureza ben distinta. As primeiras débense a que os resultados do mercado non son compatibles co funcionamento técnico do sistema. En cambio, as segundas coñécense de antemán: “Informe 29/2009 da CNE sobre a proposta de Real decreto polo que se crea o procedemento de resolución de restricións por garantía de subministración”, 16 de novembro de 2009, p. 5, dispoñible en [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne136\\_09.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne136_09.pdf) (21 de abril de 2015).

producción que se determine necesaria daquelas unidades térmicas de producción que utilicen fontes de enerxía autóctonas para asegurar a garantía da subministración, nos termos do citado artigo 25 da Lei 54/1997 (artigo 12.1.2º).

Aínda que excede o obxecto deste traballo a análise pormenorizada do procedemento para a resolución de restricións por garantía de subministración, a continuación, na medida en que facilitará a lectura dos apartados posteriores, distinguiremos tres aspectos esenciais:

**- Obriga de producir para determinadas centrais e compensación económica por tal obriga:** O anexo II do Real decreto 134/2010 establece as centrais que utilizan carbón autóctono que estaban obrigadas a participar no proceso. Por resolución da Secretaría de Estado de Enerxía fixéronse anualmente para cada central os prezos de retribución da enerxía e o volume máximo de producción para cada ano que podía ser programado no proceso de resolución de restricións por garantía de subministración.

**- Preferencia para a produción de centrais que utilizan carbón autóctono:** A resolución de restricións por garantía de subministración supuña a modificación dos programas resultantes da casación (sinalado PDBF) para incluír a xeración térmica a partir de carbón autóctono. A incorporación desa enerxía podía exixir a redución do programa doutras centrais térmicas, para o cal se empezaba polas máis contaminantes (en termos do real decreto, seguindo unha orde de mérito descendente dos niveis de emisión de CO<sub>2</sub> das outras instalacións). No primeiro deseño da medida, as centrais desprazadas recibían unha compensación pola redución dos seus programas (anexo III do real decreto). A dita compensación suprimiuse por indicación da Comisión durante a negociación da medida, o que supuxo a supresión do citado anexo III.

**- Obriga de compra de carbón autóctono:** As centrais obrigadas a producir debían adquirir as cantidades anuais de carbón autóctono que se fixasen para cada ano por resolución da Secretaría de Estado de Enerxía<sup>17</sup>.

## 4 Compatibilidade das axudas ao carbón nacional

O mecanismo de resolución de restricións por garantía de subministración notificado por España foi obxecto dunha decisión positiva da Comisión Europea, que declarou a compatibilidade das axudas que a medida contiña. Tal autorización concedeuse tras o compromiso de España de efectuar certas modificacións negociadas coa Comisión Europea<sup>18</sup>. A modificación tivo lugar mediante o Real decreto 1221/2010, do 1 de outubro<sup>19</sup>.

17 Así, por exemplo, as obrigas de compra de enerxía e a retribución das centrais obrigadas a producir foron determinadas, para 2014, pola Resolución do 30 de decembro de 2013, da Secretaría de Estado de Enerxía, pola que se fixan as cantidades de carbón, o volume máximo de produción e os prezos de retribución da enerxía, para o ano 2014, a aplicar no proceso de resolución de restricións por garantía de subministración.

18 Referímonos á Decisión n.º N 178/2010, Compensación de servizo público asociada a un mecanismo de entrada en funcionamento preferente para as centrais de carbón autóctono, 29 de setembro de 2010 [C(2010)4499 final].

19 Real decreto 1221/2010, do 1 de outubro, polo que se modifica o Real decreto 134/2010, do 12 de febreiro, polo que se establece o procedemento de resolución de restricións por garantía de subministración e se modifica o Real decreto 2019/1997, do 26 de decembro, polo que se organiza e regula o mercado de produción de enerxía eléctrica. En esencia, este último real decreto é o que suprime a compensación ás centrais desprazadas para dar cabida á xeración a partir de carbón autóctono, cuestión á que xa fixemos referencia. O cambio tivo lugar, como indica o preámbulo do dito real decreto, no proceso de prenotificación da medida.

A medida autorizouse como obriga de servizo público imposta a empresas encargadas da prestación dun servizo de interese xeral (SIEX), compatible co mercado, a teor dos artigos 106 e 107 do TFUE. Aínda que a decisión autorizatoria se cuestionou ante o TXUE, co argumento de que implicaba o outorgamento dunha axuda de Estado incompatible co mercado único, o tribunal confirmou a decisión de autorización.

A continuación examinamos a decisión da Comisión e a sentenza do tribunal, aínda que ese exame virá precedido de senllos apartados sobre a consideración da medida como axuda de Estado e sobre o réxime xurídico dos SIEX.

## 4.1 Resolución de restricións e axuda de Estado

O artigo 107.1 TFUE contén tanto unha regra xeral de prohibición de axudas de Estado como as catro características da axuda estatal: que os fondos procedan do Estado; que lles outorgue vantaxe ás empresas; que beneficie só algunhas empresas; e que lles afecte á competencia e aos intercambios comerciais entre Estados.

A axuda estatal leva implícito o uso de fondos estatais, o cal, conforme a reiterada xurisprudencia, permite incluír no concepto de axuda as vantaxes concedidas polo Estado directa ou indirectamente, sempre que sexan imputables ao Estado<sup>20</sup>. Son estatais aqueles fondos que non procedan directamente do orzamento do Estado, ao se teren concedido mediante entidades ou organismos públicos ou privados distintos do Estado e designados ou instituídos por este<sup>21</sup>.

A Comisión razoou (acertadamente) que o financiamento deste mecanismo debía considerarse estatal (apartados 115 a 119). Dun lado, era unha decisión imputable ao Estado. Doutro, os fondos eran xestionados por Rede Eléctrica de España, entidade designada polo Estado que non podía dispor libremente deles. Os fondos procedían, principalmente, dos pagamentos por capacidade<sup>22</sup>. Ademais, os saldos da bolsa de pagamentos por capacidade consideráronse ingresos ou custos liquidables, a incluír no sistema de liquidación das actividades reguladas, o cal xestionaba a CNE, para estes efectos, en situación similar á de Rede Eléctrica (entidade designada polo Estado sen poder de disposición sobre os fondos suxeitos a liquidación)<sup>23</sup>.

---

20 STXUE do 19 de decembro de 2013, Vent de Colère e outros (C-262/12), apartado 16. A sentenza declarou a existencia de axuda de Estado no mecanismo consistente na compensación íntegra do sobrecurso imposto ás empresas en virtude dunha obriga de compra de electricidade de orixe eólica, a prezo superior ao de mercado, cuxo financiamento recae en todos os consumidores do territorio nacional. *Id.* IDOT, L., "Notion d'aide et recours à des ressources d'État", *Europe*, n.º 2, 2014.

21 Por exemplo, a Decisión SA.35177 (2014/NN), do 11 de xuño de 2014, sobre a promoción de electricidade procedente de fontes renovables na República Checa, cualificou de fondos estatais os empregados para un mecanismo de prima á xeración renovable cuxos fondos procedían, nunha parte, do orzamento do Estado e, noutra, dunha recarga especial imposta aos usuarios de servizos de transporte e distribución de enerxía eléctrica. STXUE do 19 de decembro de 2013, as. Vent de Colère e outros (C-262/12), apartado 20.

22 Os ditos pagamentos (ou mecanismos de capacidade, en terminoloxía da Lei 24/2013) destinábanse a certos produtores pola mera dispoñibilidade de capacidades de xeración. A decisión alude á súa base xurídica en tales datas: o citado artigo 16 da Lei 54/1997; o anexo III á Orde ITC/2794/2007, do 27 de setembro; a disposición adicional sétima da Orde ITC/3860/2007, do 28 de decembro; e a Orde ITC/3801/2008, do 26 de decembro. Na actualidade, e ata que se aprobe un novo mecanismo, a regulación de tales pagamentos contense na Orde ITC/3127/2011, do 17 de novembro.

23 O anexo I, apartado quinto, 2 do Real decreto 134/2010 (en redacción dada polo Real decreto 1221/2010) sinala: «O saldo dos dereitos de cobramento establecidos nos apartados terceiro e cuarto e das obrigas de pagamento do apartado cuarto será sufragado con cargo ao saldo resultante da diferenza entre os ingresos resultantes do financiamento dos pagamentos por capacidade e os custos correspondentes á súa retribución antes da súa liquidación á Comisión Nacional de Enerxía. O saldo restante terá a consideración de ingreso ou custo liquidable do sistema...».



A axuda estatal concede unha vantaxe que a beneficiaria non tería obtido en condicións normais de mercado<sup>24</sup>. Este foi un punto clave da decisión, pois o mecanismo de resolución de restricións concedialles vantaxe non só ás centrais de xeración a partir de carbón nacional, senón tamén, indirectamente, aos provedores da dita materia prima (apartados 113 e 121 da decisión). Lembremos que, ao describir a axuda, mencionamos tres aspectos consubstanciais a esta: i) a obriga de producir para certas centrais; ii) a asignación de preferencia para elas; e iii) a adquisición de carbón autóctono. Este último aspecto é o que nos levou a titular este apartado IV como axudas “ao carbón nacional” (incluíndo, claro, os provedores de carbón). Dito doutro xeito: a xeración a partir de carbón nacional e a compra deste carbón son dúas caras dunha mesma moeda. Volveremos sobre isto.

A forma da axuda é irrelevante (pode outorgarse “baixo calquera forma”). A axuda estatal inclúe tanto a transferencia de fondos estatais como a renuncia do Estado a fondos que lle corresponden<sup>25</sup>. En particular, os pagamentos compensatorios pola xestión de SIEX financiados mediante exaccións parafiscais ou cotizacións obrigatorias impostas pola lexislación do Estado e xestionados ou distribuídos conforme a dita lexislación considéranse efectuados con fondos estatais<sup>26</sup>.

A afectación aos intercambios e o falseamento da competencia que supón a axuda considéranse condicións unidas inseparablemente<sup>27</sup>. No caso das axudas á produción a partir de carbón autóctono considerouse que tal falseamento, consubstancial a toda axuda a SIEX, estaba presente. E iso porque se trataba de axudas a sectores abertos á competencia que, dun lado, fortalecerían a situación financeira das xeradoras a partir de carbón nacional, limitando así mesmo a adquisición de enerxía a través de interconexións con Portugal ou Francia e, doutro, afectarían ao comercio intracomunitario de carbón.

Como se dixo antes, España notificou senllos proxectos normativos, o segundo dos cales modificaba o primeiro en atención á negociación realizada por España coa Comisión Europea. Os ditos proxectos son os actuais Real decreto 134/2010 e Real decreto 1221/2010. Así pois, desde o punto de vista procedemental, a axuda considerouse correctamente notificada (artigos 108.3 do TFUE e 2.1 do Regulamento CE n.º 659/1999)<sup>28</sup>.

España comprometeuse a non executar a medida ata a autorización da Comisión, respectando así o efecto suspensivo da axuda (artigos 108.3 do Tratado CE e 3 do Regulamento CE n.º 659/1999).

A decisión adoptouse tras o exame previo da medida, sen iniciarse o procedemento de investigación formal desta (en particular, artigo 4.4 e artigo 6 do Regulamento n.º 659/1999). Este sería un dos motivos do recurso xudicial contra ela, como logo veremos.

24 STPI do 13 de setembro de 2010, as. Grecia e outros (T-415/05, T-416/05 e T-423/05), apartado 213.

25 STXUE do 8 de setembro de 2011, as. Países Baixos e outros (C-279/08), apartado 104. Sentenzas do TXCE do 23 de febreiro de 1961, as. De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade (30/59) e do 19 de maio de 1999, as. Italia/Comisión (C-6/97), apartado 15.

26 “Comunicación da Comisión relativa á aplicación das normas da Unión Europea en materia de axudas estatais ás compensacións concedidas pola prestación de servizos de interese económico xeral”, p. 9. Sobre este texto volveremos máis adiante

27 STPI do 4 de abril de 2001, as. Friuli Venezia Giulia (T-288/97), apartado 41.

28 Regulamento (CE) n.º 659/1999, do 22 de marzo de 1999, polo que se establecen disposicións de aplicación do artigo 93 do Tratado CE (actual artigo 108 do TFUE).

## 4.2 Concepto e regulación dos SIEX

Como se acaba de adiantar, a axuda configúrase como unha obriga de servizo público imposta a empresas encargadas da prestación dun servizo de interese xeral (SIEX), cuxa regulación no tratado figura no artigo 106.2 citado, a teor do cal as empresas encargadas da xestión de SIEX están suxeitas ás normas sobre axudas de Estado, coa excepción de que tales normas impidan o cumprimento da misión confiada ás ditas empresas.

Os servizos de interese xeral, ou SIX (sen o “e” da sigla que vimos usando), son actividades clasificadas como tales polos Estados e suxeitas a obrigas de servizo público<sup>29</sup>. Engloban servizos non económicos e outros que si o son<sup>30</sup>. Só estes últimos (os SIEX) se someten ás normas sobre competencia do tratado.

O concepto SIEX procede da tradicional categoría de servizo público, case en desuso na UE<sup>31</sup>. O dito servizo público tradicional europeo quebrou coa introdución do dogma norteamericano da libre competencia no Tratado de Roma de 1957<sup>32</sup>. Iso substituíu a prestación monopolística pola iniciativa privada, sobre todo a partir da década de 1980, impóndolles obrigas ás empresas<sup>33</sup>. Así sucedeu no sector enerxético, como sinalamos ao mencionar o cambio de paradigma que supuxo a Lei 54/1997, coa substitución da noción de servizo público pola de garantía de subministración aos consumidores demandantes de enerxía eléctrica.

Así pois, os SIEX son actividades económicas que producen resultados a prol do ben público xeral e que o mercado non realizaría (ou o faría en condicións distintas polo que respecta á calidade, seguridade, accesibilidade, igualdade de trato e acceso universal) sen unha intervención pública<sup>34</sup>.

Os SIEX menciónanse no artigo 14 do TFUE (sobre o seu lugar relevante entre os valores comúns da Unión), no artigo 106.2 e no protocolo n.º 26 anexo ao dito tratado, así como no artigo 36 da Carta dos Dereitos Fundamentais da UE<sup>35</sup>. Así mesmo, foron obxecto de diversos textos que permiten o seu exame desde a óptica das axudas de Estado.

O artigo 106.2 do TFUE sinala, xa se dixo, que as empresas encargadas da xestión de SIEX están suxeitas ás normas sobre competencia, salvo que estas impidan o cumprimento da misión confiada ás ditas empresas.

---

29 As precisións terminolóxicas proceden dos documentos da Comisión Europea “Un marco de calidade para os servizos de interese xeral en Europa” (20 de decembro de 2011, COM (2011) 900 final), pp. 3 e 4; así como “Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest” (7 de decembro de 2010, SEC (2010) 1545 final).

30 Entre os SIX non económicos figuran tanto os que implican o exercicio de funcións ligadas á soberanía (xustiza, defensa nacional, etc.) como outros de carácter social, en certos casos. A Comisión aclara que os “servizos sociais de interese xeral” consisten en servizos esenciais de contido preventivo e de cohesión ou inclusión social (“Un marco de calidade para os servizos de interese xeral en Europa”, *cit.*, pp. 3 e 4).

31 A Comisión prefire non empregar o termo servizo público porque o considera ambiguo “Un marco de calidade para os servizos de interese xeral en Europa”, *cit.*, pp. 3 e 4. A ambigüidade do termo “servizo público” e a falta de propiedade no seu uso tamén foi sinalado pola nosa doutrina (PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 418; ou DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, *Revista de Administración Pública*, n.º 181, 2010, p. 45).

32 PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, *cit.*, pp. 418 e ss.

33 DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, *cit.*, pp. 66 e 67.

34 Comisión Europea, “Un marco de calidade para os servizos de interese xeral en Europa”, *cit.*, p. 4.

35 A dita carta foi adoptada o 12 de decembro de 2007 en Estrasburgo polo Parlamento, o Consello e a Comisión (DOCE C 303, do 14 de decembro de 2007, p. 1). A súa versión consolidada pode consultarse no DOUE C 83, do 30 de marzo de 2010, p. 389.

A regulación sobre axudas a SIEX consiste en catro textos de distinto alcance<sup>36</sup>. Unha comunicación sobre as condicións en que a compensación de servizo público non se considera axuda estatal, con base na Sentenza *Altmark*; un regulamento sobre medidas de escasa contía que tampouco se consideran axudas; unha decisión sobre medidas que, sendo axudas de Estado, están exentas de notificación, ao considerarse compatibles de antemán; e un marco sobre as condicións en que poderán autorizarse as axudas de Estado suxeitas a notificación<sup>37</sup>.

En síntese, as medidas que cumpran os criterios da Sentenza *Altmark* ou que estean comprendidas no ámbito do Regulamento *de minimis* non se considerarán axudas de Estado, neste último caso ao non afectarlles aos mercados nin á competencia.

A Sentenza *Altmark* declarou que unha compensación de servizo público *non* concede vantaxe cando<sup>38</sup>:

(i) a beneficiaria está encargada da prestación de obrigas de servizo público e estas están claramente definidas;

(ii) os parámetros para o cálculo da compensación se fixaron con carácter previo e son obxectivos e transparentes;

(iii) a compensación se limita a cubrir total ou parcialmente os gastos, tendo en conta os ingresos e un beneficio razoable; e

(iv) na selección quede garantido o menor custo para a colectividade ou, no seu defecto, a compensación se calcule mediante a análise dos custos que iso suporía para unha empresa media, ben xestionada e axeitadamente equipada (tendo en conta os ingresos e un beneficio razoable).

En caso de que unhas axudas non cumpran as condicións da dita sentenza, a súa compatibilidade deberá ser examinada, antes da súa posta en práctica, pola Comisión, conforme o citado marco sobre axudas a SIEX. Así sucedeu, como xa se dixo, no caso das axudas que estamos a analizar. Dos detalles ocúpase o apartado seguinte.

### 4.3 A decisión da Comisión

Como indicamos antes, a Comisión adoptou a súa decisión de compatibilidade tras o exame previo da axuda, sen iniciar o procedemento de investigación formal, o que fundamentaría un dos motivos do recurso que se dirixiu contra ela<sup>39</sup>.

36 Con anterioridade, a regulación limitábase a unha decisión da Comisión que detallaba os casos en que unha axuda se podería considerar compatible en virtude do artigo 86.2 do Tratado CE (actual artigo 106.2 TFUE); e un marco aplicable ás medidas suxeitas a notificación previa.

37 Comunicación da Comisión relativa á aplicación das normas da UE en materia de axudas estatais ás compensacións concedidas pola prestación de servizos de interese económico xeral (DO C 8, do 11 de xaneiro de 2012, p. 4). Regulamento (UE) n.º 360/2012 da Comisión, do 25 de abril de 2012, relativo á aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da UE ás axudas *de minimis* concedidas a empresas que prestan servizos de interese económico xeral (DO L 114, do 26 de abril de 2012, p. 8). Decisión da Comisión do 20 de decembro de 2011, relativa á aplicación das disposicións do artigo 106, apartado 2, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas estatais en forma de compensación por servizo público concedidas a algunhas empresas encargadas da xestión de servizos de interese xeral (2012/21/UE, DO L 7, do 11 de xaneiro de 2012, p. 3). Marco da UE sobre axudas estatais en forma de compensación por servizo público (2012/C 3 8/03, DO C 8, do 11 de xaneiro de 2012, p. 15).

38 STXCE do 24 de xuño de 2003, as. *Altmark* (C-280/00).

39 Citada, Decisión n.º 178/2010, do 29 de setembro de 2010 [C(2010)4499 final].

A Comisión considerou que se estaba en presenza de axuda estatal, pois non se cumpría o último dos requisitos que acabamos de sinalar da Sentenza *Altmark* (forma de selección e cálculo da compensación). En particular, nin os beneficiarios da axuda se seleccionaran mediante un procedemento competitivo nin España presentou unha análise exhaustiva do custo unitario de xeración das centrais que excluíse a vantaxe ás empresas (apartados 107 a 112 da decisión).

Polo que se refire á axuda (indirecta) aos provedores de carbón autóctono, a Comisión afirmou a existencia de vantaxe tamén para estes últimos (en especial, apartados 113 e 121). Pero o exame deste aspecto foi menos rigoroso que o do mecanismo de resolución de restricións. Antes dixemos que a xeración a partir de carbón nacional leva implícita a adquisición do dito carbón. Así pois, cabería pensar que ambas as dúas cuestións deberon analizarse en termos comparativamente similares. Non foi así. Os razoamentos e xustificacións sobre a obriga de xerar a partir de carbón autóctono e sobre o mecanismo de asignación de preferencia ás centrais obrigadas a esa xeración ocupan gran parte da decisión. O relativo á compra de carbón nacional aos xeradores trátase de pasada, case formalmente, sen unha verdadeira análise. Isto parécenos criticable. Non obstante, o TXUE considerou suficiente a análise da Comisión, algo que tamén nos parece cuestionable.

Do exame realizado pola Comisión Europea resultaba a compatibilidade da axuda a teor do citado marco sobre axudas estatais en forma de compensación por servizo público.

En concreto, a Comisión afirmou que se estaba ante un verdadeiro SIEX relativo á seguridade da subministración (artigo 11.4 en relación co artigo 3.2, ambos os dous da Directiva 2003/54/CE, xa citados), en vista de precedentes da propia Comisión<sup>40</sup>. A decisión resaltou a ampla discrecionalidade dos Estados na definición de SIEX e considerou que a cualificación da medida como SIEX por parte de España non era manifestamente errónea. En esencia, os motivos que levaron España a cualificar a medida como axuda a SIEX foron: i) a intermitencia da xeración renovable (singularmente, apartado 97 da decisión); ii) o illamento de España con respecto aos mercados eléctricos da UE (apartado 96 da decisión); e iii) os efectos da crise nas centrais de carbón, e o prexuízo diso para a subministración nacional, en vista do seu papel de apoio á xeración renovable (apartado 98).

O feito de que se tratase dun mecanismo transitorio foi decisivo para obter a autorización (*vid.* apartado 163). Tampouco se debe subestimar o efecto que previsiblemente tivo que as adquisicións de carbón importado de España procedesen, na súa maioría, de terceiros Estados (apartado 100).

Polo demais, a decisión autorizatoria considerou que a medida cumpría o resto de condicións exixidas polo citado marco sobre compensación por servizo público: as obrigas de servizo público transitoriamente aplicables resultaban claramente especificadas no Real decreto 134/2010 e o cálculo da compensación realizábase *ex ante*, con base en parámetros obxectivos, e permitía a súa revisión *ex post* (apartados 132 e ss.). Ademais, o importe dos custos das centrais de xeración obxecto da axuda axustábase ao disposto no marco, e as compensacións excesivas serían recuperadas das beneficiarias (apartado 147).

---

40 Citáronse ao respecto os asuntos NN 49/99 España: custos de transición á competencia (DO C 268, do 22 de setembro de 2001, p. 7), Irlanda: obrigas de servizo público do Comité de Subministración de Electricidade en canto a xeración de electricidade a partir da turba (DO C 77, do 28 de marzo 2002, p. 27); asunto N 34/99, Austria: compensación de custos de transición (DO C 5, do 8 de xaneiro de 2002, p. 2); asunto C 7/2005, Eslovenia: tarifas eléctricas (DO L 219, do 24 de agosto de 2007, p. 9).

## 4.4 A sentenza do Tribunal Xeral

A anterior decisión foi obxecto de recurso por unha compañía titular dunha central de xeración de ciclo combinado, apoiada por Greenpeace. Entre os que apoiaron a Comisión estaba a Federación Nacional de Empresarios de Minas e Carbón (Carbounión). O mero exame das partes que compareceron permite apreciar o conflito entre intereses contrapostos. O tribunal confirmou, como vimos indicando, a decisión da Comisión<sup>41</sup>.

De entre os motivos alegados pola demandante, ímonos centrar no insuficiente exame da medida pola Comisión a teor dos artigos 106.2 e 107 TFUE, así como do marco sobre SIEEX<sup>42</sup>.

Como punto de partida, a demandante alegou (e o tribunal aceptou) que, en esencia, a medida consistía en tres elementos indisolublemente vinculados entre si aos que nos fomos referindo aquí:

- 1.º A compensación económica satisfeita aos produtores.
- 2.º O mecanismo de entrada en funcionamento preferente do carbón nacional.
- 3.º A obriga de compra de carbón autóctono.

En opinión da demandante, este último elemento (tamén o 2.º) non foi obxecto do debido exame por parte da Comisión. Nós coincidimos en certo modo con esa opinión. O tribunal pensou outra cousa.

Ao falarmos sobre o elemento de vantaxe propio das axudas de Estado, dixemos que a xeración a partir de carbón nacional e a compra do dito carbón son dúas caras dunha mesma moeda. E adiantamos a nosa opinión: a decisión da Comisión incorreu nunha considerable asimetría ao analizar os distintos elementos da axuda, concedendo un menor peso na súa motivación á compra de carbón autóctono con respecto aos outros elementos (compensación económica e mecanismo de entrada en funcionamento preferente). Os razoamentos da decisión sobre a vantaxe ao sector mineiro español son xenéricos e limítanse a afirmar a existencia de vantaxe para os provedores de carbón nacional (apartados 113 e 121 da decisión).

O razoamento do Tribunal (apartados 87 a 100 da sentenza), tamén o dixemos, tampouco parece convincente. O tribunal afirmou en síntese:

**- Con relación á compensación económica satisfeita aos produtores:** que consistiu nunha compensación da obriga de servizo público que incluía o custo de adquirir carbón autóctono.

41 Sentenza do TXUE do 3 de decembro de 2014, as. Castelnou Enerxía/Comisión (T-57/11). Ademais de por Castelnou, a decisión autorizada da Comisión foi recorrida en anulación por diversas empresas eléctricas, así como pola Comunidade Autónoma de Galicia, que alegou os prexuízos que do mecanismo de resolución de restricións resultaría para as centrais térmicas das Pontes, Meirama e Sabón, así como para outras actividades industriais situadas no seu territorio e directamente relacionadas coa produción de electricidade (as. T-520/10). O auto do TXUE do 17 de febreiro de 2011 denegou a suspensión preventiva solicitada por Galicia no dito asunto e, por auto posterior do 19 de abril de 2013, acordouse a desistencia presentada por Galicia no preito principal. A desistencia solicitouse despois de que, por auto do 6 de novembro de 2012, o TXUE desestimase a solicitude de intervención de Galicia no asunto T-57/11 (as. Castelnou) debido á falta de interese directo e actual de Galicia na solución do dito litixio.

42 Os motivos da demandante agrupáronse en cinco: i) vulneración dos seus dereitos de procedemento; ii) infracción do artigo 106.2 e 107 TFUE, así como do deber de motivación; iii) infracción do artigo 106.2, do Marco sobre SIEEX e do artigo 11.4 da Directiva 2003/55/CE, en vista dos erros manifestos de apreciación e desviación de poder; iv) infracción de disposicións diferentes das de axudas de Estado; e v) infracción do Regulamento n.º 1407/2002. A insuficiente motivación figura, dun ou doutro xeito, nos motivos i) e ii) mencionados.

- **Con relación ao mecanismo de entrada en funcionamento preferente:** que foi un medio para garantir a seguridade da subministración.

- **Con relación á compra de carbón autóctono:** que a compensación de compra de carbón nacional supuña vantaxe para os seus produtores, sen que iso obrigase a Comisión a levar unha análise separada disto último, pois tal vantaxe era unha consecuencia da obriga de servizo público imposta ás centrais beneficiarias da axuda por razóns de seguridade da subministración<sup>43</sup>.

Eses argumentos parécennos criticables. E iso porque non parecía existir un verdadeiro risco para a subministración que requirise a aprobación do mecanismo en cuestión. En vista diso, a medida pareceu adoptarse, en realidade, en beneficio da actividade da minaría do carbón.

Non obstante, pensamos, a sentenza deulle á axuda ao sector extractivo de carbón un carácter accesorio da axuda ás centrais de carbón. Pero é dubidoso que ambas as dúas beneficiarias (centrais e provedores) non se se debesen ter considerado, como pouco, en pé de igualdade. Dito doutro xeito, a axuda aos produtores de carbón foi obxecto dunha análise superficial ao caer baixo o paraugas das axudas aos xeradores para compensar supostas obrigas de servizo público relativas á seguridade da subministración.

Aínda que se podería aceptar que a Comisión estaba facultada para analizar simultaneamente a axuda a ambas as dúas beneficiarias (provedores e centrais xeradoras), o que non parece tan xustificable é a asimetría da análise de ambos os dous casos. Con relación á axuda á minaría do carbón, a decisión limitouse a afirmar que se lles concedeu vantaxe aos provedores. En cambio, a *compatibilidade* de tal medida co mercado interior non foi obxecto de verdadeira análise, pois pareceu considerarse un mero efecto da obriga de servizo público imposta a certas compañías xeradoras.

As consideracións sobre o cumprimento por parte das axudas autorizadas das previsións do Regulamento 1407/2002, sobre axudas á industria do carbón, tampouco parecen convincentes<sup>44</sup>. A decisión argumentou que o dito regulamento establecía un modo específico de compatibilidade que non limitaba o ámbito de aplicación do artigo 106.2 do TFUE. Dito doutro xeito, unhas e outras axudas terían unha consideración distinta. Ademais, con esta nova axuda non se superarían as cantidades previstas no Plan Nacional de Reserva Estratéxica de carbón 2012-2021, aprobado en aplicación do citado Regulamento 1407/2002. Non obstante, bótanse de menos consideracións sobre a necesidade e proporcionalidade das medidas de axuda ao sector mineiro, cuestión sobre a cal non se efectuou razoamento ningún. Pode que pesase demasiado que a maioría das adquisicións de carbón importado por España procedesen de terceiros Estados (apartado 100 da decisión).

---

43 O apartado 99 da sentenza afirma que «non lle correspondía á Comisión levar a cabo unha análise diferenciada do mecanismo de entrada en funcionamento preferente e da obriga de compra de carbón autóctono para determinar se estes constituían, considerados separadamente, axudas de Estado incompatibles co mercado interior». O apartado 123 insiste en que non era necesario pronunciarse sobre se a obriga de compra de carbón autóctono implicaba unha transferencia de recursos estatais a favor dos produtores do dito carbón. E recordou que «a obriga de comprar carbón autóctono constitúe, dentro do réxime de axuda notificado, unha das obrigas de servizo público impostas aos beneficiarios da medida».

44 Referímonos ao Regulamento 1407/2002, do 23 de xullo de 2002, sobre as axudas estatais á industria do carbón (DOCE 205, do 2 de agosto de 2002). O dito regulamento foi substituído pola Decisión 2010/787/UE do Consello, do 10 de decembro de 2010, relativa ás axudas de Estado destinadas a facilitar o peche das minas de carbón non competitivas, a cal prolongou ata 2018 a posibilidade de que os estados concedesen axudas para a xeración de electricidade a partir de carbón.

En cambio, é interesante a opinión da extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC) sobre o posterior Real decreto 134/2010<sup>45</sup>. O primeiro parágrafo do informe IPN 33/09 refírese de forma elocuente, como punto de partida da medida, non ao risco de desabastecemento do sistema español, senón ao excedente de carbón acumulado debido á contracción da demanda de electricidade e ao desenvolvemento das tecnoloxías renovables.

O informe engadiu que o mecanismo de resolución de restricións por garantía de subministración supuña unha distorsión tanto á formación de prezos no mercado como sobre os custos do sistema e sobre os incentivos ao investimento e ao comportamento estratéxico dos axentes, neste último caso en vista de que os investimentos en nova capacidade de xeración térmica se poderían paralizar polo risco a ser desconectados do mercado<sup>46</sup>.

A CNC cuestionou que o obxectivo de garantir a seguridade da subministración xustificase a necesidade da medida, en sentido contrario ao que máis tarde declararían tanto a Comisión Europea como o Tribunal Xeral da UE. A CNC sinalou que, en vista da redución da demanda debido á crise económica, a seguridade da subministración non parecía estar en perigo a curto prazo. E tampouco parecía necesario asegurar a supervivencia das centrais térmicas de carbón autóctono por razóns de seguridade da subministración. O carácter xestionable e proveedor de servizos de axuste do sistema das ditas centrais era propio, tamén, doutras tecnoloxías (fuel, ciclos combinados, etc.). A iso engadíronse consideracións sobre o maior custo e menor eficiencia do carbón nacional<sup>47</sup>. A medida considerouse, así mesmo, desproporcionada en relación co obxectivo de seguridade de subministración supostamente perseguida.

Sobre a condición de axuda de Estado da medida (máis tarde confirmada pola Comisión Europea), a CNC sinalou a existencia de vantaxe aos produtores de carbón autóctono «en canto que se lles asegura a aqueles unha demanda que en condicións de mercado non estarían en condicións de obter, en principio debido aos menores prezos e maior calidade calorífica do carbón estranxeiro» (p. 26). A CNC considerou, así mesmo, que a medida era especialmente falseadora da competencia con relación aos ditos produtores de carbón nacional, pois a «reserva de funcionamento atribuída ao carbón autóctono para a xeración de enerxía eléctrica sitúa os produtores de carbón nacional nunha posición privilexiada con respecto ao carbón doutra procedencia xeográfica» (p. 28).

## 5 A relegación das enerxías renovables e a oportunidade de restablecer un mecanismo deste tipo

O incentivo á xeración con carbón autóctono, mantido desde a súa entrada en funcionamento en febreiro de 2011 ata finais de 2014, coincidiu coa drástica redución de incentivos á xeración renovable. E iso a pesar de que este último modo de xeración favorece a seguridade

45 IPN 33/09 Real decreto de resolución de restricións por garantía de subministración. Con posterioridade, emitíuse o informe IPN 44/10, sobre a modificación do dito real decreto polo posteriormente aprobado como Real decreto 1221/2010.

46 As distorsións que o dito procedemento de resolución de restricións supón nos prezos do mercado diario, con afección ás tarifas de acceso, así como no desenvolvemento do mercado ibérico de electricidade, púxoas de manifesto, así mesmo, o anterior regulador enerxético no citado “Informe 29/2009 da CNE sobre a proposta de real decreto polo que se crea o procedemento de resolución de restricións por garantía de subministración” (2009).

47 P. 16 do citado informe IPN 33/09: «Cómpre lembrar, en primeiro lugar, que o carbón nacional resulta moi ineficiente na produción enerxética, con baixa capacidade calorífica e custo elevado, en comparación co carbón internacional. Así, nos últimos anos caeu o consumo deste carbón e aumentou o de carbón importado como reflexo desta diferenza».

da subministración dun país tan dependente enerxeticamente como España, ademais de ter un claro beneficio ambiental<sup>48</sup>.

A redución de incentivos á xeración renovable acentuouse a partir de 2008 debido a diversos factores, entre os que destacan a coincidencia do agravamento da crise económica e da acumulación de déficit tarifario co aumento de custos debido a certa sobreinstalación, particularmente de tecnoloxía fotovoltaica<sup>49</sup>. Así, en 2008 creouse o Rexistro estatal de preasignación de retribución para instalacións fotovoltaicas, xeneralizado en 2009 ao resto de tecnoloxías (Real decreto lei 6/2009)<sup>50</sup>. Esa medida veu seguida doutras moitas<sup>51</sup>.

O proceso desembocou no Real decreto lei 9/2013, do 12 de xullo, cuxo sistema se trasladou ao artigo 14.7 da Lei 24/2013<sup>52</sup>. O dito precepto foi desenvolvido mediante o Real decreto 413/2014 e a Orde IET/1045/2014, conformando todo iso a parte esencial do vixente marco normativo<sup>53</sup>.

Conforme o novo sistema, os incentivos á xeración renovable outórganse agora mediante unha retribución específica, adicional ao prezo de mercado, de carácter excepcional, sen que exista un dereito incondicional a esta (artigos 6.d e 9.2 do Real decreto 413/2014). Tal retribución está baseada en parámetros estándar necesarios para realizar a actividade. O sistema prepara o camiño para a total integración no mercado da xeración renovable e remite a mecanismos de mercado para a fixación de incentivos. En definitiva, unha instalación

---

48 Respecto da dependencia enerxética de España e a contribución das enerxías renovables á seguridade da subministración, poden consultarse, entre outros, a SÁNCHEZ TEMBLEQUE, L. e SÁENZ DE MIERA, G., "La regulación de las energías renovables", *Tratado de regulación del sector energético, Tomo II, Aspectos Económicos*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 540; así como a DOLADER I CLARA, J., "La seguridad del aprovisionamiento", *Energía y regulación*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 284.

49 Sobre a evolución das enerxías renovables e os seus incentivos, pode consultarse, entre outros, a CASTELLANOS GARIJO, M. LL., *Régimen jurídico de la energía eólica. Los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexiones a la red*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp. 91 e ss.; a MORA RUIZ, M., "La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 257, 2010; a NEBREDÁ PÉREZ, J., *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*, Civitas, Madrid, 2009; ou a DEL RÍO, P. e MIR-ARTIGUES, P., "A Cautionary Tale: Spain's solar PV investment bubble", *Global Subsidies Initiative (GSI). International Institute for Sustainable Development (IISD)*, 1 de febreiro de 2014, os cales cualifican de burbulla fotovoltaica o sucedido entre 2007 e 2008.

50 A exposición de motivos do Real decreto lei 6/2009 sinala: «Pola súa crecente incidencia sobre o déficit de tarifa, establécense mecanismos respecto ao sistema retributivo das instalacións do réxime especial. A tendencia que están a seguir estas tecnoloxías podería pór en risco, a curto prazo, a sustentabilidade do sistema». Ao respecto da influencia do déficit nas enerxías renovables, pode verse a MORA RUIZ, M., "La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables", *cit.*, p. 15.

51 Tal sucesiva limitación do custo do réxime especial desembocou, tras innumerables reformas normativas, no Real decreto lei 1/2012, que suspendeu os procedementos de preasignación e suprimiu o réxime de primas para novas instalacións de réxime especial. Ao respecto, pode consultarse a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., "Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real decreto ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 156, 2012. Pola Sentenza 48/2015, do 5 de marzo de 2015, o Tribunal Constitucional desestimou o recurso da Xunta de Galicia fronte ao dito Real decreto lei (BOE 85, do 9 de abril de 2015).

52 Ao respecto do novo marco das enerxías renovables, na Lei 24/2013, pode consultarse a GALERA RODRIGO, S., "Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, maio-diciembre 2014, pp. 1428 e ss.

53 Real decreto 413/2013, do 6 de xuño, polo que se regula a actividade de produción de enerxía eléctrica a partir de fontes de enerxía renovables, coxeración e residuos, desenvolvido pola Orde IET/1045/2014, do 16 de xuño, pola que se aproban os parámetros retributivos das instalacións tipo aplicables a determinadas instalacións de produción de enerxía eléctrica a partir de fontes de enerxía renovables, coxeración e residuos. Unha primeira análise da dita orde pode consultarse en MENDOZA LOSANA, A. I., "Guía breve para la aplicación de la orden de renovables", *Diario La Ley*, n.º 8357, 2014.



renovable, como máximo, recuperará os custos que non cubra o prezo de mercado, cunha rendibilidade razoable, e revisable<sup>54</sup>.

O certo é que esa tendencia á limitación e redución de incentivos á xeración renovable se aprecia tamén no ámbito da Unión Europea<sup>55</sup>.

A drástica redución do investimento en enerxías renovables suscita a interrogante de se a opción en favor do carbón autóctono estaba xustificada, e formula a dúbida de se sería conveniente restablecer un mecanismo deste tipo no futuro.

De entrada, existe certa incoherencia no trato desigual de tecnoloxías (carbón e renovables) que empregan fontes autóctonas e contribúen á seguridade da subministración, contando as renovables ao seu favor cun maior beneficio ambiental. É máis, un dos motivos do fomento á xeración mediante carbón nacional foi o desprazamento da dita tecnoloxía polo aumento da xeración renovable.

E iso malia que o custo total do mecanismo de resolución de restricións por garantía de subministración (uns 1.400 millóns de euros) e a retribución ao sector renovable (máis de 30.600 millóns de euros entre 2011 e 2014) non sexan, certamente, dunha magnitude equiparable<sup>56</sup>.

O trato desigual a un e outro explícase, como acabamos de ver, polo inadecuado deseño dos incentivos ao sector renovable, o que deu lugar a certa sobreinstalación e ao aumento de custo nun contexto de crise económica e de acumulación de déficit tarifario.

Sucede que tal contexto económico era tamén o existente no momento de aprobarse unhas medidas que, máis que garantir a seguridade da subministración, parecían destinadas a fomentar o consumo de carbón nacional. Así, a CNC (informe IPN 33/09) afirmou que tales medidas se adoptaron en vista do elevado stock de carbón nacional acumulado sen que, en cambio, parece estar en risco a subministración a curto prazo (algo evidente, en vista da contracción da demanda eléctrica debido á crise)<sup>57</sup>. De feito, o anterior regulador enerxético español, a CNE, insistiu tras a entrada en funcionamento do mecanismo de resolución de restricións na sobrecapacidade do sistema español e na necesidade de suprimir o mecanismo de fomento ao carbón nacional<sup>58</sup>.

54 A nota de prensa do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo sobre a aprobación do Real decreto 413/2014 sinala que a rendibilidade das instalacións se fixou no ámbito do 7,4 % para cada instalación tipo ("O Goberno dá certeza regulatoria ao sector de renovables, coxeración e residuos co novo réxime de retribución", <http://www.minetur.gob.es/es-ES/GabinetePrensa/NotasPrensa/2014/Paginas/hpregulatoriaalsectorderenovables,cogeneraci%C3%B3nyresiduos.aspx>, 21 de abril de 2015).

55 En "Renewable Energy: a major player in the European energy market", 6 de xuño de 2012, COM (2012) 271, a Comisión Europea afirmou que a enerxía renovable debería integrarse paulatinamente no mercado con pouca ou ningunha axuda. En 2013, a Comisión anunciou a reforma en materia de axudas nesa liña ["Realizar o mercado interior da electricidade e sacar o máximo partido da intervención pública", 5 de novembro de 2013, C (2013) 7243 final], o cal plasmou nas directrices sobre axudas estatais en materia de protección do medio ambiente e enerxía 2014-2020 (DOUE n.º C 200, do 28 de xuño de 2014).

56 O custo total do mecanismo foi da orde de 1.389,8 millóns de euros, segundo resulta de información publicada por Rede Eléctrica de España ([www.esios.ree.es](http://www.esios.ree.es), apartados "garantía de subministración/custo total/anual", 21 de abril de 2015). A retribución total do réxime renovable entre 2011 e 2014 ascendeu a máis de 30.600 millóns, segundo publica a CNMC (<http://cnmc.es/es-es/energia/energiaelctrica/régimenespecialyliquidaciones.aspx?p=p4&ti=Ventas régimen especial>, 21 de abril de 2015).

57 Coincide con este diagnóstico PASCUAL VELÁZQUEZ, A., "La competitividad de los ciclos combinados en el mercado eléctrico español", *Cuadernos de Energía*, n.º 43, outubro de 2014, p. 63, para quen as motivacións da intervención regulatoria serían non de seguridade de subministración, senón por «motivos de política social respecto á industria mineira autóctona».

58 É significativo o informe da CNE sobre "Proposta do mecanismo polo que se establece o servizo de garantía de subministración" (5 de decembro de 2012) no que se destaca tanto «a existencia na actualidade dun exceso de capacidade de xeración eléctrica» (p. 1) como o «impacto do mecanismo de restricións por garantía de subministración que motivou un desprazamento das centrais de ciclo combinado

Tampouco parecía xustificable o sistema, dixo a CNC, en motivos de conservación do parque xerador de carbón nacional. Outras tecnoloxías (fuel, bombeo, ciclo combinado) eran tamén xestionables (a diferenza das renovables) e provedoras de servizos de axuste. A iso hai que unir o alto prezo e o escaso poder calorífico do carbón nacional, como tamén sinalou a CNC<sup>59</sup>.

Malia que a tendencia á redución de incentivos á xeración renovable parece consolidada, ultimamente suscitouse a posibilidade de restaurar un mecanismo de fomento do carbón nacional. O dito sistema de incentivos, que requiriría a autorización da Comisión Europea, basearíase tamén en razóns de seguridade da subministración. O incentivo estaría vinculado a melloras ambientais nas instalacións que usen carbón nacional e que supoñan unha mellora nos seus valores de emisión, co obxectivo último de garantir a sustentabilidade da minaría do carbón<sup>60</sup>. A necesidade de acometer reformas que reduzan as emisións foi apuntada tamén desde o propio sector enerxético<sup>61</sup>.

En vista do precedente analizado, esa decisión de restaurar un sistema de incentivos ao carbón nacional con cargo ao sistema eléctrico parece cuestionable, e iso porque segue sen apreciarse un risco á subministración que xustifique a axuda á industria mineira extractiva con fondos do dito (endebedado) sistema<sup>62</sup>.

En particular, dos indicadores enerxéticos publicados polo regulador apréciase que a recuperación da demanda eléctrica está sendo moderada, tendencia que non parece que vaia cambiar a curto prazo<sup>63</sup>. E deses mesmos indicadores resulta a axeitada composición do mix enerxético español. Así, por exemplo, en xaneiro de 2015, das dez tecnoloxías que contribuíron a cubrir a demanda, ningunha delas cubriu, por si soa, máis do 22 por cento da dita demanda<sup>64</sup>.

O anterior lévanos a concluír que as axudas ao sector da minaría do carbón deberán outorgarse, se é o caso, por medios distintos dos que impoñen cargas adicionais ás maltreitas contas do sector eléctrico, cuxo déficit acumulado en 2014 alcanzou os trinta mil millóns de euros.

---

en favor dun maior funcionamento das centrais de carbón autóctono, mecanismo sobre o que esta Comisión reiterou en diversos informes a necesidade da súa eliminación» (p. 2).

59 A CNE confirmou que o alto custo das centrais de carbón autóctono durante 2009 e 2010 supuxera o seu escaso funcionamento (“Informe sobre o sector enerxético español. Parte I. Medidas para garantir a sustentabilidade económico-financiera do sistema eléctrico”, 7 de marzo de 2012, pp. 33 e 34).

60 Vid. nota de prensa do 31 de marzo de 2015, do Ministerio de Industria, Enerxía e Turismo, “El Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha reunido hoy a la Comisión de Seguimiento del Carbón” (disponible en <http://www.minetur.gob.es/es-ES/GabinetePrensa/NotasPrensa/2015/Paginas/20150331-comision-seguimiento-carbon.aspx>, 15 de abril de 2015).

61 ÁLVAREZ PELEGRY, E., “Seguridad del suministro: el caso del carbón”, *Cuadernos de Energía*, n.º 28, xuño de 2010, p. 46.

62 Con data do 30 de setembro de 2015 a CNMC aprobou un “Informe sobre a proposta de orde pola que se regula o mecanismo de capacidade para a mellora ambiental en determinadas instalacións de produción de electricidade” (IPN/DE/009/15) no cal cuestionou a necesidade e a proporcionalidade do novo sistema de incentivos proposto. O informe concluíu, en esencia, que o dito sistema non tería encaixe nin como mecanismo de capacidade (pois non existe un problema de cobertura da demanda), nin como axuda ambiental (pois non estaría xustificada a xeración con carbón autóctono para eses fins, en detrimento doutras centrais máis eficientes desde o punto de vista ambiental). Así mesmo, a CNMC considerou que tal novo sistema podería consistir nunha extensión do anterior aprobado polo Real decreto 134/2010, de xeito contrario ao Dereito da UE, ademais de non ser descartable que constituía unha axuda de Estado.

63 Pode verse ao respecto o “Boletín de indicadores eléctricos de marzo de 2015”, do 25 de marzo de 2015 (<http://www.cnmc.es/es-es/energ%C3%ADa/energ%C3%ADael%C3%A9ctrica/indicadoresel%C3%A9ctricos.aspx>, 21 de abril de 2015).

64 Do mencionado “Boletín de indicadores eléctricos de marzo de 2015”, resulta que as tecnoloxías que máis contribuíron a cubrir a demanda foron a nuclear e o carbón (21,7% en ambos os dous casos) e a eólica (19,9%). Entre as que menos achegaron á cobertura da demanda estiveron a térmica renovable (1,6%) e o fuel-gas (2,2%).

## 6 Reflexións finais

I. O concepto (xuridicamente indeterminado) de garantía de subministración parece estar a perder o seu compoñente de dereito á subministración dos consumidores, no que parece o paso previo á definitiva liberalización do mercado retalista, para limitarse a unha garantía de abastecemento dos consumidores conectados ás redes. De entre os diversos xeitos en que tal abastecemento aos consumidores pode garantirse, España optou por empregar certa proporción de carbón nacional para a xeración de enerxía eléctrica.

II. O mecanismo de resolución de restricións por garantía de subministración regulada no Real decreto 134/2010 conta con tres elementos esenciais: i) a obriga de producir para determinadas centrais que empregan carbón autóctono; ii) a preferencia para o dito modo de xeración a custa doutras centrais de produción térmica; e iii) a obriga de compra de carbón autóctono para as xeradoras obrigadas a producir.

III. O mecanismo anterior foi notificado polas autoridades españolas á Comisión Europea por conter elementos que poderían constituír axuda de Estado. A Comisión confirmou tal carácter de axuda e, tras certas modificacións incluídas por España, autorizou o mecanismo de restricións por tratarse dunha compensación de servizo público, por razóns de seguridade da subministración, a empresas encargadas da xestión de servizos de interese xeral. A dita decisión positiva da Comisión Europea foi confirmada polo Tribunal Xeral da UE. En particular, tanto na decisión como na sentenza considerouse a axuda á industria extractiva de carbón como un aspecto accesorio de axudas destinadas a garantir a seguridade de subministración.

IV. Un dos motivos do recurso ante o Tribunal Xeral foi o insuficiente exame realizado pola Comisión sobre certos elementos da axuda e, en particular, sobre as obrigas de compra de carbón nacional. Aquí expresamos os motivos polos que coincidimos, en parte, con ese argumento. Na nosa opinión, as axudas ás centrais de carbón nacional e as outorgadas indirectamente á industria mineira deberon tratarse con similar rigor. Non obstante, con relación a estas últimas, non existiu unha verdadeira análise. En particular, a Comisión debeu razoar a necesidade e a proporcionalidade de tales medidas, suxeito iso ao control do tribunal. É significativo que a CNC, anterior autoridade de competencia, destacase no seu informe IPN 33/09 que a medida viría motivada máis polo almacenamento dun considerable stock de carbón que por verdadeiros motivos de garantía de subministración.

V. As axudas ao fomento do carbón nacional coincidiron co drástico recorte aos incentivos á xeración renovable. Isto supón certa incoherencia, pois este último modo de xeración emprega tamén fontes autóctonas de enerxía e contribúe á seguridade da subministración, e iso malia a substancial diferenza de custo dunhas e outras medidas, pois a retribución ao sector renovable entre 2011 e 2014 superou en máis de vinte veces o custo total do mecanismo de fomento ao carbón nacional. Sen prexuízo diso, nunha situación de ausencia de riscos para a seguridade da subministración, pola axeitada composición do mix e a lenta recuperación da demanda de enerxía eléctrica, non parece aconsellable que se restaure un mecanismo de fomento do carbón nacional a curto prazo, con cargo ao deficitario sistema eléctrico.

regap



ESTUDIOS

## 7 Bibliografía

- ÁLVAREZ PELEGRY, E., "Seguridad del suministro: el caso del carbón", *Cuadernos de Energía*, n.º 28, xuño de 2010.
- CASTELLANOS GARIJO, M. LL., *Régimen jurídico de la energía eólica. Los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexiones a la red*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., "El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal", *Revista de Administración Pública*, n.º 181, 2010.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., "Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 156, 2012.
- DEL RÍO, P. y MIR-ARTIGUES, P., "A Cautionary Tale: Spain's solar PV investment bubble", *Global Subsidies Initiative (GSI). International Institute for Sustainable Development (IISD)*, 1 de febreiro de 2014.
- DOLADER I CLARA, J., "La seguridad del aprovisionamiento", *Energía y regulación*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- GALERA RODRIGO, S., "Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, maio-diciembre de 2014.
- IDOT, L., "Notion d'aide et recours à des ressources d'État", *Europe*, n.º 2, 2014.
- MENDOZA LOSANA, A.I., "Guía breve para la aplicación de la orden de renovables", *Diario La Ley*, n.º 8357, 2014.
- MORA RUIZ, M., "La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 257, 2010.
- NEBREDÁ PÉREZ, J., *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*, Civitas, Madrid, 2009.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PASCUAL VELÁZQUEZ, A., "La competitividad de los ciclos combinados en el mercado eléctrico español", *Cuadernos de Energía*, n.º 43, outubro de 2014.
- RANCI, P., "Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea", *El sector energético ante un nuevo escenario*, Civitas, Navarra, 2010.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, L. y GARCÍA-VERDUGO SALES, J., "Las políticas de seguridad de abastecimiento energético: Dimensiones, cuantificación y aplicación al caso español", *Papeles de Economía española*, «El sector energético español», n.º 134, 2012.

SÁNCHEZ TEMBLEQUE, L. y SÁENZ DE MIERA, G., "La regulación de las energías renovables", *Tratado de regulación del sector energético, Tomo II, Aspectos Económicos*, Aranzadi, Navarra, 2009.

YUNTA HUETE, R., "El aprovisionamiento de energía", *Energía y Regulación en Iberoamérica, Vol. I*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

regap



ESTUDIOS



## O réxime xurídico da servidume de protección tras a reforma da Lei de costas

El régimen jurídico de la servidumbre de protección tras la reforma de la Ley de costas

The legal system of the right of protection after the reform the Law of Coasts

50 Regap

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Contratada interina e investigadora da Área de Dereito Administrativo Universidade da Coruña (Galicia, España)  
maria.rodriguez.martin-retortillo@udc.es

Recibido: 08/10/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O estudo efectuado destaca o carácter primordial da costa e a importancia da súa preservación no marco dun desenvolvemento sustentable. Para iso cómpre analizar a Lei de costas de 1988 e a súa controvertida reforma contida na Lei 2/2013, valorar a súa incidencia polo que respecta á delimitación do dominio público marítimo-terrestre e á regulación das servidumes. Así mesmo, procede dedicar unha especial atención á servidume de protección, incidindo na súa xustificación e motivación, estudando a súa configuración, facultades e limitacións, aludindo con carácter específico ao réxime da disposición transitoria terceira da Lei de costas, así como á situación dos núcleos tradicionais de costa pola singularidade que presentan.

**Palabras clave:** costa, litoral, reforma, servidume de protección, sustentabilidade.

**Resumen:** El estudio efectuado destaca el carácter primordial de la costa y la importancia de su preservación en el marco de un desarrollo sostenible. Para ello es preciso analizar la Ley de costas de 1988 y su controvertida reforma contenida en la Ley 2/2013, valorando su incidencia por lo que respecta a la delimitación del dominio público marítimo-terrestre y a la regulación de las servidumbres. Asimismo, procede dedicar una especial atención a la servidumbre de protección, incidiendo en su justificación y motivación, estudiando su configuración, facultades y limitaciones, aludiendo con carácter específico al régimen de la disposición transitoria tercera de la Ley de costas, así como a la situación de los núcleos tradicionales de costa por la singularidad que presentan.

**Palabras clave:** costa, litoral, reforma, servidumbre de protección, sostenibilidad.

**Abstract:** The present study aims to highlight the essential character of the coast and the importance of its preservation in the context of sustainable development. It is therefore important to analyze the Law of Coasts of 1988 and its controversial reform contained in the Law 2/2013, assessing its impact with respect to the delimitation of maritime-terrestrial public domain and the regulations of the rights of coasts. This implies careful examination of the right of protection, focusing on the causes and justification through the study of its configuration, powers and limitations, referring specifically to the special system of the Temporary Regulation number three of the Law of Coasts and the case of traditional areas of coast because of its singularity.

**Key words:** coast, seaboard, reform, right of protection, sustainability.

**Sumario:** 1 Consideracións xerais. 2 Natureza xurídica e configuración das servidumes de costas. 3 Estudo especial da servidume de protección. 3.1 Concepto e extensión. 3.1.1 O réxime especial da disposición transitoria terceira da Lei de costas. 3.1.2 O caso dos núcleos tradicionais de costa 3.2 Facultades e limitacións. 4 Reflexións finais. 5 Bibliografía.

## 1 Consideracións xerais

A transcendencia do estudo que aquí se propón explícase polas especiais características da morfoloxía galega, que poñen de manifesto o carácter primordial da costa e a importancia da súa protección no marco dun desenvolvemento sustentable. En palabras de SANZ LARRUGA, en Galicia a configuración do medio ambiente litoral e dos seus recursos naturais ten unha particular importancia, tanto desde o punto de vista cuantitativo como cualitativamente<sup>1</sup>.

De aí a relevancia de efectuar unha análise da Lei de costas de 1988 e da súa recente reforma, todo iso sen perder de vista a perspectiva histórica, que permitirá comprender os motivos que xustifican a súa regulación en cada momento coa finalidade de entender tanto os obxectivos que se perseguen como a xustificación desta polo que respecta á delimitación do dominio público marítimo-terrestre e á regulación das servidumes nunha Comunidade Autónoma caracterizada pola formación de numerosas rías.

Para abordar os obxectivos expostos, non pode obviarse que o concepto de litoral é difícil de esbozar, como pon de manifesto BARRAGÁN MUÑOZ: o litoral é un «concepto borrosamente definido polo que se refire aos seus límites, pois nas súas definicións máis restritivas pode abranguer poucos metros e nas máis amplas varias decenas de quilómetros»<sup>2</sup>. Así, por un lado, o litoral conceptúase como «un conxunto de estruturas económicas, urbanas, ecolóxicas, etc., articuladas nun mesmo ámbito xeográfico e mutuamente relacionadas»<sup>3</sup>; e, por outro lado, a costa pode ser definida como «estreita franxa (dunhas decenas de metros de amplitude como máximo) que está ou pode estar en contacto co mar»<sup>4</sup>.

Ademais diso, o preámbulo da Lei 2/2013, do 29 de maio, de protección e uso sustentable do litoral (e de modificación da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas), intenta achegar algo de luz á hora de precisar unha definición de litoral «como a franxa de terreo na que se atopa o mar coa terra», clarificando, deste xeito, o que se debe entender como tal. Ao dito concepto voume cinguir no meu estudo, sen perder de vista que o territorio é un “sistema complexo” en que os elementos físico-naturais e antrópicos se relacionan entre si, e do resultado desa interacción xorden a orixinalidade e características que os definen e configuran<sup>5</sup>.

Como lembra a doutrina, o dereito romano considerou sempre o mar e as súas ribeiras como bens inapropiables. A ribeira do mar, *litus maris*, ou *litora maris*, entendeuse como o espazo

1 SANZ LARRUGA, F. J., *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2003, p. 129.

2 BARRAGÁN MUÑOZ, J. M., *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Oikos-tau, Barcelona, 1993, pp. 26-27.

3 GARCÍA ÁLVAREZ, A. (dir.), *Análisis del litoral español. Diseño de políticas territoriales*, Instituto do Territorio e Urbanismo. Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo, Madrid, 1987, p. 24.

4 *Ibidem*, p. 25.

5 GARCÍA LORCA, A., “Los sistemas de información geográfica como instrumentos de decisión territorial”, Millaruelo Aparicio, J. y Orduña Rebollo, E. (coord.), *Ordenación del territorio y desarrollo sostenible*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004, p. 247.



de terra que está en contacto co mar, fose de xeito permanente ou esporádico, pero sempre co carácter de terra húmida, mesmo cando fose en potencia, que, ademais de pertencer ao mar, constituía a súa porta de entrada e saída<sup>6</sup>. Deste xeito, no dereito romano, o mar e as súas ribeiras teñen unha consideración que marca toda a concepción posterior:

1) Concíbese o *litus maris* como a superficie de terra cuberta polo mar mesmo cando o faga de xeito esporádico. Así, contense en dous textos en que se reitera esta idea:

- En *Instituta*, de Xustiniano: "*Est autem litus maris quatenus hivernus fluctus maximus excurrit*" (título I, libro II, "*De rerum divisione*").

- No *Digesto*: "*Litus es quosque maximum fluctus a mari pervenit*" (libro 50, tomo 16).

2) Ás ribeiras do mar dáselles natureza de cousas "comúns", o que leva consigo, a diferenza das "públicas", que non pertencen ao pobo romano (*populus romanus*), senón que o seu destino as leva máis alá, e, ao estaren ao servizo de todos, entran no *ius gentium*, aínda que o poder político romano poida exercer sobre elas as funcións reitoras e de defensa que implica o que agora chamariamos "soberanía" política.

O carácter inapropiable do *litus maris* parece fóra de toda dúbida; non obstante, os esforzos para buscar argumentos que xustifiquen as apropiacións sobre el levaron a interpretar algúns textos romanos en sentido contrario<sup>7</sup>.

No dereito medieval español destacan as referencias contidas n'As *partidas* de Afonso X O Sabio, que definen e regulan o dominio público marítimo-terrestre seguindo a liña do *Digesto*, polo que cabe aludir a:

- A Lei IV do título XXVIII, partida 3ª, que define a ribeira do mar en termos moi similares a como o fixera a *Instituta* de Xustiniano: «*et todo aquel lugar es llamado ribera de la mar, quanto se cubre del agua della, quando mas cresce en todo el año, quier en tiempo de invierno o de verano*».

- A Lei III do mesmo texto, título XXVIII da partida 3ª, que define o mar e a súa ribeira entre as cousas que comunmente pertencen «*a todas as criaturas que viven neste mundo*»<sup>8</sup>.

A Lei de augas, do 3 de agosto de 1866; a de obras públicas, do 13 de abril de 1877; as de portos, do 7 de maio de 1880 e do 19 de xaneiro de 1928<sup>9</sup>; e a de costas, do 26 de abril de 1969<sup>10</sup>, foron configurando un réxime xurídico que culminou na aprobación da Lei de

6 Vid. por todos, GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 1.

7 *Ibidem*, p. 2.

8 *Ibidem*, p. 5.

9 Destacouse dela que «o seu contido marcou unha concepción do dominio público marítimo-terrestre moi similar á do século XIX e sentou criterio polo que se rexeu a política lexislativa nas nosas costas durante o período de tempo en que máis intensamente se produciu o desenvolvemento turístico e a expansión urbanística nas beiras do mar, provocando unha desprotección do dominio público sobre o que se consumaron con frecuencia as grandes especulacións inmobiliarias. Con ela resulta doada a apropiación do dominio público, a súa destrución ambiental e a produción de males de imposible ou difícil reparación». *Ibidem*, p. 21.

10 Esta lei merece unha atención especial, xa que ata entón non aparece na nosa historia lexislativa a primeira lei destinada especificamente ás costas, posto que as leis anteriores só se ocuparon delas de forma complementaria, xa que se referían a estas de forma tanxencial e facendo unha ordenación mínima e insuficiente. *Ibidem*, p. 25.  
Críticouse, malia todo, que a eficacia desta lei, máis que para a defensa e protección do patrimonio colectivo, serviu para todo o contrario: facilitou que o dereito de propiedade primase sobre o dominio público. *Ibidem*, p. 27.

costas de 1988. Esta está caracterizada por unha progresiva ampliación do dominio público marítimo-terrestre e a súa consagración como ben *extra commercium*, cunha dobre consecuencia recoñecible en varios textos legais: a) por unha parte, non serán posibles apropiacións sobre eles, sexa cal fose o medio empregado, nin tampouco a usucapión servirá de vía para convertelos en propiedade; b) por outra, os que sendo obxecto dun dereito de propiedade, cando pola súa natureza física ou polo seu destino se integren nesta categoría, deixarán de ser propiedade para os seus donos, producíndose unha “expropiación” que deberá ser compensada aos titulares do dereito de propiedade co contravalor que corresponda como prezo xusto<sup>11</sup>.

Sen dúbida, o punto álxido de protección de bens de dominio público marítimo-terrestre atópase na regulación contida no artigo 132 da Constitución española de 1978<sup>12</sup>:

«1. A lei regulará o réxime xurídico dos bens de dominio público e dos comunais, inspirándose nos principios de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade, así como a súa desafectación.

2. Son bens de dominio público estatal os que determine a lei e, en todo caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental.

3. Por lei regularanse o Patrimonio do Estado e o Patrimonio Nacional, a súa administración, defensa e conservación».

O constituínte non se conformou con exixir que sexa a lei a que determine os bens que adquiren a natureza de dominio público, senón que require que sexa a propia lei a que regule o seu réxime xurídico e, á par, impúxolle un contido substantivo ou material mínimo na súa realización: o respecto e realización dos principios tradicionais do dominio público que cabe resumir na idea de extracomercialidade, debendo ter en conta tamén os restantes límites e orientacións ou directrices xenéricas que derivan da propia Constitución<sup>13</sup>.

Deste xeito, a Constitución determina a incompatibilidade entre estes bens e a existencia sobre eles do dereito de propiedade. En consecuencia, non deben aceptarse os enclaves de propiedade privada dentro do dominio público marítimo-terrestre, nin a adquisición deste dereito nin outro a través da usucapión<sup>14</sup>. O contido do artigo 132 no seu apartado segundo debeuse, sen dúbida, á necesidade de prestar unha especial protección á parte máis débil e vulnerable do dominio público, o marítimo-terrestre e, especialmente, á zona marítimo-terrestre e ás praias.

---

11 GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, cit., p. 47.

12 En efecto, a temática de dominio público marítima é obxecto de incorporación por primeira vez na nosa historia constitucional neste artigo, xa que en ningunha outra ocasión histórica se produce a incorporación do dominio público a un texto constitucional, como expuxo PÉREZ CONEJO, L., en *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Editorial Comares, S.L., Granada, 1999, p. 9. Para completar o estudo deste precepto constitucional, vid. SAINZ MORENO, F., “Comentarios al artículo 132”; Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X (artigos 128 a 142), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, pp. 125 e ss.; GARRIDO FALLA, F., “Comentarios al artículo 132 de la Constitución española”, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 1384 e ss.; FONT I LLOVET, T., “La ordenación constitucional del dominio público”, *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje a García de Enterría*, tomo V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3917 e ss.

13 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Playas y costas en el derecho español. A propósito de la Ley de costas de 1988*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2010, p. 66.

14 GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, cit., p. 42.

O carácter de dominio público inmediato dos bens a que fai alusión o artigo 132.2 da Constitución ten unha consecuencia fundamental no recoñecemento da dita cualificación xurídica aos espazos que conforman e conformaban a zona marítimo-terrestre e as praias: estes bens forman parte do dominio público marítimo-terrestre mesmo cando a súa situación física actual non se corresponda coa descrición legal. As características naturais xeomorfolóxicas dos bens afectos ao dominio público marítimo-terrestre son as determinantes desa cualificación xurídica como dominio público estatal por mandato directo da norma constitucional, sen prexuízo de que a Lei de costas e o seu regulamento concreten de forma determinante os criterios que cumpra considerar para establecer o que se deba entender por aquelas pertenzas que a propia Constitución menciona<sup>15</sup>. Neste sentido, a xurisprudencia constitucional resaltou que, «desde o momento mesmo da promulgación do texto constitucional, todos os espazos enumerados no artigo 132.2 se integran no dominio público do Estado, aínda que se lle encomende ao legislador o establecemento do seu réxime xurídico e, por suposto, a actuacións posteriores da Administración a delimitación dos seus confíns» (STC 149/1991, do 4 de xullo, FX oitavo).

Polo tanto, destacouse que coa Constitución española de 1978 «queda superada, en definitiva, a apreciación do litoral como espazo idóneo para a realización de todo tipo de usos e actividades, situación esta que se viu reforzada e avalada durante os anos sesenta por tres leis: a Lei de centros e zonas de interese turístico, do 28 de decembro de 1963 (...); a Lei de portos deportivos, do 26 de abril de 1969 (...); e tamén a Lei de costas de 1969»<sup>16</sup>.

Deste xeito, a doutrina máis recoñecida sostivo que a determinación como pertenzas de dominio público de distintos grupos de bens constituíu unha das medidas ou técnicas preventivas que tradicionalmente se utilizaron para preservar o medio ambiente, sobre todo no que se refire á utilización racional dos recursos naturais<sup>17</sup>.

Tamén se fixo fincapé na conexión existente entre os artigos 45.2 e 132.2 CE, ao constituír os bens a que este último artigo se refire un conxunto de recursos naturais que precisan protección co obxectivo de mellorar a calidade de vida dos cidadáns<sup>18</sup>.

Ao fío do exposto, apuntouse que a razón básica destas previsións constitucionais se atopa na extraordinaria importancia tanto cuantitativa como cualitativa dos bens que conforman o dominio público, así como na función pública á que están directamente ligados (afectación) e, principalmente, no feito de que esta categoría é un réxime xurídico exorbitante<sup>19</sup>.

A definición e enumeración dos espazos costeiros que integran o dominio público marítimo-terrestre, a través da descrición das súas circunstancias físicas, constitúe un elemento impres-

15 AGUDO GONZÁLEZ, J., "Concepto constitucional; Bienes que lo integran (artículo 3 LC); (artigos 4 e 6 RC). Doctrina constitucional en la materia (problemas de constitucionalidad y su solución)", "El concepto de dominio público marítimo-terrestre", Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010, p. 207.

16 SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, p. 27.

17 *Ibidem*, p. 27.

18 Vid. BLASCO DÍAZ, J. L., *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 37 a 40; BASSOLS COMA, M., "El derecho de propiedad y la conservación del medio ambiente", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 730; LÓPEZ RAMÓN, F., "Dominio público y protección del medio ambiente", *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, 1988, pp. 596 e ss.; FONT I LLOVET, T., "La ordenación constitucional del dominio público", *cit.*, pp. 3917 a 3942.

19 FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "El patrimonio de las Administraciones públicas: concepto y principios generales (artículos 5 a 8)", Mestre Delgado, J. F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2004, p. 161.

cindible e o punto de partida do sistema de protección que a Lei de costas de 1988 instaura, xa que o configura como un primeiro mecanismo de protección do litoral. A lei define en primeiro termo o dominio público marítimo-terrestre e logo protéxeo<sup>20</sup>.

Unha das medidas de protección do dominio público marítimo-terrestre é precisamente o establecemento de zonas de servidume –que non forman parte del–, cuxo réxime xurídico se abordará nas epígrafes seguintes.

## 2 Natureza xurídica e configuración das servidumes de costas

As *Partidas* xa establecían limitacións por motivos de interese comunal ou público sobre os terreos lindeiros con algúns bens de dominio público, aínda que sen referirse á zona costeira<sup>21</sup>.

Foi a Lei de augas de 1866 a que estableceu por primeira vez sobre os predios costeiros as servidumes de salvamento e vixilancia litoral<sup>22</sup>, concretándose posteriormente a través das leis de portos de 1880 e de 1928. Nos antecedentes legais máis remotos destaca a ausencia da “servidume de paso”, que se introduciu máis tarde na Lei de costas de 1969, así como a omisión da “servidume de protección”, que se regulou por primeira vez na Lei de costas de 1988<sup>23</sup>.

Nas súas orixes, as servidumes explícanse a partir da estrutura do dereito real de servidume predial recollida no Código civil, que, como é sabido, contén varios elementos:

a) A relación xurídica que se establece entre os suxeitos titulares do predio que a soporta (“servente”) e o que se beneficia dela (“dominante”), nas chamadas “prediais”, ou a persoa que se beneficia nas “persoais”.

b) O contido obrigacional que se lle impón ao titular que a soporta pola súa condición de tal. Pode consistir nunha obriga de “facer” ou de “non facer”. Sen o establecemento da servidume non existiría tal obriga.

c) A “utilidade” que xustifica como razón estas obrigas.

d) O “título” en virtude do que se constitúe este dereito<sup>24</sup>.

As servidumes que serán obxecto de estudo neste traballo entran dentro da categoría de servidumes legais ao seren establecidas por lei, tal como indica o artigo 536 do Código civil, e teñen por obxecto a utilidade pública, tal como estipula o 549 do Código civil.

Non obstante, na actualidade estas servidumes encaixan con naturalidade nas chamadas “servidumes administrativas”, que traen causa directa da función social da propiedade, nos

---

20 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999, p. 64.

Fixose fincapé en que a peza fundamental da LC e elemento de referencia en toda ela é o dominio público marítimo-terrestre, de titularidade estatal. Vid. MEILÁN GIL, J. L., “Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas”, Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, cit., p. 61.

21 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, cit., p. 201.

22 MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 66.

23 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, cit., p. 201.

24 GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, cit., p. 173.

termos establecidos no artigo 33 da Constitución. A xurisprudencia constitucional remarcou que “a suxeición, con carácter xeral, dos terreos lindeiros co dominio público ás servidumes e limitacións do dominio que regula a lei trae razón de ser, como antes se dixo, da propia natureza, características e función social dos bens que integran o dominio público marítimo-terrestre, o que obriga a limitar o uso que poida facerse de tales terreos lindeiros, ao abeiro, xenericamente, do título resultante do artigo 149.1.23 CE.” (STC 149/1991 do 4 de xullo, FX terceiro).

Polo tanto, a suxeición dos terreos lindeiros co dominio público ás servidumes e limitacións que establece a Lei de costas trae razón de ser da propia natureza, características e función social dos bens que o integran, e ten como finalidade específica e determinada legalmente a seguinte: a protección do dominio público marítimo-terrestre, que comprende a defensa da súa integridade e dos fins de uso xeral a que está destinado, a preservación das súas características e elementos naturais e a prevención das prexudiciais consecuencias de obras e instalacións. Neste sentido, a Lei de costas contén no artigo 20 unha auténtica declaración de intencións cando postula que a protección do dominio público marítimo-terrestre comprende:

- a) a defensa da súa integridade e dos fins de uso xeral a que está destinado;
- b) a preservación das súas características e elementos naturais; e
- c) a prevención das prexudiciais consecuencias de obras e instalacións.

O establecemento das servidumes de costas foi fundamentado polo Tribunal Constitucional en que, «tanto para asegurar a integridade física e as características propias da zona marítimo-terrestre como para garantir a súa accesibilidade, é imprescindible impor servidumes sobre os terreos lindeiros e limitar as facultades dominicais dos seus propietarios, afectando así, de maneira importante, ao dereito que garante o artigo 33.1 e 2 da CE (...) É, sen dúbida, a protección da natureza a finalidade inmediata que perseguen as normas mediante as que se establecen limitacións no uso dos terreos lindeiros co fin de preservar as características propias (mesmo, claro está, os valores paisaxísticos) da zona marítimo-terrestre e, polo tanto, é a partir desa finalidade primaria como se deben articular, para respectar a delimitación competencial que impón o bloque da constitucionalidade, a obriga que ao legislador estatal lle impón o artigo 132.2 de la CE e as competencias asumidas polas comunidades autónomas» (STC 149/1991, do 4 de xullo, FX primeiro).

As afirmacións anteriores teñen consecuencias xurídicas importantes. A principal é que, a diferenza das expropiacións, non son indemnizables, salvo que se demostre a súa individualidade ou singularidade e que o dano ou perda causado no inmovible de propiedade particular se poida considerar gravemente desproporcionado e atente contra o seu contido esencial<sup>25</sup>.

Desde unha perspectiva competencial, as afirmacións anteriores son tamén relevantes. En palabras do TC, «só ao Estado lle corresponde establecer limitacións e servidumes sobre os terreos lindeiros ao dominio público marítimo-terrestre e, entre elas, a servidume de protección. Exerce, para o efecto, o Estado a súa competencia para establecer unha lexislación básica en materia de medio ambiente (ex artigo 149.1.23 CE), en conexión coa súa competencia (ex artigo 149.1.1 CE) para fixar en condicións de igualdade o exercicio do

25 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, cit., p. 188.

dereito de propiedade en todo o territorio, de maneira que as comunidades autónomas non poden establecer ningunha disposición ao respecto, nin sequera para reproducir con exactitude as previsións estatais, xa que a dita operación quedaría vedada pola doutrina sobre a *lex repetita* sistematizada pola STC 341/2005, do 21 de decembro, f. 9, e cuxa orixe última está na STC 10/1982, do 23 de marzo, f. 8, segundo a cal “a reprodución de normas estatais en normas autonómicas é inconstitucional cando a Comunidade Autónoma carece da correspondente competencia, salvo que (...) a reiteración da norma estatal sexa imprescindible para o entendemento do precepto (como postula a STC 47/2004, do 25 de marzo, f. 8)”» (STC 87/2012, do 18 de abril (FX quinto), cuxa doutrina serviu de base para a STC 137/2012, do 19 de xuño).

A Lei de costas regula as limitacións sobre os terreos lindeiros do dominio público marítimo-terrestre, debuxando con claridade catro franxas de terreo<sup>26</sup>, algunhas superpostas, sometidas a condicións de uso diversas: a servidume de protección (artigos 23 a 26), a servidume de tránsito (artigo 27), a servidume de acceso ao mar (artigo 28) e a zona de influencia (artigo 30)<sup>27</sup>. Todas estas servidumes decláranse imprescritibles, prevalecendo sobre a interposición de calquera acción, e impóñense a todos os terreos lindeiros co dominio público, coa única excepción daqueles expresamente declarados de interese para a seguridade e a defensa nacional, conforme a súa lexislación específica.

### 3 Estudo especial da servidume de protección

#### 3.1 Concepto e extensión

Apuntouse por parte do Tribunal Constitucional que, en puridade, non estamos ante unha auténtica servidume *–iura in re aliena–*, senón ante un límite ou unha limitación ao dereito de propiedade relacionado coa súa función social<sup>28</sup>.

Utilizando as explicacións dadas polo TS, podemos afirmar que «(...) a Lei de costas mantén a tradición das nosas leis anteriores ao suxeitar os terreos lindeiros co dominio público a determinadas limitacións –prohibicións á construción ou realización de determinadas actividades–, cambiando a rancia terminoloxía de “servidume de salvamento” pola de “protección”, acorde coa súa finalidade de conservar na súa integridade o dominio público marítimo-terrestre e de contribuír á axeitada protección dun medio natural tan sensible, como a experiencia puxo de relevo, segundo indica a exposición de motivos da citada Lei de costas. De maneira que, seguindo coa citada exposición, a garantía da conservación do dominio público marítimo-terrestre non pode obterse só mediante unha acción eficaz sobre

---

26 Para a correcta comprensión da regulación das figuras analizadas neste traballo, cómpre citar a disposición adicional primeira da Lei de costas pola súa extraordinaria relevancia á hora de interpretar as distancias recollidas ao longo do articulado da lei: as servidumes considéranse aplicadas en proxección horizontal e os termos exterior e interior considéranse referidos cara ao mar e cara á terra, respectivamente.

27 GARCÍA PÉREZ, M., “Las servidumbres de protección, de tránsito y de acceso al mar y la zona de influencia”, Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, cit., p. 573.

28 *Vid.* STC 37/1987, do 26 de marzo, sobre a Lei de reforma agraria andaluza de 1984, FX noveno. *Vid.* NOGUERA DE LA MUELA, B. *Las servidumbres de la Ley de costas de 1988*, prólogo de TORNOS MAS, J., Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 91-62 y 103-104.

a estreita franxa que ten esa cualificación xurídica, senón que resulta tamén imprescindible a actuación sobre a franxa privada lindeira...»<sup>29</sup>.

A anchura desta zona de servidume está determinada na Lei de costas entre 20 e 200 metros, segundo as características do tramo de costa afectado<sup>30</sup>.

Así, o artigo 23 da Lei de costas indica que a servidume de protección recae sobre unha zona de 100 metros medida cara ao interior desde o límite interior da ribeira do mar, aínda que por acordo da Administración do Estado, a da Comunidade Autónoma e o Concello correspondente pode ampliarse ata un máximo doutros 100 metros, cando sexa necesario para asegurar a efectividade da servidume, en atención ás peculiaridades do tramo de costa de que se trate<sup>31</sup>.

Por acordo das tres administracións, a servidume de protección tamén pode ser reducida ata unha anchura de vinte metros. Trátase dun suposto introducido na Lei 2/2013 que merece unha atención particular, sobre todo pola incidencia que pode chegar a ter en certos lugares do territorio español, como en Galicia<sup>32</sup>, onde a penetración da auga do mar no territorio –formando as coñecidas rías<sup>33</sup>– é moi acusada e prodúcese ás veces moitísimos quilómetros cara ao interior. En ocasións, non se alcanza a enxergar o efecto que poida ter a imposición da limitación respecto á protección da ribeira do mar e intúese que existen outros instrumentos (servidumes en materia de augas ou limitacións de protección ambiental) máis idóneos para protexer un contorno de importantes calidades naturais. En tales casos, compréndese que a Lei de costas considere como posibilidade excepcional a redución da anchura da servidume de protección de 100 a 20 metros «nas marxes dos ríos ata onde sexan sensibles as mareas» para evitar que nos tramos afastados da desembocadura se xere, por defecto, unha servidume de 100 metros<sup>34</sup>. Agora ben, sendo a medida razoable, debe

29 Vid. STS do 14 de xaneiro de 2009, FX quinto.

30 En palabras do TS, «a anchura desta zona de servidume de protección ha de ser, loxicamente, convencional, ben que debe fixarse conxugando con carácter xeral unha profundidade de 100 metros, aínda que nas zonas xa urbanizadas se mantén a anchura de 20 metros da anterior servidume de salvamento, como no seu articulado dispón o artigo 23 da Lei de costas. Ao servizo de tal finalidade, o réxime xurídico da zona de servidume de protección tradúcese en importantes limitacións que actúan como prohibicións no artigo 25.1.a) da Lei de costas, impedindo nesta zona as edificacións destinadas a residencia ou habitación» (STS do 14 de xaneiro de 2009, FX quinto).

31 A xurisprudencia constitucional aclarou que «a constitucionalidade da posibilidade de que a extensión da servidume de protección quede ampliada ata un máximo doutros 100 metros xustifícase, en efecto, na competencia do Estado para ditar a lexislación básica sobre protección do medio ambiente que, neste caso, necesariamente se ha de traducir nunha habilitación á potestade executiva da Administración do Estado para, segundo as posibilidades do tramo de costa de que se trate, adoptar a decisión máis axeitada e conveniente co fin de asegurar a efectividade da servidume. Tal habilitación non resulta contraria ao carácter básico da norma, nin moito menos vulnera o ámbito competencial autonómico, unha vez que, en todo caso, é preciso o acordo da Comunidade Autónoma e do Concello correspondente» (STC 149/1991, do 4 de xullo, FX terceiro).

32 É relevante resaltar que, dos 4.996 quilómetros de lonxitude do litoral peninsular español, é a Comunidade Autónoma que máis extensión ten (cun total de 1.720), o que supón case o 35% do litoral español, descontando o pertencente ás comunidades autónomas insulares. Cfr. MULERO MENDIGORRI, A., *Introdución al medio ambiente en España, Ariel-Geografía*, Madrid, 1999, p. 185.

33 Na súa costa poden distinguirse 5 áreas: o “arco cantábrico” ou “Rías Altas”; o “arco ártabro”, o “arco de Fisterra”; o “arco das Rías Baixas” e o “arco miniano-duriense”. Cfr. PENAS LADO, E., *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*, Consellería de Pesca, Acuicultura e Marisqueo, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2000, pp. 30 e 31.

34 A diferenza entre as marxes dos ríos e as rías foi posta de manifesto pola xurisprudencia. É ilustrativa, entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo do 27 de xuño de 2008 (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), que resolve o Recurso de casación núm. 4182/2004: a Sala da Audiencia razoou que, «con carácter xeral, o dominio público marítimo terrestre inclúe a zona marítimo-terrestre que comprende os terreos ata onde se supera o límite da liña de preamar máxima viva equinoccial, que se estende polas marxes dos ríos ata o sitio onde se faga sensible o efecto das mareas, ex artigo 3.1.a) da Lei de costas. Esta sensibilidade ao efecto das mareas concrétese efectivamente á zona das marxes, entendendo por tal a liña que separa a auga da terra, ou as extremidades polas que discorre a auga (...). Neste sentido, debe sinalarse que o indicado artigo non establece unha concorrencia de carácter exclusivo do efecto das mareas para que os terreos pertencen ao dominio público costeiro, senón que abonda con que, calquera que sexa a súa causa ou a causa que coaduxve a tal resultado,

adoptarse con precaución. Como sinalan SANZ LARRUGA e GARCÍA PÉREZ, río e ría son dúas realidades xeomorfolóxicas distintas e só ao primeiro, aos ríos, se refire a posibilidade de reducir a zona de servidume a vinte metros<sup>35</sup>.

Pero, sen dúbida, a disposición máis transcendental no que á anchura da servidume de protección se refire é a disposición transitoria terceira da Lei de costas e, por relación, a disposición transitoria primeira da Lei 2/2013. A primeira regula a anchura da servidume de protección en atención ás características do solo no momento de entrada en vigor da Lei de costas, é dicir, o 29 de xullo de 1988; a segunda regula un suposto particular, de grande incidencia en Galicia e Canarias, que é o dos chamados núcleos tradicionais de costa, que serán obxecto de análise a continuación.

### 3.1.1 O réxime especial da disposición transitoria terceira da Lei de costas

- Por un lado, o seu apartado primeiro dispón a aplicación das **disposicións contidas no título II sobre as zonas de servidume de protección e de influencia aos terreos** que no momento de entrada en vigor desta lei estivesen clasificados como solo urbanizable non programado e solo non urbanizable, e engade que as posteriores revisións da ordenación que prevean a futura urbanización dos ditos terreos e o seu conseguinte cambio de clasificación deberán respectar integramente as mencionadas disposicións.

O seu apartado terceiro estipula a suxeición dos terreos clasificados como solo urbano á entrada en vigor desta lei ás servidumes establecidas nela, coa excepción de que a anchura da servidume de protección será de 20 metros. Malia iso, impón o respecto aos usos e construcións existentes, así como ás autorizacións xa outorgadas, nos termos previstos na disposición transitoria cuarta. Así mesmo, engade que «se poderán autorizar novos usos e construcións de conformidade cos plans de ordenación en vigor, sempre que se garanta a efectividade da servidume e non se prexudique o dominio público marítimo-terrestre (...)».

A xurisprudencia do Tribunal Supremo «propugna unha interpretación restritiva da disposición transitoria terceira, apartado 3 LC. A dita interpretación imponse, con maior razón, tras a nova redacción que lle deu o artigo 120 da Lei 53/2002, do 30 de decembro. A posibilidade de novas construcións na zona de servidume de protección que se contempla nesa disposición ten un carácter marcadamente excepcional fronte á regra xeral establecida no artigo 25 da mesma Lei de costas, cuxo apartado 1.a) dispón que na zona de servidume de protección están prohibidas as edificacións destinadas a residencia ou habitación [Sentenza desta Sala do 29 de xuño de 2009 (Casación 1397/2005) e as que nela se citan]. A defensa desta “servidume de protección” prodúcese porque a Lei de costas prosegue a tradición do noso dereito de suxeitar os terreos lindeiros co dominio público a limitacións da propiedade, cambiando a denominación anterior da “servidume de salvamento” pola de “servidume de protección” para protexer un medio natural moi sensible á degradación pola acción humana.

---

o sitio sexa sensible ao efecto das mareas (...).» Así mesmo, cando o artigo 3.1.a) da Lei de costas 22/88 inclúe como zona de dominio público marítimo-terrestre «a zona que se estende tamén polas marxes dos ríos ata o sitio onde se faga sensible o efecto das mareas» esta sentenza do Tribunal Supremo indica que non distingue a causa pola que as mareas se fan sensibles nesa zona, de igual xeito que na ribeira do mar a zona chega ata «onde alcanzan as ondas nos maiores temporais coñecidos». Conclúe afirmando que son as mareas as que, no suposto das ribeiras das rías, definen o dominio público, calquera que sexa a causa da marea.

35 GARCÍA PÉREZ, M. e SANZ LARRUGA, F. J., “Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas”, *IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014.



Non se trata en realidade de *iura in re aliena* ou de auténticas servidumes, senón de límites do dereito de propiedade lindeiro co dominio público costeiro en atención á función social desta. A servidume de protección ten a finalidade de protexer o dominio público prohibindo determinadas actividades enormemente daniñas para el e, de forma moi especial, as construcións. Por iso, o artigo 23 da Lei de costas dispón que a servidume de protección recaerá sobre unha zona de 100 metros medida cara ao interior desde o límite interior da ribeira do mar, e prevé, mesmo, que esa zona poderá ser ampliada pola Administración do Estado, de acordo coa da Comunidade Autónoma e o Concello correspondente, ata un máximo doutros 100 metros, cando sexa necesario para asegurar a efectividade da servidume, en atención ás peculiaridades do tramo de costa de que se trate. A disposición transitoria terceira, apartado 3 da LC, en excepción ao anterior, mantén a anchura de 20 metros da servidume anterior de salvamento, cando se trata de solo urbano»<sup>36</sup>.

- Por outro lado, o seu apartado quinto sinala que as servidumes de paso ao mar actualmente existentes manteranse nos termos en que foron impostas.

Como sinalou a xurisprudencia, hai que ter en conta que «a finalidade das normas transitorias é atemperar ou mitigar os efectos derivados da entrada en vigor da lei e non converter o dito réxime nunha regulación paralela e, en todo caso, allea aos principios, finalidade e exixencias derivadas do réxime que crea a Lei de costas de 1988»<sup>37</sup>.

### 3.1.2 O caso dos núcleos tradicionais de costa

Un dos aspectos fundamentais da Lei 2/2013 recae na disposición transitoria primeira, que reza o seguinte polo que respecta á aplicación da disposición transitoria terceira, apartado 3, da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas:

- No prazo de dous anos desde a entrada en vigor desta lei, poderase instar que o réxime previsto na disposición transitoria terceira, apartado 3, da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, se aplique igualmente aos núcleos ou áreas que, no momento da súa entrada en vigor, non estivesen clasificados como solo urbano pero que reunisen algún dos seguintes requisitos:

a) En municipios con planeamento, os terreos que, ou conten con acceso rodado, abastecemento de auga, evacuación de augas residuais e subministración de enerxía eléctrica e estivesen consolidados pola edificación en polo menos un terzo da súa superficie, ou, carecendo dalgún dos requisitos mencionados, estivesen comprendidos en áreas consolidadas pola edificación como mínimo en dúas terceiras partes da súa superficie, de conformidade coa ordenación de aplicación.

b) En municipios sen planeamento, os terreos que, ou conten con acceso rodado, abastecemento de auga, evacuación de augas residuais e subministración de enerxía eléctrica e estivesen consolidados pola edificación en polo menos un terzo da súa superficie, ou, carecendo dalgún dos requisitos mencionados, estivesen comprendidos en áreas consolidadas pola edificación como mínimo na metade da súa superficie.

36 Vid. STS (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 30 xuño de 2011, FX quinto.

37 Vid. STS (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 6 novembro de 2008, FX cuarto.

- Esta disposición aplicarase aos núcleos ou áreas delimitados polo planeamento, e, en defecto deste, serán delimitados pola Administración urbanística competente; en ambos os dous casos, con informe previo favorable do Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente, que deberá pronunciarse sobre a delimitación e compatibilidade de tales núcleos ou áreas coa integridade e defensa do dominio público marítimo-terrestre (en caso de que non se emitise no prazo estipulado, entenderase que é favorable).

- As administracións urbanísticas que xa delimitasen ou clasificasen como solo urbano os núcleos ou áreas a que se refire o apartado primeiro desta disposición deberán solicitarlle ao Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente o informe previsto no apartado segundo no prazo de tres meses desde a entrada en vigor desta lei (en caso de que non se emitise nese prazo, entenderase que é favorable).

- Non obstante, nos núcleos e áreas a que se refire esta disposición, non se poderán autorizar novas construcións das prohibidas no artigo 25 da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas.

### 3.2 Facultades e limitacións

Polo que respecta ás implicacións que a servidume de protección supón, o artigo 24 da Lei de costas aclara que nos terreos comprendidos nesta zona se poderán realizar cultivos e plantacións sen necesidade de autorización ningunha, sen prexuízo do establecido no artigo 27, e engade que nos primeiros 20 metros desta zona se poderán depositar temporalmente obxectos ou materiais botados polo mar e realizar operacións de salvamento marítimo, pero non se poderán levar a cabo cerramentos, salvo nas condicións que se determinen regulamentariamente.

Á súa vez, o artigo 47.4 do Real decreto 876/2014, do 10 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral de costas<sup>38</sup>, indica que só se autorizarán os cerramentos relativos ás paredes das edificacións debidamente autorizadas, os valados perimetrais de peche de parcelas lindeiros co dominio público marítimo-terrestre, que se poderán executar de acordo co determinado no planeamento urbanístico municipal (coa excepción de que só poderán ser totalmente opacos ata unha altura máxima dun metro) e os vinculados ás concesións en dominio público marítimo-terrestre coas características que se determinen no título concesional.

En todo caso, recalca que deberá quedar libre a zona afectada pola servidume de tránsito.

En canto ás prohibicións no ámbito da servidume de protección, aparecen enumeradas no artigo 25 da Lei de costas como segue:

a) As edificacións cuxo destino é o de residencia ou habitación.

b) A construción ou a modificación de vías de transporte interurbanas e as de intensidade de tráfico superior á que se determine regulamentariamente, así como das súas áreas de servizo.

---

38 Publicado no BOE n.º 247 o 11 de outubro de 2014.

c) As actividades que leven consigo a destrución de xacementos de áridos *naturais ou non consolidados, entendéndose por tales os lugares onde existen acumulacións de materiais detríticos tipo areas ou gravas*<sup>39</sup>.

d) O tendido aéreo das liñas eléctricas de alta tensión.

e) A vertedura tanto de residuos sólidos como de entullos e augas residuais sen depuración.

f) A publicidade mediante carteis ou valos, ou por medios acústicos ou audiovisuais.

O TS afirmou que «a servidume de protección ten a finalidade, en definitiva, de protexer o dominio público marítimo-terrestre, prohibindo determinadas actividades nocivas para este e, de forma moi especial, previr os riscos derivados dunha actividade urbanística indiscriminada»<sup>40</sup>. Nesta mesma liña sentenciou que «é evidente que o lexislador quixo que non se constrúa na zona de servidume de protección, respectando transitoriamente por excepción as construcións xa existentes, e mesmo permitindo excepcionalmente as novas construcións para evitar que, ao construír recuando sobre a liña antes existente (tratándose de edificación continua), se producise un efecto antiestético, creándose *ex novo* medianeiras á vista pública na fachada marítima. Por iso, exíxese que se trate de edificios pechados e con medianeira, e en ningún caso se permite para edificación illada»<sup>41</sup>.

Con carácter ordinario, unicamente se permiten as obras, instalacións e actividades que, pola súa natureza, non poidan ter outra situación (a Lei 2/2013 engade expresamente como exemplos os establecementos de cultivo mariño ou as salinas marítimas) ou presten servizos necesarios ou convenientes para o uso do dominio público marítimo-terrestre, así como as instalacións deportivas descubertas. En todo caso, recálcase que a execución de terrapléns, desmontes<sup>42</sup> ou corta de árbores<sup>43</sup> deberían cumprir as condicións determinadas regulamentariamente para garantir a protección do dominio público.

Neste sentido, a xurisprudencia aclarou que «o contido do artigo 25.2 da Lei de costas –que se trate de “obras, instalacións e actividades que, pola súa propia natureza, non poidan ter outra localización ou presten servizos necesarios ou convenientes para o uso do dominio público marítimo terrestre” – nos sitúa na órbita dos conceptos xurídicos indeterminados, que debemos perfilar na súa aplicación ao caso concreto. Iso obríganos a tomar en consideración os principios que resultan de aplicación, o réxime xurídico aplicable, as limitacións establecidas por este e o específico modo de utilización do dominio público, pois só así –

39 A frase en cursiva foi incluída pola Lei 2/2013.

40 *Vid.* STS (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) do 21 de decembro de 2012, FX quinto.

41 *Vid.* STS (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) do 6 de novembro de 2008, FX primeiro.

42 Neste sentido, cabe aludir ao artigo 47.2 do regulamento, que preceptúa:

«A execución de terrapléns e desmontes deberá cumprir as seguintes condicións para garantir a protección do dominio público (artigo 25.2 da Lei 22/1988, do 28 de xullo):

- a) Só poderá permitirse a execución de desmontes e terrapléns con autorización previa.
- b) Só poderá autorizarse cando a altura daqueles sexa inferior a 3 metros, non prexudique a paisaxe e se realice un axeitado tratamento dos seus noiros con plantacións e recubrimentos.
- c) A partir da dita altura, deberá realizarse unha avaliación previa da súa necesidade e a súa incidencia sobre o dominio público marítimo-terrestre e sobre a zona de servidume de protección».

43 O 47.3 do regulamento sinala ao respecto que «a corta de árbores se poderá permitir sempre que sexa compatible coa protección do dominio público, cando exista autorización previa do órgano competente en materia forestal e non mingüe significativamente as masas arboradas, debendo recollerse expresamente na autorización a exigencia de reforestación eficaz con especies autóctonas, que non danen a paisaxe e o equilibrio ecolóxico».

non pola invocación de meras razóns de oportunidade— se garante que unicamente sexan autorizadas instalacións ou servizos que, ademais de non estaren prohibidos, non consintan outra localización ou sexan necesarios ou, cando menos, convenientes para o uso do dominio público marítimo. Esta última, o carácter necesario ou conveniente do servizo, é unha apreciación que só pode concretarse atendendo aos fins e obxectivos propios da protección, que o noso ordenamento xurídico dispensa, nos termos antes expostos, ao dominio público. Do mesmo xeito que a necesidade da localización na zona de servidume de protección necesita dunha xustificación e explicación concreta, sen xenéricas evocacións, que permita saber que os fins da actividade (...) non se poidan cumprir se a localización se realiza extramuros da dita zona de servidume. (...) Coincidimos, neste sentido, polo tanto, coa Sala de instancia en que non se xustificou en debida forma que as obras e instalacións pretendidas non poidan ter outra localización que a prevista na zona de servidume de protección, e cando engade que tampouco se acreditou que a través desa actuación se presten servizos “necesarios ou convenientes para o uso do dominio público marítimo-terrestre”. Como pon de manifesto o tribunal *a quo*, a xustificación non pode ser a dos feitos consumados, é dicir, que non exista outra localización para o uso comercial porque as localizacións xa están executadas, pois a xustificación debe establecerse desde a xénese da decisión, isto é, desde que se fixo a planificación. E ningunha xustificación razoable se proporciona, por outro lado, respecto de que ese centro comercial preste servizos “necesarios ou convenientes para o uso do dominio público marítimo-terrestre”, pois favorecer o uso comercial turístico non impón necesariamente a súa localización en zona de servidume de protección»<sup>44</sup>.

Continuando co estudo da regulación legal, o Consello de Ministros poderá autorizar as actividades e instalacións a que se refiren as letras b) e d) do apartado 1 deste artigo excepcionalmente e por razóns de utilidade pública debidamente acreditadas. Na mesma forma, poderán ser autorizadas as edificacións a que se refire a letra a) e as instalacións industriais en que non concorran os requisitos do apartado 2, que fosen de excepcional importancia e que, por razóns económicas xustificadas, fose conveniente a súa localización no litoral, sempre que, en ambos os dous casos, se localicen en zonas de servidume correspondentes a tramos de costa que non constitúan praia nin zonas húmidas ou outros ámbitos de especial protección. Así mesmo, apunta a necesidade de que as actuacións autorizadas conforme o previsto neste apartado terceiro da lei se acomoden ao planeamento urbanístico aprobado polas administracións competentes<sup>45</sup>.

Do mesmo xeito, cabe aludir a que «o expresado artigo 25 establece as prohibicións propias da zona de servidume de protección. Esta previsión ten un carácter xeral e, polo tanto, refírese a esta franxa de terreo calquera que sexa a clasificación urbanística do solo. Sendo unha cuestión diferente, que non afecta a esta prohibición xeral do artigo 25, que o réxime transitorio estableza determinados supostos de feito ou xurídicos aos que se una, en cada caso, unha consecuencia xurídica, como sucede coa transitoria terceira da Lei de costas»<sup>46</sup>.

Tras a modificación da Lei de costas, introdúcese un novo apartado 4 no que estipula que «reglamentariamente se establecerán as condicións en que se poderá autorizar a publi-

---

44 *Vid.* STS (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) do 21 de decembro de 2012, FX quinto.

45 O número 3 do artigo 25 foi declarado constitucional por Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991, do 4 de xullo, se se interpreta no sentido fixado no seu fundamento xurídico 3.D.c

46 *Vid.* STS (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) do 6 de novembro de 2008, FX terceiro.

dade a que se refire a letra f) do apartado 1 deste artigo sempre que sexa parte integrante ou acompañe instalacións ou actividades permitidas e non sexa incompatible coa finalidade da servidume de protección».

Polo que respecta ao regulamento, o seu artigo 46 establece o seguinte sobre este extremo:

1º) A prohibición das edificacións destinadas a residencia ou habitación a que se refire a letra a) do apartado 1 inclúe as hoteleiras e exclúe as acampadas<sup>47</sup> e os campamentos ou cámpings<sup>48</sup> debidamente autorizados con instalacións desmontables.

2º) A prohibición de construción ou modificación de vías de transporte a que se refire a letra b) do apartado 1 entenderase para aquelas cuxo trazado discorra lonxitudinalmente ao longo da zona de servidume de protección, exceptuando aquelas en que a súa incidencia sexa transversal, accidental ou puntual e as de intensidade de tráfico superior a 500 vehículos/día de media anual no caso de estradas e as súas áreas de servizo.

3º) Non se entenderá incluído dentro da prohibición de destrución de depósitos de áridos a que se refire a letra c) do apartado 1 o seu aproveitamento para a súa achega ás praias.

4º) Non se considerarán incluídos na prohibición de publicidade a que se refire a letra f) do apartado 1 os supostos do artigo 81.4 deste regulamento<sup>49</sup>, sempre que sexa compatible coa protección do dominio público marítimo-terrestre.

Por último, na lei a dita sección péchase co artigo 26, cuxo primeiro inciso, que foi declarado inconstitucional, declaraba que os usos permitidos na zona de servidume de protección estarían suxeitos a autorización da Administración do Estado, que se outorgará con suxeición ao disposto nesta lei, e nas normas que se diten, se é o caso, de acordo co previsto no artigo 22, e engadía a posibilidade de establecer así mesmo as condicións que se consideren necesarias para a protección do dominio público<sup>50</sup>. O dito precepto postula a obrigatoriedade de dispor do correspondente título administrativo outorgado conforme esta lei con carácter previo en caso de que a actividade solicitada estivese vinculada directamente á utilización do dominio público marítimo-terrestre.

47 Matiza que se debe entender por acampada a instalación de tendas de campaña ou de vehículos ou remolques habitables.

48 Aclara que se entenderá por campamento ou cámping a acampada organizada dotada dos servizos e subministracións establecidas pola normativa vixente.

49 O artigo 81 do regulamento, no seu primeiro apartado, establece a prohibición da publicidade permanente a través de carteis ou valos ou por medios acústicos ou audiovisuais.

Excepcionalmente, e nas condicións que se establecen nos apartados seguintes, indica que se poderá autorizar a publicidade sempre que sexa parte integrante ou acompañe instalacións ou actividades permitidas no dominio público marítimo-terrestre e sexa compatible coa súa protección.

Polo que respecta ao apartado número 4, postula o seguinte:

«Poderase permitir, con carácter excepcional, de acordo co disposto no apartado 1, nos seguintes supostos:

- a) Rótulos indicadores de establecementos debidamente autorizados, sempre que se coloquen na súa fachada e non supoñan unha redución do campo visual xerado polo volume da propia edificación ou instalación. Nas mesmas condicións, poderán admitirse rótulos ou carteis doutras marcas expedidas no establecemento.
- b) Nos valos cuxa colocación resulte necesaria para a funcionalidade da instalación ou para o desenvolvemento de actividades.
- c) Elementos publicitarios dos patrocinadores das actividades lúdicas ou deportivas que estean debidamente autorizadas, sempre que se integren ou acompañen os elementos autorizados para a súa realización.

Os medios publicitarios utilizados non poderán implicar unha redución adicional do campo visual, producir ruído nin vibracións nin romper a harmonía da paisaxe».

50 O número 1 do artigo 26 foi declarado inconstitucional pola Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991, do 4 de xullo.

Así mesmo, cabe traer a colación o artigo 15 da lei pola súa transcendencia no ámbito que se está a analizar, xa que establece que cando se trate de inscribir no rexistro da propiedade predios situados na zona de servidume de protección a que se refire o artigo 23, na descrición daqueles precisárase se lindan ou non co dominio público marítimo-terrestre, podendo producirse as seguintes situacións:

a) En caso de que a resposta sexa afirmativa, non poderá practicarse a inscrición se non se xunta ao título a certificación da Administración do Estado que acredite que non se invade o dominio público.

b) Se a resposta é negativa ou non se fai declaración ningunha a este respecto, o rexistrador requirirá o interesado para que identifique e localice o predio no plano proporcionado para iso pola Administración do Estado.

Se da dita identificación resultase que non lindan, o rexistrador practicará a inscrición facendo constar nela ese extremo.

Non obstante, se, a pesar desa identificación ou por non poder levarse a efecto, o rexistrador sospeitase unha posible invasión do dominio público marítimo-terrestre, porá a solicitude de inscrición en coñecemento da Administración do Estado, deixándoa entre tanto en suspenso ata que aquela expida certificación favorable. Unha vez transcorridos trinta días desde a petición de oficio da certificación sen que se recibise contestación, poderá procederse á inscrición.

Finalmente, se non estivese aprobado o deslinde, iniciárase o correspondente procedemento a custa do interesado dentro dun prazo que non poderá ser superior a tres meses desde a correspondente solicitude, quedando entre tanto en suspenso a inscrición solicitada.

Un aspecto que cómpre analizar é o réxime xurídico das obras e instalacións xa existentes na zona de servidume de protección á entrada en vigor da lei de 1988.

En primeiro lugar, cabe aludir á modificación da letra b) do apartado 2 da disposición transitoria cuarta da Lei de costas pola Lei 2/2013, xa que esta estipula que, «se se sitúan na zona de servidume de tránsito, os titulares das construcións e instalacións poderán realizar as obras de reparación, mellora, consolidación e modernización sempre que non impliquen aumento de volume, altura nin superficie das construcións existentes e sen que o incremento de valor que aquelas comporten poida ser tido en conta para os efectos expropiatorios». E continúa dicindo que as ditas obras non poderán ser autorizadas polo órgano urbanístico competente sen que, con carácter previo, a Administración do Estado emita un informe favorable no que conste que a servidume de tránsito queda garantida.

Á súa vez, cabe resaltar a modificación da letra c) do apartado 2 da disposición transitoria cuarta da Lei de costas levada a cabo pola Lei 2/2013, que estipula que «no resto da zona de servidume de protección e nos termos en que esta se aplica ás diferentes clases de solo conforme o establecido na disposición transitoria terceira, poderán realizarse obras de reparación, mellora, consolidación e modernización sempre que non impliquen aumento de volume, altura nin superficie das construcións existentes e sen que o incremento de valor que aquelas comporten poida ser tido en conta para os efectos expropiatorios».

Outra novidade da Lei 2/2013 é a introdución dun novo apartado terceiro que antes non existía, en virtude do cal as obras a que se refire o apartado segundo desta disposición transitoria cuarta, cando lles sexa aplicable, deberán:

- Por un lado, supor unha mellora na eficiencia enerxética. Para iso terán que obter unha cualificación enerxética final que alcance unha mellora de dúas letras ou unha letra B, o que se acreditará mediante a certificación de eficiencia enerxética, de conformidade co previsto no Real decreto 235/2013, do 5 de abril, ou o que calquera outra norma poida establecer no futuro para a certificación de edificios existentes.

- Por outro lado, empregar os mecanismos, sistemas, instalacións e equipamentos individuais e/ou colectivos que supoñan un aforro efectivo no consumo de auga.

Así mesmo, «non poderán ser autorizadas polo órgano urbanístico competente sen que os titulares das concesións acrediten ter presentado ante a Administración do Estado e os das construcións e instalacións ante os órganos competentes das comunidades autónomas unha declaración responsable en que de xeito expreso e claro manifesten que tales obras non suporán un aumento do volume, altura nin superficie das construcións existentes e que cumpren cos requisitos establecidos anteriormente sobre eficiencia enerxética e aforro de auga, cando lles sexan de aplicación».

Pola súa banda, a disposición transitoria sétima da Lei de costas engadía no seu primeiro apartado, declarado inconstitucional, que, nos casos de obras, instalacións ou actividades en zona de servidume de protección en tramos de costa non deslindados conforme o previsto nesta lei, a Administración do Estado exixirá a autorización a que se refire o artigo 26, para cuxo efecto definirá provisionalmente, e fará pública acompañada do correspondente plano, a liña probable de deslinde e a extensión da zona de servidume no prazo máximo dun mes; non obstante, en caso de discrepancia, o outorgamento da autorización quedará condicionado á aprobación previa ou simultánea do deslinde, que se tramitará con carácter preferente<sup>51</sup>.

Non obstante, cando se pretenda a ocupación de terreos de dominio público aínda non deslindados segundo o previsto nesta lei, o petionario deberá solicitar o deslinde á súa custa, simultaneamente coa solicitude de concesión ou autorización, podendo tramitarse ao mesmo tempo ambos os dous expedientes de deslinde e concesión, tendo en conta que, en caso de solicitude de concesión, o seu outorgamento non poderá ser previo á aprobación do deslinde.

Do mesmo xeito, as obras que vaian realizar as administracións públicas non poderán executarse sen que exista deslinde aprobado.

Por último, tamén se debe facer referencia ao disposto na disposición adicional terceira da Lei de costas cando declara de utilidade pública, para os efectos de expropiación, os terreos de propiedade particular a que se refire a disposición transitoria segunda, así como os incluídos na zona de servidume de protección que se estimen necesarios para a defensa e uso do dominio público marítimo-terrestre.

51 Número 1 da disposición transitoria sétima declarado inconstitucional pola Sentenza do Tribunal Constitucional 149/1991, do 4 de xullo, no relativo á autorización da Administración do Estado, en canto lle atribúen á Administración do Estado o outorgamento de autorizacións na zona de protección.

## 4 Reflexións finais

A Lei 2/2013, do 29 de maio, de protección e uso sustentable do litoral e de modificación da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, suscitou unha ardua polémica desde o instante mesmo da súa xestión. Por iso existe división de opinións no que ao seu contido se refire, xa que foi gabada por uns e fortemente criticada por outros.

Desde logo, no seu preámbulo, a Lei 2/2013 achega numerosos argumentos para intentar xustificar a nova regulación:

- a) Alude ao valor ambiental da costa e destaca a súa riqueza e diversidade biolóxica.
- b) Indica que o noso litoral é unha das zonas máis densamente poboadas, nas que se concentra gran parte da actividade turística e da relacionada cos cultivos mariños.
- c) Conceptúa a costa como un recurso estratéxico de crucial importancia para o noso país.
- d) Asegura que o reto que hoxe debe encarar a nosa lexislación de costas é conseguir un equilibrio entre un alto nivel de protección e unha actividade respectuosa co medio ambiente, xa que o desenvolvemento sustentable se alimenta da relación recíproca entre a actividade económica e a calidade ambiental. Deste xeito, afirma que un litoral que se manteña ben conservado contribúe ao desenvolvemento económico, e os beneficios deste redundan, á súa vez, na mellora ambiental.
- e) Propugna que esta reforma proporciona seguridade xurídica, establecendo un marco en que as relacións xurídicas no litoral poidan ter continuidade a longo prazo.
- f) Defende que se garante o mantemento da integridade do dominio público marítimo-terrestre a través de regras claras que poidan ser aplicadas.
- g) Apostila que esta se orienta a garantir a protección do litoral e insiste en que consegue outorgar seguridade xurídica.
- h) Afirma que o litoral é un ecosistema sensible e vulnerable que precisa protección, e lograla é un obxectivo fundamental desta reforma. Por iso, indica que a lei refortalece os mecanismos de protección, tanto na súa vertente preventiva como defensiva.
- i) Asegura que pretende dotar as relacións xurídicas que se dan no litoral dunha maior seguridade xurídica, xa que remarca que a súa ausencia xerou problemas que van máis alá dos estritamente xurídicos, e que causaron desconfianza e desconcerto<sup>52</sup>.

---

52 Neste punto alude a un informe do Parlamento Europeo do 20 de febreiro de 2009, o denominado "Informe *Auken*", que «recoñece e apoia os esforzos das autoridades españolas por protexer o medio costeiro e, alí onde sexa posible, restaurar ese medio de forma favorable para a biodiversidade e a rexeneración das especies autóctonas de fauna e flora, e, neste contexto específico, instaas a que revisen urxentemente e, se é o caso, modifiquen a Lei de costas co fin de protexer os dereitos dos lexítimos propietarios das vivendas e daqueles que posúen pequenas parcelas en zonas da costa que non teñen un impacto negativo sobre o medio costeiro; fai fincapé en que a dita protección non debe concederse a proxectos de desenvolvemento especulativos que non respectan as directivas da UE en materia de medio ambiente; propónse revisar as peticións recibidas sobre este asunto á vista da resposta das autoridades competentes españolas». *Vid.* Informe do Parlamento Europeo sobre o impacto da urbanización extensiva en España nos dereitos individuais dos cidadáns europeos, o medio ambiente e a aplicación do dereito comunitario, con fundamento en determinadas peticións recibidas (2008/2248 (INI); fundamento n.º 22, p. 12).



j) Destaca que a seguridade xurídica é o pilar que sustenta esta reforma, e o seu establecemento resultaba unha tarefa indispensable para superar o marco anterior. Engade que este principio se manifesta na determinación mesma da delimitación do concepto de dominio público marítimo-terrestre, nas melloras introducidas no procedemento de deslinde, na modificación das regras que rexen as concesións e autorizacións, así como nas limitacións á propiedade privada dos terreos contiguos ao dominio público.

k) Defende que esta reforma pretende sentar as bases dun uso do litoral que sexa sustentable no tempo e respectuoso coa protección ambiental. Con este fin, xustifica que os cambios que se introducen outorgan certeza e claridade, ao tempo que resolven os problemas que a curto prazo formulaba a lexislación anterior, preservando a franxa litoral.

l) Finalmente, subliña que esta reforma incorpora á Lei de costas regulacións específicas para afrontar con garantías a loita contra os efectos do cambio climático no litoral, xa que introduce un réxime específico para os tramos do litoral que se atopen en risco grave de regresión.

Isto sucede porque nas áreas así declaradas se limitan as ocupacións e prevese que a Administración poida realizar actuacións de protección, conservación ou restauración, respecto das que poderá establecer contribucións especiais; outra das novidades desta reforma.

Tamén se exige que aos proxectos para a ocupación do dominio público se achegue unha avaliación prospectiva sobre os posibles efectos do cambio climático. Ademais, incorpórase como causa de extinción das concesións o suposto de que as obras ou instalacións estean en risco certo de seren alcanzadas polo mar.

Xunto a estas medidas de carácter xurídico, a Lei imponse ao Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente a obriga de elaborar unha estratexia para a adaptación da costa aos efectos do cambio climático, xa que con iso se conseguirá dispor dun diagnóstico rigoroso dos riscos asociados ao cambio climático que lle afectan á nosa costa, e dunha serie de medidas que permitan mitigalos.

Non obstante, malia o esforzo por remarcar os aspectos positivos da nova versión da lei, esta foi fortemente criticada por considerala menos proteccionista que a súa versión anterior.

Na súa redacción de 1988, a Lei de costas recibiu loanzas e tamén críticas. Significouse, por exemplo, que foi un instrumento idóneo para reforzar a protección do noso litoral e preservar a súa riqueza e valor ambiental, pero non se ignoraron os numerosos conflitos xurisdiccionais que provocou<sup>53</sup> ou que se chamaron “danos colaterais” producidos na súa aplicación<sup>54</sup>.

53 Por iso, apuntouse a necesidade de que esta se transformase. Así, MEILÁN GIL sinalaba o seguinte: «(...) o meu parecer é que sería conveniente unha reforma da Lei de costas, mesmo co cambio de nome, para referirse ao litoral, co que se visualizaría máis a nova perspectiva desde a que se actualmente están a considerar as zonas costeiras. O dominio público debe manterse porque a iso obriga a Constitución e non é preciso reformala por este motivo e romper cunha longa tradición. Pero non sería superfluo revisar e mellorar a súa determinación á vista das dificultades e dúbidas que formularon os numerosos conflitos xurisdiccionais, mesmo contando coa presunción de veracidade da Administración no trámite fundamental da proba». Cfr. MEILÁN GIL, J. L., “Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas”, *cit.*, p. 93.

54 «Danos colaterais” que se concentraron en dous colectivos: dun lado, os cidadáns que viron as súas propiedades privadas transformadas en concesións administrativas, sen outra compensación que o dereito de uso sen pagamento de canon por un tempo máis ou menos longo e con fortes limitacións respecto ao uso dos terreos ocupados; doutro lado, os propietarios lindeiros co dominio público marítimo-terrestre, cuxos dereitos de propiedade foron duramente delimitados a través da imposición de servidumes de tránsito ou protección». Neste punto, GARCÍA PÉREZ, M. afirmou que, «se a reforma formulada se tivese centrado en afrontar estas situacións e, ao tempo, aprobábase algunhas outras medidas de maior protección da costa, non teríamos nada que obxectar. Pero a realidade é moi distinta, e a lectura do texto móstranos que, co pretexto de fortalecer a seguridade xurídica ameazada en casos particulares, pretende acometerse unha reforma

Na súa fase de proxecto e na súa redacción final, o texto foi cualificado de «moi desafortunado: desafortunado no seu título, na súa exposición de motivos, na súa sistemática e, sobre todo, desafortunado no seu contido»<sup>55</sup>. Nesta mesma liña, foi cualificada como «reforma inoportuna e unha ocasión perdida para consolidar o modelo de protección ambiental do noso litoral e para a promoción dunha urbanización costeira sustentable, non só económica, senón ambiental e social», e destacou «o seu carácter discriminatorio ao excluír do dominio público marítimo-terrestre determinados núcleos de poboación (...) sen unha convincente xustificación», ao entender que «a defensa do litoral é perfectamente conciliable (...) co recoñecemento de lexítimos dereitos dos propietarios na costa –como é o caso de Galicia–», xa que «varios intentos se deron con anterioridade para recoñecer a peculiaridade dos seus núcleos tradicionais e isto tería sido posible sen alterar no seu conxunto a filosofía protectionista da Lei de costas de 1988»<sup>56</sup>.

O tempo mostrará o verdadeiro impacto da nova regulación das costas. Haberá que valorar, con algo máis de perspectiva, se é un marco xurídico idóneo en que poidan unirse os intereses que conflúen nesta materia –desde a tripla perspectiva social, ambiental e económica–, de modo que sexan vertentes complementarias e non contrapostas, xa que só desta forma é posible adoptar unha visión que posibilite solucionar as carencias que a regulación anterior manifestou e que ademais reforce a protección do litoral coa consecución dun desenvolvemento sustentable.

## 5 Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, J., "Concepto constitucional; Bienes que lo integran (artículo 3 LC); (artículos 4 y 6 RC). Doctrina constitucional en la materia (Problemas de constitucionalidad y su solución)", en "El concepto de dominio público marítimo-terrestre", Sanchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M., *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Oikostau, Barcelona, 1993.
- BASSOLS COMA, M., "El derecho de propiedad y la conservación del medio ambiente", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado*, Tecnos, Madrid, 1996.
- BLASCO DÍAZ, J. L., *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "El patrimonio de las Administraciones Públicas: concepto y principios generales (artículos 5 a 8)", Mestre Delgado, J. F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.

---

xeral que gravita sobre un eixe moi distinto: o de revalorizar a costa, entendida a expresión en termos economicistas e non ambientais». Cfr. GARCÍA PÉREZ, M., La reforma de la Ley de costas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 31, 2012, pp. 60 e ss.

55 *Ibidem*, p. 60.

56 SANZ LARRUGA, F. J., en [http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2013/05/13/reforma-inoportuna-regresivamade-in-spain/0003\\_201305G13P12992.htm](http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2013/05/13/reforma-inoportuna-regresivamade-in-spain/0003_201305G13P12992.htm)

- FONT I LLOVET, T., "La ordenación constitucional del dominio público", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje a García de Enterría*, tomo V, Cívitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA ÁLVAREZ, A. (dir.), *Análisis del litoral español. Diseño de políticas territoriales*, Instituto de Territorio e Urbanismo. Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo, Madrid, 1987.
- GARCÍA LORCA, A., "Los sistemas de información geográfica como instrumentos de decisión territorial", Millaruelo Aparicio, J. e Orduña Rebollo, E. (coord.), *Ordenación del Territorio y Desarrollo Sostenible*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004.
- GARCÍA PÉREZ, M. e SANZ LARRUGA, F. J., "Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas", IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, M., "La reforma de la Ley de costas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 31, 2012.
- GARRIDO FALLA, F., "Comentarios al artículo 132 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980.
- GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- LÓPEZ RAMÓN, F., "Dominio público y protección del medio ambiente", *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, 1988.
- MEILÁN GIL, J. L., "Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas", Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010.
- MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MULERO MENDIGORRI, A., *Introducción al Medio Ambiente en España*, Ariel-Geografía, Madrid, 1999.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. *Las servidumbres de la Ley de costas de 1988*, prólogo de TORNOS MAS, J., Marcial Pons, Madrid, 1995.
- PENAS LADO, E., *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*, Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2000.
- PÉREZ CONEJO, L., *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Editorial Comares, S.L., Granada, 1999.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Playas y costas en el derecho español. A propósito de la Ley de costas de 1988*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2010.

SANZ LARRUGA, F. J., *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2003.

SAINZ MORENO, F., "Comentarios al artículo 132", Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X (artigos 128 a 142), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985.

SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Coedición de Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.

## O control da legalidade urbanística mediante a acción pública na vía administrativa e na xurisdiccional\*

El control de la legalidad urbanística mediante la acción pública en la vía administrativa y en la jurisdiccional

Urbanistic legality control by public action through administrative and judicial procedure



LUÍS VILLARES NAVEIRA

Maxistrado do Contencioso-Administrativo  
Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (España)  
l.villares@poderjudicial.es

Recibido: 20/12//2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O estudo analiza a configuración legal da acción pública en materia urbanística no ordenamento xurídico español, isto é, a posibilidade de control de legalidade que calquera cidadán ou cidadá pode exercer sobre o fenómeno urbanístico, e a resposta xurisprudencial dada ás principais dificultades procesuais que adoitan presentarse.

**Palabras clave:** acción pública urbanística, urbanismo, control da legalidade urbanística, reposición da legalidade, proceso contencioso-administrativo, cidadán.

**Resumen:** El estudio analiza la configuración legal de la acción pública en materia urbanística en el ordenamiento jurídico español, esto es, la posibilidad de control de legalidad que cualquier ciudadano o ciudadana puede ejercer sobre el fenómeno urbanístico, y la respuesta jurisprudencial dada a las principales dificultades procesales que suelen presentarse.

**Palabras clave:** acción pública urbanística, urbanismo, control de la legalidad urbanística, reposición de la legalidad, proceso contencioso-administrativo, ciudadano.

**Abstract:** This article analyses urbanistic public action in Spanish legal Order, that is, options of legal control that any citizen may initiate about urbanistic phenomenon, and jurisprudential doctrine for main frequent procedural problems.

**Key words:** urbanistic public action, urban law, urbanistic legal control, legality re-establish, contentious-administrative process, citizen.

**Sumario:** 1 Aproximación ao concepto de acción pública. 2 A lexitimación no proceso contencioso-administrativo. 2.1 Proceso civil e proceso contencioso. 2.2 A defensa da legalidade como fundamento da lexitimación da acción pública. 3 Regulación legal da acción pública no proceso contencioso-administrativo 3.1 Fundamento constitucional. 3.2 Do interese directo ao interese lexítimo. Análise económica da APU. 3.3 Fundamento legal de carácter procesual (competencia estatal) que require

\* Relatorio presentado no Congreso Internacional organizado pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística, a Red Empresa y Administración e o Observatorio Internacional da Regulación das Entidades do Sector Público, titulado: *Administración, Empresa y Urbanismo Sostenible* (Santiago de Compostela, 30 de novembro e 1 de decembro de 2015).

recoñecemento sectorial. 3.4 Natureza reparadora, non sancionadora, da acción pública en defensa da legalidade urbanística. Relación entre o procedemento de protección da legalidade e o sancionador. 4 Caracteres da acción pública. 4.1 Natureza procesual. 4.2 Carece de recoñecemento como dereito fundamental. 4.3 Constitúe unha competencia estatal. 4.4 Constitúe unha lexitimación autónoma. 4.5 Utilidade do seu recoñecemento. 5 Requisitos subxectivos. 5.1 Titularidade da lexitimación. 5.2 Os titulares de dereitos subxectivos tamén o son da acción pública. 5.3 Cidadáns estranxeiros. 5.4 Persoas xurídicas. 5.5 Asociacións de consumidores e usuarios. 5.6 Unións sen personalidade. 5.7 O exercicio da acción pública polo Ministerio Fiscal. 6 Límites ao exercicio do dereito. 6.1 Interdicción da mala fe e abuso do dereito. 6.2 Necesidade de proba: obxectivización da mala fe e do abuso. 6.3 Irrelevancia dos motivos secundarios á defensa da legalidade se non acadan a fraude de lei ou procesual. 6.4 O abuso do dereito é unha cuestión de fondo que non lle permite a unha administración inadmitir o exercicio da APU, que é unha cuestión procesual. 7 Obxecto do proceso. Actividade impugnabile e pretensións admisibles. 7.1 Actividade impugnabile. 7.1.1 Disposicións xerais. 7.1.2 Actos administrativos. 7.1.2.1 Réxime xeral de lexitimación para a impugnación de licenzas e outros actos de execución do planeamento. 7.1.2.2 Impugnación de actos administrativos en materia non urbanística, pero vinculada a ela. 7.1.2.3 Improcedencia da APU por exceder o ámbito urbanístico. 7.1.3 Inactividade da Administración. 7.1.4 A vía de feito. 7.2 Pretensións admisibles. 8 Especialidades procesuais. 8.1 A acción pública e o beneficio de xustiza gratuíta. 8.2 Esgotamento da vía administrativa. 8.3 Subrogación na posición xurídica dun terceiro que desistiu da acción pública na vía administrativa. 8.4 Transmisibilidade *mortis causa* da acción pública. 8.5 Prazo de interposición do recurso contencioso (contra actos que esgotan a vía administrativa). 8.5.1 Réxime xeral. 8.5.2 Cómputo do prazo. O problema da falta de notificación. 8.5.3 Solución para actos (incluídas licenzas) con manifestación sobre a realidade física: requirimento administrativo ou interposición directa. 8.5.4 Actos administrativos sen proxección sobre a realidade física. 8.6 Caducidade da acción como límite temporal ao seu exercicio en caso de obras ilegais. 8.7 Constitución da relación xurídico-procesual. 8.8 Intervención do MF en caso de desistencia da acción no proceso. Asunción sobrevida da condición de parte demandante. 8.9 Contido da sentenza. 8.10 Execución de sentenzas. 8.11 A desistencia na fase de execución. Imposibilidade de transacción ou desistencia. 8.12 Intervención por APU en fase de execución dun procedemento iniciado por un terceiro. 8.13 Procedementos especiais e acción pública. 8.14 Tutela cautelar. 8.15 Custas procesuais. 9 Bibliografía.

## 1 Aproximación ao concepto de acción pública

Antes de estudar o tema en profundidade, podemos partir dunhas liñas xerais do concepto de acción pública. Martínez Rodríguez achega unha definición xeral partindo da súa caracterización no ordenamento xurídico español dentro do eido administrativo<sup>1</sup>:

«consiste na lexitimación activa para o recoñecemento e defensa da legalidade. Calquera demandante pode deducir a pretensión sen ter que invocar a lesión dun dereito nin un interese subxectivo, é dicir, pódese demandar ante o órgano xudicial que teña atribuída a materia co obxecto de anular un acto que está a infrinxir a legalidade. É requisito para poder establecer a acción no procedemento que estea recoñecido expresamente pola lei».

Abordar o seu estudo no ámbito contencioso e na materia urbanística require examinar, en primeiro lugar, o concepto de lexitimación xeral no procedemento contencioso.

## 2 A lexitimación no proceso contencioso-administrativo

### 2.1 Proceso civil e proceso contencioso

A lexitimación, como presuposto subxectivo do proceso, non ofrece especialidade ningunha desde o punto de vista conceptual no proceso contencioso respecto do dereito procesual

1 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., <http://www.revistainmueble.es/2015/04/30/la-accion-publica-para-la-proteccion-de-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo/> (15 de novembro de 2015).

en xeral. É válida así a definición legal que neste sentido se contén no artigo 10 da Lei 1/2000, de axuízamento civil (LAC) de ser o titular que exercita a acción ou fronte a quen se exercita “titulares da relación xurídica ou obxecto litixioso”. É a lexitimación un engadido ás calidades das partes para engadirse á capacidade para ser parte e para comparecer no proceso, de tal xeito que, sen esa “titularidade”, o proceso non pode existir, de tal forma que todo o actuado devén inexistente e a sentenza que poña fin a ese proceso, no caso de chegarse a ese trámite, debe declarar a ineficacia de todo o actuado pola vía da causa de inadmisibilidade que se contén no artigo 69.b da Lei 29/1998, reguladora da xurisdición contencioso administrativa (LXCA).

Como sostén a doutrina, malia esta aparente identidade, deben sinalarse as diferenzas que existen entre o proceso civil e o contencioso-administrativo<sup>2</sup>, porque aquel está referido a dirimir as discrepancias que xurdan entre os cidadáns nas súas relacións privadas, mentres que no contencioso, ao cabo, está empeñada a propia exixencia do principio de legalidade que debe presidir toda a actuación das administracións públicas, posto que, mediante el vén someter ao control polos tribunais da «potestade regulamentaria e a legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta aos fins que a xustifican» (artigo 106 CE).

En consecuencia, se o proceso contencioso é o medio establecido para ese control da Administración polos cidadáns e este exclusivamente pode iniciarse por persoa, non só con capacidade para ser parte e comparecer, senón *tamén lexitimada*, resulta indubidable que a lexitimación no noso proceso excede o aspecto meramente procesual para incardinarse no mesmo organigrama dos poderes públicos e a súa posibilidade de control polos cidadáns.

Tras a promulgación da CE, a propia xurisprudencia viuse obrigada a redefinir o interese ou dereito que habilitaba esta lexitimación, porque o artigo 24 da Norma Fundamental dispón que a tutela xudicial –onde se incardinaría a lexitimación, en tanto que presuposto do proceso e, por iso, da efectividade dese dereito fundamental– queda garantida para a defensa de “dereitos e intereses lexítimos”, polo que se entendeu que o interese directo debería ampliarse a ese interese lexítimo<sup>3</sup>, o que, non obstante, non desembocou no recoñecemento da súa articulación como dereito fundamental.

## 2.2 A defensa da legalidade como fundamento da *lexitimación* da acción pública

A acción pública urbanística (APU) ten unha longa tradición legal e un recoñecemento xurisprudencial que a configuraron como un medio moi eficaz para lograr o respecto da legalidade con abstracción das causas que fosen determinantes do seu exercicio, salvo que se actúe de mala fe, con abuso de dereito, fraude de lei ou procesual.

Na STS do 21 de xaneiro de 2002 (Rec. n.º 8961/1997) declárase abertamente que «a finalidade prevalente e fundamental (da APU) é a de perseguir e conseguir, por encima de calquera outra consideración, a observancia en todo caso da lexislación urbanística e do plan urbanístico, polo que a natureza das causas que inducisen ao que exercita tal acción, mesmo cando estas sexan consideradas como represalia de actuacións anteriores, tal como

2 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 144, 2007, p. 2.

3 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

sostén o recorrente, son irrelevantes fronte aos fins prevalentes de protección e observancia do ordenamento urbanístico, na súa concreta aplicación».

A STS do 11 de xuño de 2003 (Rec. n.º 7547/1999) distingue o *exercicio da acción pública*, que lexítima para actuar no proceso, *da falta de dereito*, que xustifica a desestimación da acción exercitada pero non a súa inadmisión<sup>4</sup>.

## 3 Regulación legal da acción pública no proceso contencioso-administrativo

### 3.1 Fundamento constitucional

Antes de examinar a regulación da acción pública no ámbito concreto do proceso contencioso, debemos facer referencia á súa regulación con carácter xeral. Á acción pública refírese a CE no artigo 125 ao declarar que «os cidadáns poderán exercer a acción popular».

Que o precepto conteña un recoñecemento xeral desta acción para todo tipo de procesos pode ofrecer problemas interpretativos, porque se fai referencia expresa aos “procesos penais”; non obstante, a doutrina concluíu que o recoñecemento da acción pública é xeneralizado –sen prexuízo do seu recoñecemento concreto nas leis procesuais– e que o limitado ao xurado e tribunais tradicionais e consuetudinarios é esa participación<sup>5</sup>.

Esa é a interpretación que se fai no artigo 19 da LOPX, que nos seus dous parágrafos fai un recoñecemento por separado da acción pública e a participación na administración de xustiza. Para aquela primeira declárase de maneira taxativa que «os cidadáns de nacionalidade española poderán exercer a acción popular nos casos e formas establecidos na lei».

### 3.2 Do interese directo ao interese lexítimo. Análise económica da APU

Aínda que o interese directo requirido polo artigo 19.1.a) LXCA foi concibido pola xurisprudencia en termos de gran amplitude, recoñecéndolle a todo aquel que pode obter algún beneficio, calquera que sexa a súa natureza, dunha sentenza favorable, a consagración da tutela xudicial efectiva do interese lexítimo no artigo 24.1 CE supuxo a ampliación da lexitimación ao simple ou mero interese lexítimo (STS 60/1982, do 11 de outubro).

O Tribunal Constitucional (TC) identificou o interese lexítimo coa idea dun interese persoal protexido polo dereito, pero sen esquecer que no exercicio dunha acción pública recoñecida polo ordenamento xurídico se defende un interese común e simultaneamente un interese persoal<sup>6</sup>, ou, en palabras da STC 62/1983, do 11 de xullo: «a forma

4 E así declara que, exercitada a acción pública en materia de urbanismo, non é certo que a entidade actora careza de lexitimación ao tratarse o acto impugnado dun convenio urbanístico, de maneira que ningunha das pretensións que exercita respecto del deixa de estar cuberta por esa ampla lexitimación.

5 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

6 FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 de la LJCA”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 11, 1992, p. 21.



de defender o interese persoal é soste-lo interese común». De maneira expresa, a STC 97/1991, do 9 de maio, pon de manifesto que o concepto de interese lexítimo é máis amplo que o de interese directo<sup>7</sup>.

Noutra orde de cousas, sostén Sánchez Jordán que a opción pola acción pública para a reposición da legalidade<sup>8</sup> pode obedecer á análise económica do proceso que o exercicio previo de cada acción supón. A acción pública iníciase mediante unha mera solicitude ou, se é o caso, denuncia ante a Administración e, a partir de aí, é esta a que asume os custos derivados de verificar os feitos denunciados. En cambio, o propietario que opta por reclamar ante a xurisdición ordinaria deberá internalizar os custos inherentes ao proceso e os de obtención da proba. Á vista dos elevados custos do proceso e a posibilidade implícita de perder o xuízo, o actor terá moi en conta estes elementos *ex ante*, especialmente cando existen alternativas para exixir a observancia da lexislación urbanística e o plan, como sucede coa acción pública e a intervención administrativa de oficio, que –por contrapartida– non exixen a asunción de risco económico ningún polo particular<sup>9</sup>.

### 3.3 Fundamento legal de carácter procesual (competencia estatal) que require recoñecemento sectorial

En congruencia coa remisión normativa da CE, a LXCA, ao regular no artigo 19.1.º, fai unha nova remisión á normativa, quen «está lexitimado ante a orde xurisdicional contencioso-administrativa», ademais do recoñecemento a quen posúa «un dereito ou interese lexítimo»; establece no seu parágrafo h) que ten esa lexitimación «calquera cidadán, en exercicio da acción popular, nos casos expresamente previstos polas leis», sen que a LXCA conteña unha regulación xeral sobre a dita acción pública que non sexa o seu mero recoñecemento abstracto.

Cabería pensar que esa omisión é lóxica porque tampouco a norma procesual regula cando existe un interese ou dereito lexítimo, polo que non existe necesidade, no caso da acción pública, de establecer cando concorre o presuposto da lexitimación. Mesmo, como veremos, o recoñecemento da acción a calquera persoa sen conexión ningunha co obxecto do proceso, fai innecesaria calquera delimitación, porque, precisamente, con iso vén excluír a propia lexitimación como requisito procesual; ningunha condición cabe exixir ás partes fóra da súa capacidade procesual<sup>10</sup>. Malia o anterior, é o certo que ese recoñecemento xeneralizado do exercicio da acción comporta especialidades propiamente procesuais que a normativa reguladora do proceso non pode descoñecer.

7 A STS do 1 de xuño de 1985, tras sinalar que a partir da Constitución se estendouse a lexitimación á defensa dos intereses lexítimos (artigo 24), concepto que é moito máis amplo que o de interese directo, trata de perfilar o concepto de interese lexítimo, sinalando que, segundo a doutrina tradicional, «é aquel que teñen as persoas que por razón da situación obxectiva en que se atopan, por unha circunstancia de carácter persoal ou por seren os destinatarios dunha regulación sectorial, son titulares dun interese propio, distinto do de calquera cidadán a que os poderes públicos actúen de acordo co ordenamento cando, con motivo da persecución de fins de interese xeral, inciden no ámbito de tal interese propio, mesmo cando a actuación de que se trata non lles ocasione, en concreto, un beneficio ou servizo inmediato».

8 En lugar da acción do artigo 305 TRLS ante os tribunais ordinarios que asistiría con normalidade a quen ve vulnerados os seus dereitos particulares pola actuación urbanística ilícita dun terceiro.

9 *Vid.* o tema máis amplamente en: SÁNCHEZ JORDÁN, E., “Protección civil de la legalidad urbanística”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 90, 2006, pp. 55-72.

10 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

Esa remisión á normativa sectorial obriga a buscar o réxime da acción pública nunha normativa dispersa que, na maioría dos supostos, se limita ao seu mero recoñecemento, deixando sen resolver as importantes cuestións que o exercicio desta acción comporta. Dentro desa normativa mencionada, cabe concluír que só no ámbito urbanístico se estableceu un réxime, sequera sexa embrionario, desa acción.

Ese recoñecemento da acción pública na normativa material obriga a un labor de delimitación das concretas actividades que se queren someter ao exercicio da acción pública, tarefa non sempre fácil de realizar á vista da complexidade que na realidade cotiá da Administración obriga a dar contido á súa propia actividade<sup>11</sup>.

Polo xeral, o recoñecemento da acción pública atópase na lexislación sectorial que regule a materia en que se admite, o que non supón que a norma reguladora non teña carácter procesual. En consecuencia, aínda que a materia obxecto de regulación sexa competencia das comunidades autónomas, a regulación procesual da APU será competencia exclusiva do Estado, en aplicación do artigo 149.1.6º CE. Por iso, a STC 61/1997, do 20 de marzo, mantivo vixente o artigo 304 do TRLS de 1992, que regula a acción pública. A lexislación sectorial, sexa estatal ou autonómica, pola vinculación da acción ao dereito, poderán recoñecela, pero a regulación procesual correspóndelle ao Estado.

Doutra banda, debe partirse de que, en principio, é unha norma sobre a lexitimación, polo que, no demais, se aplicarán as normas xerais sobre o proceso administrativo, o que, non obstante, presenta, como se verá, problemas importantes.

A norma estatal que habilita a APU na normativa urbanística sectorial autonómica é o artigo 62 do Real decreto legislativo 7/2015 do Texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana (TRLSRU):

#### «Artigo 62. Acción pública

1. Será pública a acción para exixir ante os órganos administrativos e os tribunais contencioso-administrativos a observancia da lexislación e demais instrumentos de ordenación territorial e urbanística.

2. Se esa acción está motivada pola execución de obras que se consideren ilegais, poderase exercer durante a execución delas e ata o transcurso dos prazos establecidos para a adopción das medidas de protección da legalidade urbanística».

Este contido reflíctese na Lei 9/2002, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (LOUGa) na DA 4ª:

#### «Disposición adicional cuarta. Acción pública.

1. Calquera cidadán ou cidadá, no exercicio da acción pública en materia de urbanismo, pode exixir ante os órganos administrativos e perante a xurisdición contencioso-administrativa o cumprimento da lexislación e do planeamento urbanístico.

---

11 OLEA GODÓY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 7.

2. A acción pública a que se fai referencia na alínea anterior, se é motivada pola execución de obras que se estimen ilegais, pode exercerse mentres se prolongue a súa execución e, posteriormente, ata o vencemento dos prazos de prescrición determinados nesta lei».

A partir de toda normativa anterior, podemos concluír, con Martínez Rodríguez, que mediante a institución da *acción pública urbanística* «calquera persoa pode exixir ante a Administración ou ante os xuíces e tribunais da xurisdición contencioso-administrativa a observancia da lexislación, e demais instrumentos da ordenación do territorio e o urbanismo, sen que sexa necesario que se acredite un dereito subxectivo ou interese lexítimo, podendo calquera cidadán pór en marcha os procedementos legais co fin de poder defender a legalidade urbanística».

Por iso, a xurisprudencia do Tribunal Supremo declarou que a orde urbanística é o interese xeral amparado pola existencia dunha acción pública.

### 3.4 Natureza reparadora, non sancionadora, da acción pública en defensa da legalidade urbanística. Relación entre o procedemento de protección da legalidade e o sancionador

Como dixo a STSXG n.º 789/2008, do 30 de outubro, a natureza do expediente de protección da legalidade urbanística, de ningún xeito é sancionadora, senón de protección e restauración, se é o caso, da orde urbanística perturbada. No mesmo sentido, a STS do 28 de abril de 2000 (Rec. n.º 369/1995) expresou que este procedemento (o de protección da legalidade urbanística) é compatible, e distinto, da imposición de sancións aos responsables, logo da tramitación do correspondente procedemento sancionador<sup>12</sup>.

A coercibilidade da norma urbanística disóciase así nestes dous mecanismos de protección conectados entre si e compatibles entre eles, sen que a súa dualidade infrinxa o principio *non bis in idem*. Non estamos no caso do procedemento de legalidade urbanística ante un procedemento sancionador, senón ante un procedemento de natureza reparadora<sup>13</sup>.

A LOUGa dálle carta de natureza a esta dualidade de situacións e procedementos, ao declarar no artigo 209.7 (e, en ámbito sancionador, no artigo 216.2.) a compatibilidade entre as medidas acordadas no expediente de reposición de legalidade e as sancións que procedan polo acto ilícito urbanístico cometido, regulado nos artigos 216 e ss.<sup>14</sup>

## 4 Caracteres da acción pública

Seguindo a Olea Godoy, á vista desa normativa cabe establecer os seguintes caracteres da acción pública<sup>15</sup>:

- 
- 12 A razón da compatibilidade de procedementos –reposición e sancionador– é que teñen diferente finalidade: o primeiro, pór fin a unha situación prohibida polo ordenamento xurídico e devólvela ao seu estado primitivo – artigo 209 LOUGa–, e o segundo, castigar ou reprimir unha infracción administrativa –SSTC 276/2000, 132/2001 e 44/2005.
- 13 Así se expresa, entre outras, na sentenza do Tribunal Superior de Madrid do 6 de maio de 2004, ditada en recurso 3607/1996.
- 14 As medidas de protección da legalidade urbanística tampouco son incompatibles coas actuacións penais, como se deduce do último inciso do artigo 42 da normativa estatal. En idéntico sentido, o artigo 226.4.d) LOUGa obriga a APLU a dar conta dos feitos urbanísticos que revistan caracteres de delito.
- 15 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, pp. 6 a 8.



## 4.1 Natureza procesual

A acción pública está incardinada dentro do proceso e ten natureza procesual, debendo ser a norma procesual a que estableza a súa regulación. Consecuencia desta natureza é que debe ser a propia LXCA a que estableza o réxime específico para o exercicio da acción, sen facer unha remisión en branco á normativa sectorial para iso. E é que, en realidade, a acción pública non difire respecto da lexitimación polo interese, senón en canto á súa titularidade, quedando sometida ao seu propio réxime procesual.

## 4.2 Carece de recoñecemento como dereito fundamental

Cómpre establecer esa aclaración, porque a lexitimación polo interese ou dereito cabe considerala como integrante do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva que se recoñece no artigo 24-1.º por constituír un presuposto do proceso. Pero ese recoñecemento a “todas as persoas” éo para a defensa “dos seus dereitos e intereses lexítimos”, é dicir, para os dos propios cidadáns, non para a protección de intereses ou dereitos xerais ou de vixilancia da mera legalidade na actuación das administracións públicas.

## 4.3 Constitúe unha competencia estatal

Admitindo que se trata dunha materia propia do dereito procesual e presuposto do proceso, esta acción debería adscribirse ao título competencia de “lexislación procesual” que o artigo 149-1.º-6.ª reserva á competencia exclusiva do Estado, quedando subtraída á posibilidade de que as comunidades autónomas poidan establecer regulación sobre esa acción.

## 4.4 Constitúe unha lexitimación autónoma

Dado que a acción pública non ten en consideración a titularidade de dereito ou interese concreto de persoa determinada, cabe concluír que o realmente establecido é unha ausencia da lexitimación como presuposto subxectivo do proceso, xa que ás partes non se lles pode exixir outro requisito que non sexa o da capacidade para ser parte e comparecer.

## 4.5 Utilidade do seu recoñecemento

O recoñecemento xeneralizado da AP en materia urbanística levado ás súas últimas consecuencias é a garantía de que as administracións públicas se suxeitan á exigencia da legalidade ao estaren sometidas ao control de todos os cidadáns (artigo 106 CE).

# 5 Requisitos subxectivos

## 5.1 Titularidade da lexitimación

En canto á titularidade da acción pública, non se establece requisito especial ningún ou nexos de conexión entre o titular do dereito e o exercicio da acción.

Diso déixase constancia no artigo 19-1.º-h) da LXCA cando llela recoñece a «todos os cidadáns». Nesa mesma liña cabe citar o recoñecemento que se fai desta acción a nivel substantivo no eido urbanístico no artigo 5.f. do RDLex 7/2015. Como se declara na STS do 26 de maio de 2003, «a acción pública está concibida para que calquera (*quivis de populo*) poida incoar o proceso contencioso-administrativo».

## 5.2 Os titulares de dereitos subxectivos tamén o son da acción pública

A referencia á posibilidade que calquera persoa poida exercer a acción pública permite que *tamén* poidan facelo aqueles que estean lexitimados polo interese ou dereito afectado. A posibilidade, a pesar do seu paradoxo e as limitacións de pretensións, ten a vantaxe do menor rigor formal (un cidadán pode, en vez de recorrer un acto que o prexudica –licenza a un veciño–, exercer a APU para denunciar a situación, de xeito que posteriormente a Administración sexa a que leve a carga da tramitación do procedemento)<sup>16</sup>.

A pesar de que a doutrina chamou a atención sobre o feito de que a notificación aos interesados ten repercusión en orde ao prazo para exercer a acción<sup>17</sup>, entendemos que iso non pode colocar o particular que a recibiu en peor situación en defensa da legalidade que un terceiro calquera, sempre, está claro, que se limite ao exercicio da acción pública e non pretenda xa o recoñecemento dunha situación xurídica ao seu favor (entre a que non se conta o posible beneficio particular da reposición urbanística que procedese a consecuencia da acción de anulación do acto). Malia isto, en ocasións a xurisprudencia ten declarado abuso de dereito na APU cando o interesado non empregou os prazos ordinarios para o recurso que tiña ao seu alcance por ter recibido notificación persoal.

O recoñecemento xeneralizado aos cidadáns do exercicio desta acción non confire especialidade ningunha respecto dos restantes presupostos subxectivos do exercicio do dereito e a quen pretenda iniciar o proceso baseándose nela débesele exixir a capacidade para ser parte e a capacidade procesual conforme a súa regulación xeral.

## 5.3 Cidadáns estranxeiros

A vinculación da acción pública “aos cidadáns” permite preguntarse se é posible que os cidadáns estranxeiros, legalmente residentes en España, se poidan beneficiar desa posibilidade, tendo en conta que o artigo 3.1.º da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro 2000, pola que se regulan os dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, impón a igualdade de dereitos que os nacionais, sabendo que esa igualdade se limita ao contido das leis que «regulen o exercicio de cada un deles».

A cuestión quedou definitivamente resolta na STS do 18/11/2015, cando a sala admitiu a acción seguida por unha cidadá estranxeira en relación coa impugnación de determinadas obras, creando así xurisprudencia neste sentido<sup>18</sup>.

16 A esa posibilidade de exercer a acción pública dos titulares dunha lexitimación por interese propio refírese a STS do 4 de xullo de 2006, seguindo a liña marcada polas SSTS do 5 de xullo de 1999, do 21 de febreiro de 2000 e do 24 de xaneiro de 2001.

17 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XIII, 2006, p. 6.

18 Consolidando así unha liña aberta na STS do 22/4/1998.

## 5.4 Persoas xurídicas

Resulta indiscutida a posibilidade de que poidan exercitar esta acción as persoas xurídicas, tanto públicas como privadas.

Aínda que hai algún pronunciamento xurisprudencial que parece negar a posibilidade de que as persoas xurídicas públicas poidan exercitar a acción pública, o certo é que as SSTS do 26 de decembro de 2001; do 31 de decembro de 2001 e do 24 de decembro de 2001 declaran que tanto a Administración autonómica, a deputación provincial e o concello correspondente poidan impugnar pola vía da acción pública un mesmo acto da Administración xeral respecto de actos vinculados a unha central nuclear<sup>19</sup>.

En relación coa formación de vontade dos órganos colexiados, tamén posúen lexitimación os membros das corporacións que votasen en contra dos acordos en aplicación do artigo 63.1.b), LBRL (STS de 24 de maio de 1980), e, aínda que non votase en contra e só se abstivese, se interpón o «recurso contencioso-administrativo como cidadán en exercicio da acción pública» (STS do 24 de febreiro de 1997).

## 5.5 Asociacións de consumidores e usuarios

Especial referencia debe facerse á actuación de asociacións de consumidores e usuarios, ás que se refire o artigo 11 da LAC, entidades que se configuran coas características propias para a defensa de intereses xerais. Non obstante, non parece que a regulación que se contén no precepto citado autorice a facelas titulares máis que para defender «en xuízo os dereitos e intereses dos seus asociados e os da asociación, así como os intereses xerais dos consumidores e usuarios»; é dicir, exclúense o recoñecemento dunha lexitimación pública á marxe dos que lles afecten aos seus asociados. Así o declarou a STS do 20 de xuño de 2006 con referencia a unha asociación de usuarios de servizos bancarios.

Con todo, debe destacarse que, cando o artigo 19.1.b) da LXCA lles recoñece a lexitimación a estas “asociacións” para a defensa de “intereses colectivos”, podería entenderse que inclúe o exercicio desa acción xeral. Neste sentido se pronuncia González Pérez, sempre que a materia que se exercita teña relación coa esfera de competencia da entidade.

## 5.6 Unións sen personalidade

As unións sen personalidade –tanto de persoas como de bens– teñen a capacidade para seren parte, como se declara no artigo 18 da LXCA, aínda que condicionada a «cando a lei

---

19 En contra desta tese, cóstanos unha illada sentenza do TSXG, a n.º 848/2014, que, ademais de non ter consolidado doutrina ningunha, carece de forza argumental, ao non entender, para restrinxir a lexitimación, xa que como vemos realmente anula por completo esta acción para un concello: FX 3º: «Tamén alegan as partes demandadas nas súas contestacións que a pretensión principal do Concello do Corgo non pode ampararse no exercicio da acción pública, e que soamente pode impugnar o PXOM do Concello de Láncaara naquilo que lle afecta directamente, como son os extremos a que se refire a pretensión subsidiaria. Nisto hai que lles dar a razón, visto o que dispoñen os apartados e) e h) do artigo 19.1 da Lei xurisdiccional sobre a lexitimación ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa. O primeiro, referido aos entes locais, límitaa ao que afecte o ámbito da súa autonomía, e o segundo atribúelles o exercicio da acción popular aos cidadáns. O artigo 48.1 do vixente texto da Lei do solo di simplemente que será pública a acción para exixir a observancia da legalidade territorial e urbanística, pero o artigo 4.f) desta inclúe entre os dereitos dos cidadáns o exercicio da acción pública para facer respectar a dita legalidade. Este concepto de cidadáns pode estenderse a persoas xurídicas que os agrupan, e mesmo a entidades que exercen funcións públicas nalgúns aspectos da súa actividade, como declararon algunhas resolucións xurisdiccionais, pero non ás administracións en sentido estricto. Polo tanto, a pretensión principal da Administración demandante ten que ser desestimada».

o declare expresamente», remisión que se debe entender efectuada ao artigo 6.7.º da LAC, que lles confire esa calidade para a defensa «dos seus dereitos», o que exclúe a posibilidade de exercer a acción pública que, por outra banda, pode exercer calquera persoa física integrada nelas.

## 5.7 O exercicio da acción pública polo Ministerio Fiscal

A LXCA, ao regular a lexitimación en xeral, recoñécilla ao Ministerio Fiscal (MF) «para intervir nos procesos que determine a lei» [artigo 19.1.f)]. A LXCA, polo tanto, non establece norma ningunha sobre a lexitimación. Limitase a facer unha referencia xeral á lei, ben como demandante ou como demandado<sup>20</sup>.

Doutra banda, o artigo 19.1.h) LXCA, recoñécelle lexitimación a «calquera cidadán, en exercicio da acción popular, nos casos expresamente previstos polas leis». O feito de que a norma legal se refira especificamente aos “cidadáns” non se pode interpretar no sentido de que queda excluído o MF: se “calquera cidadán” pode incitar un proceso co fin de que se respecte a legalidade nos casos previstos, obviamente non pode negarse lexitimación a quen institucionalmente, constitucionalmente, ten como misión «promover a acción da xustiza en defensa da legalidade»<sup>21</sup>.

Se é pública a acción para a protección da legalidade nestas materias, o MF estará lexitimado para a acción, tanto na vía administrativa –da que o MF non está excluído na obriga do seu esgotamento– como na xudicial<sup>22</sup>.

Como critica a doutrina, o MF está lexitimado, pero non exercita a acción, aínda que se esforza por outras vías en reaccionar ante certos supostos que lexitimarían a acción pública, como son os constitutivos de infraccións urbanísticas. Ante unha infracción xurídico-administrativa, como son as que atentan á legalidade urbanística, o normal debiera ser seguir o proceso que a lei prevé para iso: o administrativo, e só se existen indicios racionais de que na infracción xurídico-administrativa concorreron elementos que permitan tipificala como delituosa, debe acudir o Ministerio Fiscal ao proceso penal<sup>23</sup>.

## 6 Límites ao exercicio do dereito

### 6.1 Interdicción da mala fe e abuso do dereito

Como en calquera ámbito do dereito, é exixible a boa fe no exercicio desta acción, que veu sendo exixida tradicionalmente pola xurisprudencia, aínda que cabe apreciar unha aplicación cada vez máis restritiva.

20 A Circular 3/1998 da Fiscalía Xeral do Estado contén unha exposición razoada sobre os supostos en que se lle recoñece lexitimación activa ao Ministerio Fiscal para incoar un proceso administrativo.

21 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 22.

22 PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999, p. 436.

23 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 21.

En principio, cabe estimar que a exixencia da boa fe e prohibición do abuso do dereito vén recollida no artigo 7 do Código civil. Esas exixencias están agora impostas de maneira expresa para o ámbito procesal no artigo 247 da LAC, que prevé a posibilidade de imposición dunha sanción de multa.

En relación con iso, viña declarando a xurisprudencia que cabería apreciar a existencia de abuso do dereito e un actuar contrario á boa fe «cando da acción emprendida só se segue dano para un terceiro non imprescindible para o beneficio da comunidade, que é o fundamento mesmo da acción pública» (STS do 4 de marzo do 1992), aínda que engadindo que a proba desa finalidade específica debería ser probada por quen a invoca. Igualmente, resulta improcedente o exercicio da acción pública «traspasando os límites da boa fe e da interdicción do abuso do dereito e do exercicio antisocial de accións»; cando non se cumpre «o fin institucional para o que foi concibida, de observancia da lexislación urbanística e depuración de actos ilegais, que a contraveñen», e o seu exercicio non supón «o beneficio público evidente da depuración dunha licenza ilegal» (STS do 30 de abril de 1990).

## 6.2 Necesidade de proba: obxectivización da mala fe e do abuso

A apreciación dese abuso debe examinarse con prudencia porque quen exercita esta acción e aduce unha vulneración da legalidade nunha concreta actividade administrativa –que xeralmente beneficia un terceiro– ten ao seu favor unha lexitimación suficiente para estimar lexítimo o exercicio da acción, por máis que necesariamente deba pretendese un prexuízo deses terceiros.

Por iso parece máis aconsellable buscar o abuso cando a argumentación da pretendida ilegalidade que se pretende pór de manifesto carece de todo fundamento xurídico obrigando aos tribunais, Administración e particulares beneficiados polo acto a dedicar tempo e recursos a defenderse de exercicios de accións carentes de todo rigor<sup>24</sup>.

A xurisprudencia admite estes límites no exercicio da acción pública desta forma matizada, e así na STS do 26 de xullo de 2006 (Rec. n.º 2393/2003) exprésase que: «certo é que o exercicio da acción pública no ámbito urbanístico está suxeito aos límites xerais ou comúns que o noso ordenamento xurídico lle impón ao exercicio de calquera dereito, como son, basicamente, as exixencias da boa fe e a proscripción do abuso do dereito. Pero non é menos certo que a extralimitación debe quedar perfectamente acreditada, pois é isto o que exige a titularidade do dereito que se exercita. Se se é titular do dereito, o seu exercicio debe ser amparado, e todo obstáculo que o impida, ademais diso estar previsto no ordenamento xurídico, debe quedar constatado», para máis adiante lembrar algunhas das afirmacións do Tribunal Supremo referidas ao concepto de mala fe, «como son aquelas que a ligan coa conduta deshonesta e desleal nas relacións de convivencia, ou coa que non se adapta ás exixencias imperativas éticas clamadas pola conciencia social nun lugar e momento histórico determinado, ou coa que responde a unha finalidade económico-social que é distinta daquela para a que se atribuíu o poder en que consiste o dereito subxectivo, ou coa que é contraditoria cunha anterior conduta xeradora de confianza; e lembrar, tamén, que a doutrina reiterada deste Tribunal Supremo require para poder apreciar o abuso do dereito que se revele de modo patente, manifesto e claro que a intención ou propósito sexa só o de lle causar dano a outro sen que resulte proveito para o axente, non actuando abusivamente quen utiliza o seu dereito respondendo ao mesmo criterio finalista que o que inspira a norma legal atributiva del».

---

24 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p.11.



### 6.3 Irrelevancia dos motivos secundarios á defensa da legalidade, se non acadan o fraude de lei ou procesual

A existencia de motivos particulares diferentes do interese xeral non basta para a apreciación do abuso do dereito. Así, admítese o exercicio da acción para exixir o peche de predios por infracción da normativa urbanística, aínda que se alegue un desexo de vinganza (STS do 17 de decembro de 1980). E, «en canto á boa fe, esta sala declarou constantemente que o exercicio da acción pública urbanística non é incompatible coa existencia de intereses provistos de índole económica ou doutro tipo en quen a fai valer» (SSTS do 5 e 6 de outubro de 2001).

Debido, posiblemente, a esta cautela, entende De Oro Pulido López que o TS se inclina (STS 20/12/2001, Rec. n.º 8016/97) por prescindir das motivacións do recorrente para acoller a lexitimación da acción popular, coa única barreira do abuso antes citado<sup>25</sup>.

Con ocasión da impugnación dunha licenza de apertura dun centro comercial por unha asociación de comerciantes, a STS do 16 de xullo de 2008 (Rec. n.º 5440/2004), nun suposto de acción pública, aprecia interese lexítimo «en evitar un competidor que non cumpre o disposto no ordenamento urbanístico».

### 6.4 O abuso do dereito é unha cuestión de fondo que non lle permite a unha Administración inadmitir o exercicio da APU, que é unha cuestión procesual

En infinidade de ocasións as administracións públicas, na vía administrativa, rexeitan denuncias dos particulares en relación coa legalidade urbanística, con arquivos de plano mesmo de forma reiterada, co gallo de que isto supón un abuso de dereito da APU, cuestión rexeitada pola xurisprudencia, que entende que tal exercicio non constitúe un uso abusivo e que en todo caso isto é unha cuestión de fondo que non permite inadmitir a trámite a acción, o que sería en realidade negar a lexitimación conferida pola APU.

Neste sentido, a TSXG n.º 329/2015 indica: «a Administración (...) confunde falta de lexitimación activa –interese lexítimo e, neste caso, acción pública, que, indiscutidamente existe– e abuso do dereito –afectante á pertinencia ou non da tutela xudicial dispensable ao exercicio da acción urbanística–. O recurso de apelación, que nega o abuso de dereito declarado na sentenza, debe ser estimado, e o recurso-demanda, que critica a “denegación da lexitimación para a utilización da acción pública (...) de forma xenérica e no ámbito territorial do Concello da Guarda” e pretende a súa anulación, debe ser estimado».

## 7 Obxecto do proceso. Actividade impugnabile e pretensións admisibles

O control da actividade das administracións públicas baséase na aceptación dun carácter revisor da xurisdición contenciosa e, por outra banda, na capacidade de recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas ao exercitarse unha tutela de plena xurisdición en determinados supostos.

25 DE ORO PULIDO LÓPEZ, M., “La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 12, 2001, p. 171.

Esta caracterización da xurisdición obriga a configurar o obxecto do proceso integrado por dous elementos: a) a concreta actividade administrativa que se impugna e b) as concretas pretensións que se suplican respecto desa actividade.

## 7.1 Actividade impugnabile

A actividade administrativa impugnabile vén delimitada nos artigos 25 e seguintes da LXCA e concrétese en: disposicións xerais; actos administrativos, expresos ou presuntos; inactividade e actuacións materiais constitutivas de vía de feito.

### 7.1.1 Disposicións xerais

Aínda que nun principio no ámbito urbanístico se expuxeron dúbidas sobre a admisibilidade da acción pública en relación coas disposicións xerais, acabou por prevalecer a tese da positiva, o que era incuestionable, dada a amplitude da norma reguladora.

O titular da acción pública poderá impugnar directamente calquera disposición xeral que atente contra o ordenamento xurídico, como indirectamente ao aplicarse por acto administrativo.

Ante todo, a natureza normativa do plan, reiteradamente declarada pola xurisprudencia<sup>26</sup>, determina a posibilidade de que a acción pública alcance non só a súa impugnación directa, senón tamén a indirecta que deriva do artigo 26.1 da LXCA<sup>27</sup>.

En segundo lugar, tal posibilidade dunha impugnación indirecta vai referida ao conxunto de heteroxéneos contidos do plan, o que implica asemade que se poida impugnar con ocasión da súa execución, xa que a materialización de obras é o único xeito en que se poñen de manifesto determinadas ilegalidades<sup>28</sup>.

En último termo cómpre indicar que a impugnación indirecta do plan opera non só con ocasión dos actos de aplicación, senón tamén con motivo da aprobación de normas de desenvolvemento, é dicir, da elaboración dun plan inferior<sup>29</sup>.

---

26 A STS do 16 de outubro de 1990 subliña que «a potestade de plan é o resultado da fusión de dous tipos de actuacións públicas: a regulación da utilización do solo e a execución de obras públicas, de onde deriva que hai aspectos do plan de indubidable natureza normativa, xa que conteñen regras susceptibles dunha pluralidade indefinida de aplicacións».

27 SSTS do 7 de febreiro de 1987, 14 de marzo e 17 de outubro de 1988, 14 de febreiro, 20 e 27 de marzo de 1990, 18 de marzo e 22 de maio de 1991, 4 e 11 de xuño e 9 de outubro de 1992, etc.

28 A STS do 17 de outubro de 1988 indica: «Esta sala puxo de relevo reiteradamente a natureza normativa dos plans de ordenación urbana, e, como consecuencia, sinalou a viabilidade da súa impugnación indirecta ao se produciren os actos de aplicación daqueles (sentenzas do 7 de febreiro e do 15 de xuño de 1987). Certamente a afirmación da natureza normativa dos plans é susceptible de matizacións en razón do heteroxéneo contido daqueles: como a doutrina indicou con acerto, o plan engloba a actuación de dúas potestades distintas, unha de auténtica natureza regulamentaria (normas relativas á utilización do solo, etc.) e outra que se traduce na execución de obras públicas de urbanización (dirixida á transformación material da realidade, sen a cal o plan será un “debuxo morto”). Pero ocorre que ambos os elementos integrantes do contido do plan están intimamente ligados entre si e así, con referencia concreta ao tema litixioso (corrección dunha unidade de actuación), a xurisprudencia, ás veces, con ocasión da impugnación directa do plan, declarou que as cuestións expostas non poden resolverse “ata o momento da execución” (Sentenza do 29 de xuño de 1986). Non podería admitirse que a impugnación directa do plan deixe fóra esas cuestións, para logo, no momento da execución, entender que debesen ser expostas precisamente na impugnación directa. Esta íntima conexión dos distintos elementos integrantes do plan abre con xeneralidade a posibilidade da súa impugnación indirecta, sen que para iso poida ser obstáculo a desestimación do recurso directo, como ben se coída de advertir o artigo 39-4 da Lei xurisdiccional, que pecha así o paso neste punto á causa de inadmisibilidade que é a cousa xulgada (artigo 82.d da Lei xurisdiccional)».

29 SSTS do 22 de xaneiro de 1988, do 6 de novembro de 1990, do 19 de febreiro de 1991, etc.

Así as cousas, resulta claro que o cidadán ten aberta a vía para a impugnación do plan durante toda a súa vida xurídica.

E aínda se podería engadir que a xurisprudencia admite tamén a impugnación indirecta do acordo de suspensión do outorgamento das licenzas en razón da conexión do dito acordo co plan<sup>30</sup>.

A STS do 1 de marzo de 2013 (Rec. n.º 4582/2009) admite dentro da impugnación dun PXOM a de calquera determinación: «Este recoñecemento da acción pública fainos concluir que, efectivamente, a recorrente estaba lexitimada activamente para pretender a nulidade das determinacións do plan relativas ao cálculo de aproveitamento doutros sectores distintos aquel en que se sitúa a súa parcela».

Finalmente, resulta de interese a STSXG n.º 142/2015, que recoñece sen dificultade con base na acción pública a impugnación de plan xeral, estudo de detalle e licenza, acumuladamente.

## 7.1.2 Actos administrativos

### 7.1.2.1 Réxime xeral de lexitimación para a impugnación de licenzas e outros actos de execución do planeamento

Constitúe o suposto máis xeral na orde xurisdiccional contenciosa, e, concretamente, no exercicio da acción pública. E, en aplicación da norma do artigo 25 LXCA, unicamente será admisible a pretensión se o acto reúne os requisitos que se establecen; polo tanto, en relación cun acto que non esgote a vía administrativa será necesario, antes de incoar o proceso, interpor o recurso de alzada ante o órgano competente.

Neste sentido, non ofrecen especialidades os que supoñen a impugnación clásica desa actividade, sempre que se poidan incardinar nalgunhas das materias cuxa normativa habilite o exercicio da acción pública<sup>31</sup>. Para o artigo 62 TRLSRU 7/2015, a observancia da lexislación e dos instrumentos de ordenación do territorio e o urbanismo, inclúe, ademais da tramitación dos plans urbanísticos ou programas, a impugnación de licenzas urbanísticas<sup>32</sup>, algo admitido pacificamente na xurisprudencia.

30 A STS do 7 de novembro de 1988 é do seguinte teor: «É certo que o recurso indirecto é unha técnica típica da impugnación das disposicións xerais (...) e que, con todo, o Texto refundido inclúe tal suspensión entre os “actos” preparatorios da formación e aprobación dos plans, pero, aínda así, a íntima conexión do acordo de suspensión con estes, de clara natureza normativa, permite aplicar á suspensión a técnica da impugnación indirecta: (...) B) O acordo de suspensión non anticipa os efectos do plan en estudo, senón que operando sobre a ordenación vixente erixe un obstáculo (temporal e espacialmente limitado) á aplicabilidade desta, de xeito que cada vez que se paraliza a tramitación dunha licenza concreta está a producirse unha inaplicación da ordenación en vigor ou, o que é o mesmo, está a operar o obstáculo provocado pola suspensión, a cal así pois ten a xeneralidade propia da ordenación inaplicada. C) En último termo, a suspensión do outorgamento de licenzas actúa a modo dun *contrarius actus* sumamente peculiar tendo en conta, por unha banda, a competencia para ditala e, por outro, a natureza da ordenación cuxa aplicación impide e que naturalmente só resulta posible en virtude da expresa habilitación contida no artigo 27.1 do texto refundido.

Sobre esta base, en definitiva, aínda que se estimase que algunhas das ideas expostas teñen un carácter meramente descritivo, o certo é que a suspensión de licenzas opera na vida práctica afectando decisivamente á virtualidade do ordenamento urbanístico e, así as cousas, fronte a unha posible firmeza do acordo de suspensión, o ordenamento xurídico necesariamente ha de permitir a reacción que implica a impugnación indirecta».

31 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 12.

32 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., na referencia web citada.

A TSXG n.º 168/2015 (FX 3º) refírese igualmente aos actos que sexan consecuencia da execución dunha sentenza anterior, para verificar o cumprimento da legalidade no relativo ao exacto cumprimento da resolución: «A cuberta retráctil cuxa instalación constitúe, a xuízo do actor, unha infracción urbanística, foi instalada no mesmo lugar que ocupaba outra fixa cuxa demolición foi decretada nunha sentenza. A actuación do actor, ao entender que coa súa instalación se contrariaba o decidido en vía xudicial –e se reincidía na infracción que determinara esa decisión– non constitúe ningún abuso de dereito, e está amparada na acción pública, xa que non só persegue o cumprimento da normativa urbanística, senón tamén o respecto ás decisións dos tribunais».

A APU abrangue a pretensión encamiñada a solicitar que a Administración comprobe se determinadas obras realizadas se axustan á licenza concedida (STSXG n.º 69/2014, FX 1º), así como a solicitude de declaración de caducidade da licenza (STSXG n.º 828/2013).

No caso de exercicio reiterado da APU mediante denuncias que non son atendidas, é admisible e acóllese o dereito ao trámite, é dicir, a condenar o concello a que incoe, tramite e resolva de forma expresa a denuncia da vulneración da legalidade urbanística (STSXG n.º 981/2012). A STXG n.º 968/2011 di a este respecto no FX 3º: «Os artigos 42 e seguintes da Lei 30/1992 impoñenlle un deber á Administración de ditar resolución expresa en todos os procedementos. Neste caso, trátase dun procedemento iniciado por instancia de parte que a Administración está obrigada a resolver. Non debe esquecerse que quen exercita a acción pública é un verdadeiro interesado no procedemento administrativo que promove e, por conseguinte, parte nel e plenamente lexitimado para exixir ante os tribunais de xustiza a observación da legalidade urbanística se non obtén resposta en prazo». En igual sentido, a STS do 23/7/2015 (Rec. n.º 2342/2013), que confirma en casación a doutrina reiterada da AN, onde manifestaba (SSAN con datas do 19/4/2013 e 19/5/2011) que, «cando os particulares posúen a condición de interesados, ou gozan do recoñecemento do exercicio da acción pública por razón da materia concernida, e teñen, polo tanto, “dereito ao procedemento administrativo” no sentido de obrigar a efectuar un pronunciamiento sobre a procedencia ou non de acordar a súa incoación, non poden quedar inermes e a expensas da libérrima vontade da Administración; que é o que sucedería de xeito inevitable e sen remedio se aquela, coa súa soa inactividade, puidese aprazar indefinidamente no tempo o pronunciamiento sobre unha solicitude a cuxa resposta teñen dereito».

#### 7.1.2.2 Impugnación de actos administrativos en materia non urbanística, pero vinculada a ela

Tamén pode ser obxecto de impugnación mediante a APU a concesión mineira por lesión a un espazo protexido pola conexión que este último elemento presenta en relación coa normativa urbanística (STS de 7/6/2013, FX 7º): «De modo que o exercicio da acción pública urbanística non pode entenderse bloqueado ou impedido cando se impugna un acto non urbanístico, sempre que se atope esencialmente vinculado aos usos do solo e se invoque unha norma legal que impida o uso que recoñece a concesión”.

Acóllese igualmente a APU para impugnar licenza para actividades de incidencia ambiental (antigo eido do RAMINP) cando o contido infractor estea baseado no incumprimento do contido dun PXOM (STS do 21/3/2012, FX 4º)<sup>33</sup>.

33 «Se de lexitimación por acción pública se trata, debemos lembrar, en fin, que a xurisprudencia desta sala declarou que, á marxe da dimensión ambiental do regulamento de actividades, cando a temática esencial de impugnación dunha actividade radica precisamente

Como criterio *orbiter dicta*, sinala a STSXG n.º 473/2014 que é admisible a acción pública para a impugnación dunha autorización sectorial mentres se impugne un procedemento de autorización urbanística, pero non cando se fai de forma autónoma, porque daquela non resulta vinculado á reposición da legalidade urbanística<sup>34</sup>.

### 7.1.2.3 Improcedencia da APU por exceder o ámbito urbanístico

A inexistencia de acción pública en materia tributaria determina que non se poida impugnar unha licenza de actividade ou obras por falta de ingreso cos correspondentes impostos ou taxas municipais (STSXG n.º 782/2012).

Non se considera acto impugnabile o resultado dunha reparcelación por non comprometer a ordenación urbanística. Así, a STSXG n.º 791/2014: «as cuestións sobre os dereitos de propiedade dos predios de resultado son cuestións privadas, que ao non afectaren á ordenación urbanística quedan fóra do ámbito da acción pública, polo que só cabe que as atribucións as impugnen aqueles cuxos dereitos ou intereses resulten prexudicados. Por iso, esta cuestión está intimamente relacionada coa referida en primeiro lugar».

### 7.1.3 Inactividade da administración

A impugnación da inactividade, segundo o artigo 29 da LXCA, admite a dobre modalidade de:

- incumprimento de obrigas asumidas pola Administración en disposición xeral sen necesidade de acto de aplicación, en acto, contrato ou convenio; ou
- pola inexecución dun acto administrativo firme.

En tales supostos, o precepto mencionado habilita a impugnación en vía contenciosa, pero só *“a quen tivese dereito a ela (a prestación)”* ou *“aos afectados”*; é dicir, o mesmo lexislador parece reservarlle tales supostos de impugnación da actividade administrativa a quen estivese lexitimado polo interese ou dereito afectado ou, con maior rigor, os titulares da prestación contida na disposición xeral, acto, contrato, convenio ou inexecución de acto firme, coa consecuente exclusión de que poidan habilitar o exercicio da acción pública por quen non se atope nesa situación.

Esa situación deixa fóra da acción pública supostos en que a Administración deixa sen executar, por exemplo, un acto ordenando o restablecemento da legalidade urbanística alterada con actuacións desa natureza<sup>35</sup>, obrigando o titular da acción pública a requirir o respectivo concello para esa execución e, ante a negativa, impugnar o acto, expreso ou presunto, que resolverse a petición, pero acudindo á vía do proceso ordinario correspondente, sen beneficiarse do acurramento dos prazos ou mesmo do procedemento abreviado, que autoriza o artigo 29 da LXCA.

no seu emprazamento, segundo o artigo 4 do RAMINP, que, como é sabido, se supedita ao disposto nos plans de ordenación urbana, cabe admitir o exercicio da acción pública establecida como lexitimación en materia urbanística [SSTS do 3 de decembro de 2001 (Rec. 5349/1997), do 31 de xaneiro de 2001 (Rec. 9275/1995) e do 28 de marzo de 2000 (Rec. 7704/1994)].».

34 Di o FX 4º que: «As alegacións da recorrente resultan desconcertantes, porque tal evidencia só podería derivar de que se impugna unha autorización “sectorial” inserida nun procedemento de autorización urbanística no que está recoñecida a acción pública. Pero este argumento tórnase equivocado desde o momento en que se optou por interpor o recurso por separado, de xeito que non se arrastra este proceso a lexitimación pública que se recoñece para aqueles».

35 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 12.

### 7.1.4 A vía de feito

Solución diferente debe ser a que se impoña no caso de que a actividade administrativa se traduza en actuacións **de vía de feito**. Nestes casos, a ausencia de procedemento pode ser campo propicio para determinar que os cidadáns poidan exercer a acción pública, precisamente para facer valer a existencia da legalidade, estando habilitados para a súa impugnación en vía contenciosa, de acordo co que autoriza o artigo 30 da LXCA<sup>36</sup>.

## 7.2 Pretensións admisibles

Conforme a lei, en relación coa actividade impugnada no ámbito do dereito urbanístico, esas pretensións poden ser, en abstracto, de dúas clases;

- a que debe accionarse necesariamente porque noutro caso carecería de obxecto o proceso: é a declaración de que a actividade impugnada “non é conforme a dereito e, se é o caso, a anulación”, como se dispón no artigo 31.1.º da LXCA.

Trátase da pretensión coa que se busca a declaración de nulidade ou anulabilidade da actividade impugnada, sen máis pretensións.

- A LXCA acolle o sistema de plena xurisdición en que se autoriza o titular da acción para suplicarlle ao tribunal, ademais desa declaración de ineficacia da actividade administrativa impugnada, o «recoñecemento dunha situación xurídica individualizada e a adopción das medidas adecuadas para o pleno restablecemento desta, entre elas a indemnización dos danos e perdas», como se dispón no artigo 31.1.º LXCA.

Por esa vía autorízase que o recorrente afectado pola actividade administrativa impugnada poida restablecer o dereito ou o interese que se lle vulnerou.

No exposto está unha das limitacións máis relevantes para os titulares da acción pública, xa que, ao non seren titulares de dereitos ou intereses concretos afectados pola actividade impugnada, non autoriza incorporar ao proceso pretensións de recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas.

Así pois, pola vía da acción pública só é admisible a pretensión de mera anulación, limitación que salvagarda o risco de procesos carentes de fundamento.

En consecuencia, a través da acción pública non resulta posible exercer as pretensións de plena xurisdición do artigo 31.2 da LXCA, pero non se poden confundir estas coas que solicitan o pleno restablecemento da legalidade urbanística, segundo se declara na STS do 17 de marzo de 2009 (Rec. n.º 11119/2004) ou outra xurisprudencia posterior, tamén de 2009, en que a Sala Terceira aclara, para estimar o motivo de casación para o efecto invocado, que a petición de clasificación dun solo como urbano non é razón para inadmitir o recurso contencioso-administrativo, como procedera a Sala de instancia por entender que o demandante non xustificara a súa condición de propietario do solo, xa que tal pretensión está amparada polo carácter regrado da dita clasificación e, por conseguinte, é susceptible de reclamarse a través da acción pública urbanística.

---

36 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 13.

A STSXG n.º 629/2015 recoñécello ao particular ao que se lle negaba lexitimación de adverso o seu dereito baseándose na acción pública, aínda que no caso sosteña unhas pretensións que coinciden cos seus particulares intereses (FX 1º).

## 8 Especialidades procesuais

Uns dos principais problemas que xeran o exercicio da acción pública e a súa deficiente regulación son as particularidades que existen no propio inicio do proceso contencioso, sometido a formalidades previas ineludibles e a curtos prazos de interposición. Esas exixencias non son fáciles de conciliar no suposto do seu exercicio pola vía da acción pública.

### 8.1 A acción pública e o beneficio de xustiza gratuíta

Ao exercicio da acción pública débelle ser aplicable o disposto polo apartado terceiro do artigo 20 da LOPX, que prevé a gratuidade, sempre, da acción popular: «3. Non poderán exixirse fianzas que pola súa inadecuación impidan o exercicio da acción popular, que será sempre gratuíta». Entende a doutrina que non cabe pensar que tal denominación se refira exclusivamente á que se exercita nos procesos penais, sendo a razón de ser desta e daquela a mesma, de maneira que, exercitada tal acción pública, existe o dereito ao beneficio de xustiza gratuíta sen necesidade de promover declaración ningunha deste nun procedemento incidental *ad hoc*, ao vir recoñecido tal dereito pola LOPX<sup>37</sup>.

Outra cuestión será delimitar se se está exercendo propiamente a APU ou se está actuando como directa ou indirectamente interesado ou afectado polo acto ou disposición impugnados, o que, ao abeiro das pretensións da demanda, debера despegar toda dúbida.

O exercicio da APU só se pode beneficiar dos efectos que para a xustiza gratuíta establecen os artigos 30 e seguintes da LAC, sen que se poida acoller á exención doutras fianzas ou caucións legalmente previstas, pois, malia ser é certo que a LOPX prevé que non se exigan fianzas que, pola súa inadecuación, impidan o seu exercicio, non exime da súa prestación. Outra cousa é que esas caucións non se convertan en obstáculos insalvables para obter o fin pretendido pola lei coa medida cautelar de que se trate.

### 8.2 Esgotamento da vía administrativa

En efecto, como se dispón no artigo 25 da LXCA, en relación co suposto clásico de que se impugnen actos administrativos, só é admisible o recurso contra «os que poñan fin á vía administrativa» cando se esgotasen os recursos previos nesa vía previa, como se dispón no artigo 109 da LRXAP-PAC. Á súa vez, eses recursos administrativos só están autorizados aos que teñan a condición de “interesados”, como se dispón no precepto; exixencia persoal que esa lei define no artigo 31 novamente con referencia á titularidade de dereitos ou intereses

37 PECES MORATE, J., “Significado y trámite de los procesos especiales en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Jurisdicción contencioso-administrativa: Aspectos procesales. Cuadernos digitales de Formación*, n.º 23, 2009, p. 10.

“lexítimos” que, pola súa propia definición, non concorren no titular da acción pública<sup>38</sup>, de onde deducimos a excepcionalidade da situación creada pola APU que lle impide á Administración a denegación da lexitimación por esta causa (así, a TSXG n.º 329/2015).

### 8.3 Subrogación na posición xurídica dun terceiro que desistiu da acción pública na vía administrativa

Debido á articulación da acción por quen carece dunha conexión específica co obxecto do proceso, e que está equiparada á de calquera outro cidadán, suscitouse a cuestión de se é posible soste a APU en lugar dun terceiro que –con idéntico título– desistiu na vía administrativa.

A este respecto, o Tribunal Supremo coñeceu dun recurso de casación deducido contra unha sentenza que declarara a inadmisibilidade dun recurso contencioso-administrativo sostido por un avogado cuxos clientes non se decidiron, a última hora, a interpolo. A Sala de instancia mesmo condenou o avogado recorrente ao pagamento das custas pola súa temeridade ao actuar en nome de terceiros sen ter a súa representación e defensa.

A STS do 17 de marzo de 2009 (Rec. 11119/2004), pola contra, estimou o motivo de casación esgrimido polo referido avogado baseado na infracción cometida pola sala sentenciadora do disposto no artigo 304 do Texto refundido da Lei do solo de 1992, que consideraba o exercicio da acción pública.

A consecuencia do anterior implica, na nosa opinión, que mesmo se o desistente exercita unha acción baseada nun interese particular, pero que se proxecta sobre o ámbito urbanístico, pode o terceiro continuar invocando a lexitimación que lle confire a APU, coa característica, está claro, de restrición de pretensións, que só poderían ser as derivadas do exercicio da acción pública –anulación do acto– pero nunca o recoñecemento da situación xurídica individualizada, por máis que o terceiro inicialmente actuante si puidese, co seu propio título de intervención, facelo.

### 8.4 Transmisibilidade *mortis causa* da acción pública

O TS admitiu a transmisión da acción pública aos herdeiros do actuante falecido tanto en fase de execución da resolución como durante a declarativa, polo que debemos entender, en conexión co razoado en relación coa continuación da acción iniciada por terceiro, que procederá tamén en vía administrativa.

No caso concreto, a STSXG 4/12/2003 (Rec. n.º 4816/1993) declarou inadmisíble, por causa sobrevida, o recurso contencioso administrativo interposto por un particular, no falecemento do cal compareceron os seus fillos para soste a acción pública urbanística que aquel exercitará<sup>39</sup>. A STS do 30 de xuño de 2008 (Rec. n.º 4091/2004) estimou o motivo de casación, para

38 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cít.*, p. 13.

39 A Sala de instancia baseou a súa decisión de inadmisión no seguinte razoamento: «recoñecemento (da calidade de herdeiros para efectos substantivos) que por outra banda resultaría inocuo, pois, como se dixo ao principio, estamos ante un proceso seguido no exercicio da acción pública, que non está no comercio dos homes e que concretamente non forma parte do patrimonio que unha persoa deixe ao falecer, ao non se poder integrar entre os dereitos a que se refiren os artigos 659 e 661 do Código civil, da mesma maneira que non podería dispor dela por testamento para despois da súa morte, nin transmitirla a outro por actos *inter vivos*, e todo iso porque con ela non se está



o efecto articulado polos herdeiros do actor falecido, co seguinte argumento: «É certo que a acción pública non ten en si mesmo un contido patrimonializable, (...). E é certo, tamén, que no noso ordenamento non se prevé a transmisión da acción pública así configurada, en abstracto, como recoñecemento legal lexitimador. Pero aquí non se trata da acción pública en abstracto, senón dunha acción xa exercitada; e ese exercicio deu orixe a unha relación xurídica procesual concreta, no seo da cal xurdiron dereitos e obrigas con contido propio e con innegables consecuencias na esfera patrimonial –pénsese nos gastos e custas procesuais–. Por iso, se o recorrente que exercitou no seu día a acción pública falece cando xa se ditou sentenza favorable ás súas pretensións, debe recoñecérselles aos seus herdeiros, se acoden na causa, o dereito para instar a execución da resolución tanto no relativo aos pronunciamentos substantivos como en canto ao que puidese recaer en materia de custas procesuais. De igual xeito, debe admitirse a sucesión procesual a favor dos herdeiros cando o falecemento do recorrente orixinario se produce durante a tramitación do proceso e antes de que se dite sentenza».

## 8.5 Prazo de interposición do recurso contencioso (contra actos que esgotan a vía administrativa)

### 8.5.1 Réxime xeral

O recurso contencioso debe interperse, como regra xeral, no prazo dos dous meses, computados desde «o día seguinte ao da publicación da disposición xeral impugnada ou ao da notificación ou publicación do acto que poña fin á vía administrativa», como se dispón no artigo 46 da LXCA. Para o caso de que se trate de actos presuntos, o prazo de seis meses foi ampliado pola xurisprudencia, equiparándoo aos actos non notificados na debida forma (STC n.º 186/2006, do 19 de xuño), deixando aberto o prazo de interposición do recurso.

### 8.5.2 Cómputo do prazo. O problema da falta de notificación

No suposto de publicacións –necesariamente cando se trate de disposicións xerais ou nos supostos especiais en que os actos administrativos deben ser obxecto desa publicación–, é fácil o coñecemento pola xeneralidade dos cidadáns e non deixa en inferiores condicións a quen pretende exercitar a acción pública que deberá someterse a ese prazo de interposición.

A cuestión é diferente no suposto normal de que o acto estea sometido á formalidade da notificación, porque esta, conforme o establecido no artigo 58 da LRXAP-PAC, só se lles practicará aos “*interesados*” no correspondente procedemento administrativo, que non o é o titular da acción pública, o que equivale ao descoñecemento do acto mentres transcorre o prazo de impugnación<sup>40</sup>.

---

defendendo ningún interese persoal patrimonializable aínda que só fose por título de prexuízos morais, senón exercitando altruistamente unha defensa da calidade de vida da sociedade a través da observancia da normativa urbanística, e esta é unha facultade que compete a calquera pero que, exercitada por un, coa súa morte extingúese; tampouco cabe pensar en que, ocorrido o falecemento, a acción quede vacante á espera de calquera que a queira ocupar, senón que, quen queira exercitala, deberá facelo como titular orixinario e non derivativo dela, se a tempo está e comezando pola correspondente reclamación en vía administrativa para sometela logo, se for o caso, ao control xurisdiccional».

40 Para o caso dos interesados notificados persoalmente, a STSXG n.º 602/2014 entendeu que obviar os prazos de recurso cando existiu notificación expresa para acollerse logo á acción pública constituía un abuso de dereito, polo que denegou a acción así intentada.

O lexislador non dá unha solución a ese dilema e a lexislación sectorial tampouco o fai con carácter xeral. Impor esas exixencias conforme o sistema xeral suporía deixar ineficaz o recoñecemento da acción pública, aínda que facer o contrario tamén afectaría ao principio de seguridade xurídica. Faise eco dese dilema a STS do 29 de maio de 2002 cando declara que «a acción de impugnación sería ilusoria se o recoñecemento dunha lexitimación xeral quedase niso, mantendo a necesidade de impugnar nos prazos ordinarios uns actos administrativos dos que non existe formal constancia».

### 8.5.3 Solución para actos (incluídas licenzas) con manifestación sobre a realidade física: requirimento administrativo ou interposición directa

A xurisprudencia adoptou un criterio amplo respecto desta situación e autorizou a quen pretenda exercitar a acción pública, «a falta dunha correcta notificación» do acto administrativo, a exercitala «ben por petición independente á Administración, ben interpondo (...) o recurso procedente» (STS do 5 de outubro de 2001, Rec. n.º 2046/1997), para o cal o prazo de interposición queda aberto mentres non se produza a caducidade da APU prevista na Lei do solo<sup>41</sup>.

Esa posibilidade vén establecida porque nas materias en que se recoñece o exercicio da acción pública están normalmente referidas a cuestións que teñen que ver coa realidade física (urbanismo, costas, patrimonio histórico, etc.) na que é posible que o cidadán poida observar, aínda que non teña coñecemento do acto administrativo concreto, os seus efectos. A iso responde o sistema establecido na DA 4ª LOUGa, en canto autoriza o exercicio da acción non só mentres se está executando a obra que se considera ilegal –feito externo facilmente apreciable–, senón mesmo *mentres se prolongue a súa execución e, posteriormente, ata o vencemento dos prazos de prescrición determinados nesta lei*, prazo que está en congruencia co establecido para que as administracións públicas poidan reaccionar contra a obra ilegal (mesmo con acto lexitimador contrario ao plan –é dicir, licenza–), polo que sempre lle quedaría a quen pretende exercer a acción pública requirir a Administración para que actúe en virtude das potestades que as normas (autonómicas) lle conceden contra as ditas obras ilegais e, en caso de non reaccionar, pretender a súa imposición en vía contenciosa.

Así pois, cabe concluír que, salvo nos supostos en que exista un coñecemento formal da concreta actividade administrativa que se impugna, o procedente poderá optar entre:

a) requirir a Administración para que evite a ilegalidade que se considera consumada e, se é o caso, interpor o recurso contencioso contra a decisión, expresa ou presunta, esta xa nos prazos establecidos con carácter xeral porque a habilitación da acción pública e a reclamación

---

41 Di a sentenza: «Terceiro.- Tanto o Concello de Vigo como Repsol Comercial de Produtos Petrolíferos, S.A., opoñen como motivo de casación a infracción do artigo 82 f) LX e alega que a petición dirixida ao Concello de Vigo na que se impugnan as licenzas concedidas pola dita Corporación a D.ª Dores deben considerarse, como fixo a Sala de instancia, como un recurso de reposición formulado contra as licenzas, pero un recurso interposto transcorrido o prazo previsto legalmente, sen que caiba eludir as consecuencias derivadas diso invocando o réxime aplicable ás notificacións defectuosas, xa que o recorrente non tiña a condición de interesado no procedemento e debe suporse, ao ser a construción da estación de servizo un feito público e notorio, que aquel tiña coñecemento das licenzas concedidas. Este motivo de casación debe ser desestimado; a falta dunha correcta notificación da licenza ao interesado, o exercicio da acción pública urbanística pode levarse a efecto, ben por petición independente á Administración, ben interpondo contra o acordo municipal de concesión da licenza o recurso que procedese, pero, en todo caso, o prazo para facela valer é o indicado no artigo 304 do Texto refundido da Lei do solo do 26 de xuño de 1992 (LS/92), prazo que non foi excedido neste caso».

efectuada á Administración, confírelle a calidade de “interesado” nese concreto procedemento administrativo e, por iso, deberá notificárselle a concreta resolución.

Unha vez accedido pola APU á vía administrativa, non existe xa entón e desde o punto de vista do proceso contencioso, especialidade ningunha respecto da lexitimación polo interese ou dereito afectado, debendo entenderse que, en tales supostos, o transcurso do prazo dos dous meses fai decaer o exercicio da acción (artigo 46 LXCA)<sup>42</sup>.

b) Exercitar, no caso de que o acto coñecido esgotase a vía administrativa, a impugnación directamente na vía contenciosa, mesmo cando isto supoña un exercicio extemporáneo da acción en relación co acto (porque este foi notificado aos interesados), porque realmente para o accionante público non o é, polo que a dinámica dos prazos aquí funciona como a da notificación defectuosa, deixándose aberta a opción de recurso, cun límite, a caducidade da acción recollida legalmente.

#### 8.5.4 Actos administrativos sen proxección sobre a realidade física

O anterior esquema é factible no caso de que se trate de actuacións sobre o medio físico, pero non o é naqueles supostos –tamén no ámbito urbanístico– en que a actuación administrativa non ten posibilidade de chegar a ser coñecida polos cidadáns en xeral, polo menos nun tempo máis ou menos próximo<sup>43</sup>, que, non obstante, entendemos que debe subsistir por ser o máis protector da viabilidade da APU. Sería ilóxico establecer un prazo máis dilatado para un acto que se percibe por calquera (obra) que para outro que non, porque é máis difícil de detectar este último, polo que a caducidade da APU debe abranguer para o resto de actos como mínimo os seis anos previstos na norma para os que si teñen reflexo físico.

### 8.6 Caducidade da acción como límite temporal ao seu exercicio en caso de obras ilegais

A xurisprudencia anterior podería suxerir unha situación de posibilidade de impugnación ilimitada no tempo dos actos contrarios á legalidade urbanística, pero iso foi limitado por razóns de seguridade xurídica en determinados supostos, concretamente en relación coa execución de obras contrarias á legalidade.

Así, Peces Morate entende que a acción pública urbanística está suxeita a caducidade, como calquera outra, segundo se recoñece na STS do 5 de xullo de 2006 (Rec. n.º 1998/2003). Cuestión distinta é a do cómputo do prazo, declarando tamén a xurisprudencia que o prazo de caducidade nas infraccións continuadas non pode iniciarse ata que finaliza a actividade ou se realiza o último acto con que a infracción se consuma, constituíndo, entre outros, o uso do solo unha actividade continuada; Sentenzas do 22 de xaneiro de 1992 e do 21 de maio de 1985, pois, di a primeira, «se a Administración pode impedir o uso do solo ilegal mentres este dure, será razoable que o prazo de prescrición non empeza a correr mentres se manteña o uso».

<sup>42</sup> Como declara, entre outras, a STS do 21 de decembro de 2001.

<sup>43</sup> OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 14.

A caducidade da APU prevese na DA 4ª da LOUGa, cando sinala: «2. A acción pública a que se fai referencia no apartado anterior, **se é motivada pola execución de obras que se estimen ilegais**, pode exercerse mentres se prolongue a súa execución e, posteriormente, ata o vencemento dos prazos de prescrición determinados nesta lei».

En consecuencia, en relación exclusivamente con obras contrarias ao ordenamento xurídico, a lei establece unha limitación temporal –prazo de caducidade– para o exercicio da acción, despois da cal non poderá exercerse con éxito. Así o recoñece, entre outras, a STSXG n.º 586/2015, FX 3º, a respecto do cómputo de prazos de restauración da legalidade perturbada por unhas obras.

O prazo de caducidade así detallado non abarcará, en consecuencia, o resto de situacións xa descritas, e singularmente a relativa a unha licenza mentres non fose executada. Neste sentido, lémbrese que a licenza de obras se concede por un prazo máximo de tres anos, pero que non se declara a caducidade mentres non se seguiu un procedemento previo con audiencia do interesado –artigo 197.3 LOUGa–, polo que a afirmación da vixencia da acción pública ten completa virtualidade neste suposto.

En relación con isto, en tese discutible tanto polo resultado do procedemento (inadmisión) como pola indeterminación que mantén en relación a cal é a tese da sala en relación coa caducidade da acción en relación cos licenzas urbanísticas (parece insinuar que os prazos son os equivalentes aos dos interesados, o que contraria a xurisprudencia do TS), a STSXG n.º 4089/2014 revogou a sentenza de instancia e declarou a inadmisión do recurso fundado na APU porque a demandante, malia que accionaba contra unha licenza de primeira ocupación antes do transcurso de catro anos, era –por ter sido daquela asesora xurídica de urbanismo do concello– coñecedora da súa existencia desde antes, polo que entendía, por unha banda, a existencia de abuso de dereito (argumento que si poderíamos compartir) e, por outra, porque o período de prescrición da DA 4ª LOUGa é exclusivamente para obras **e non para licenzas**<sup>44</sup>.

Debe facerse unha derradeira precisión neste apartado: aínda que a doutrina se refire con frecuencia ao prazo para o exercicio da APU como de *prescrición*, as SSTs do 26/10/2001 (Rec. 3010/1997) e a xa citada do 5/7/2006 (Rec. 1998/2003) refírense á institución da *caducidade* de forma clara, razón pola que aquí asumimos esa tese e non a da prescrición, como ás veces aparece tamén referida nalgunhas sentenzas de tribunais superiores de xustiza.

## 8.7 Constitución da relación xurídico-procesual

Dado que no exercicio da acción pública se pretende sempre a declaración de ilegalidade de actos que se ditaron en procedementos en que quen a exercita non tivo a consideración de interesado, deberán ser chamados ao proceso, na súa condición de demandados, eses titulares de dereitos ou intereses que, en palabras do artigo 21 da LXCA, «puidesen quedar afectados pola estimación da pretensión do demandante».

---

44 Ademais da citada STS do 5/10/2001, esta Sentenza do TSXG contravén a STS do 15/7/1999 (Recurso: 4967/1993), que nun caso en que a recorrente accionaba contra unha licenza de obras indica no seu FX 6º que «Non se lle pode reprochar a FINRESA que defenda os seus intereses e non se lle pode exixir para iso unha dilixencia no exercicio da acción pública urbanística que non require o seu parágrafo 2º e, de aceptarse a tese da parte recorrente, viría na práctica baleirar de contido ese precepto».

O feito de que o beneficiado polo acto sometido ao control xurisdiccional só poida adoptar a posición de codemandado, e estar proscriba no ámbito do contencioso a reconvención, a estes só lles será admisible oporse á estimación do recurso e suplicar a confirmación do acto, do mesmo xeito que a Administración autora deste<sup>45</sup>.

Caso de estimación do recurso e anulación do acto, quedará a posibilidade dos recursos.

Pero se a propia Administración, iniciado o proceso e conforme autoriza o artigo 76 da LXCA, ditase un acto recoñecendo a pretensión ao demandante pola vía da acción pública, e ese novo acto non «infrinxisse manifestamente o ordenamento xurídico», a eses interesados no acto que actuaron como codemandados só lles quedará a vía da impugnación dese novo acto; deberá entenderse que primeiro en vía administrativa e, se é o caso, en vía xurisdiccional, o que non deixa de ofrecer problemas, porque, en principio, o auto polo que se admite a terminación do procedemento tería o efecto de *cousa xulgada*, que non se vulneraría porque no proceso ulterior contra ese acto que puxo fin ao previo proceso non suporía a identidade das calidades en que as partes intervirían, como exige agora o artigo 222-3.º da LAC. En todo caso, eses beneficiados polo acto que se anule, mesmo cando o fose por sentenza, terán dereito ao resarcimento dos danos e perdas ocasionados por responsabilidade patrimonial<sup>46</sup>, que deberá realizarse como pretensión autónoma na vía administrativa, non con ocasión deste procedemento.

## 8.8 Intervención do MF en caso de desistencia da acción no proceso. Asunción sobrevida da condición de parte demandante

En canto ao procedemento contencioso-administrativo, existe unha norma especial no artigo 74.3 e 4, LXCA, ao regular a desistencia.

Precisamente para evitar o perigo sinalado do exercicio da acción pública para fins distintos á protección da legalidade, exíxese a audiencia do Ministerio Fiscal antes de ditar auto sobre a desistencia, co fin de que se poida opor razoadamente por apreciar dano para o interese público.

Con todo, aínda que cabe oposición á desistencia polo Ministerio Fiscal dada a acción pública imperante ou que o Tribunal resolva no caso de que se aprecie «dano para o interese público» (artigo 74.3 e 4 LJCA), non articula a normativa como se seguiría o procedemento se o recorrente xa non persegue a condena da Administración. Unha posible vía sería a actuación do Ministerio Fiscal en prol do interese público que se puidese ver danado<sup>47</sup>.

45 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 15.

46 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 16.

47 PENÍN ALEGRE, C., “Licencias declaradas ilegales por sentencia firme y modificación del plan para adecuarlas al ordenamiento infringido”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2011, pp. 18 e 19. Indica esta maxistrada que en Cantabria existen exemplos de actuación procesual polo Ministerio Público. Unha asociación de veciños acudiu á fiscal de Medio Ambiente en Cantabria e, ante a falta de capacidade económica para afrontar o correspondente aval que lle puidesen exixir, a representante do Ministerio Público optou por interpor directamente recurso contencioso administrativo contra unha licenza relativa á construción de diversas vivendas amparada nun plan anulado pola sala e confirmado polo TS na zona de Oyambre, San Vicente de la Barquera. Ao tempo de interpor o recurso, invocando a acción pública e o obxectivo encomendado ao Ministerio Fiscal de promover a acción da xustiza, solicitou como medida cautelar a suspensión da licenza, suspensión que foi acordada polo xulgado aquietándose o concello coa dita decisión e estimándose finalmente o recurso. O caso foi exposto pola referida fiscal no Seminario de Fiscalías de Medio Ambiente en Valsain, Segovia, celebrado o pasado 27 e 28-6-2008. Nas ditas xornadas sobre a acción pública e o papel do fiscal, si se barallou a idea da intervención do representante público a petición dunha asociación ecoloxista.

A dificultade procesual desta situación estriba en que a ausencia da figura de coadxuvante no procedemento contencioso impide que, interposto o recurso, actúe o Ministerio Fiscal. Malia isto, a existencia da acción pública podería levar a articular a posibilidade da súa comparecencia con ocasión do trámite do artigo 74 LXCA, pois doutro xeito non podería validamente desprezar todos os seus efectos. Con relación a isto, poderíase prever para o MF unha intervención procesual semellante á prevista no 50.3. LXCA, onde o comparecido tardiamente pode aproveitar os trámites aínda non precluídos e propiamente, ante a desistencia do actor, o MF ocuparía a súa posición, de xeito que non sería coadxuvante, senón subrogado na posición xurídica do demandante. Para completar a regulación, cabería aplicar directamente o artigo 13.3. LAC relativa á intervención de suxeitos non orixinariamente demandantes.

Outra solución propón Penín Alegre: o MF podería interpor outro paralelo e pedir a acumulación vía 34.1 LJCA para, unha vez desistido, continuar el coa acción. Entendemos pola nosa banda que isto requiriría unha dilación do procedemento se aplicásemos todas as normas de acumulación de autos, polo que resultaría máis operativo e igual de funcional ao fin do artigo 74 LXCA proceder conforme cos artigo 13.3. LAC e 50.3. LXCA.

## 8.9 Contido da sentenza

A sentenza que se dite nestes procesos non ofrece particularidade ningunha e deberá limitarse, caso de non existir causa de inadmisibilidade e conforme o principio de congruencia, á simple anulación ou confirmación, estimando ou desestimando o recurso que, como xa se dixo, só pode conter pretensións encamiñadas a esa declaración.

No caso de que se incorporase a esa pretensión o recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas, estas deberán ser desestimadas. En realidade, trataríase dunha inadmisibilidade parcial do recurso.

## 8.10 Execución de sentenzas

En canto á execución das sentenzas, non se establece especialidade ningunha nestes procesos iniciados pola acción pública, polo que se deben seguir as normas xerais da LXCA. Nos supostos de estimación do proceso –en caso de desestimación e confirmación da actuación non hai nada que executar, salvo os efectos internos do proceso (custas)– a Administración deberá levar “*a puro e debido efecto*” a declaración xudicial, como se dispón no artigo 104.

A declaración será a mera anulación da actividade, o que non evita que a Administración deba ditar actos –mesmo executalos materialmente– para dar plena efectividade a esa declaración, porque, como se declara na STS do 13 de decembro de 2001, «o deber de observar a legalidade... supón, como é lóxico, non só a anulación dos actos administrativos que a contraveñan, senón tamén a execución dos actos administrativos, removendo os obstáculos que se opoñan á súa efectividade, xa proveñan dos administrados ou da propia Administración».

Non supón esa execución incorporar á acción pública pretensións de recoñecemento de situacións xurídicas individualizadas, como podería selo a de demolición dunha edificación declarada ilícita; non cabe concluír esa ampliación de pretensións porque esa demolición, por

exemplo, viría imposta como consecuencia ineludible da mera revogación do acto lexitimador –ou a inactividade que a consentiu– en virtude do cal se executou<sup>48</sup>. Agora ben, no caso de que non se cumpra, cabe instar, con fundamento na APU, no expediente de execución, o cumprimento do acto ao que a Administración quedou obrigada.

## 8.11 A desistencia na fase de execución. Imposibilidade de transacción ou desistencia

O TS rexeitou a desistencia na fase de execución tendo en conta o compromiso do interese público e da fraude de lei e procesual que supuña a desistencia en fase executiva, xa que, ao non concorrer imposibilidade legal ou material de execución, o cumprimento da sentenza era inescusable, resultando nulos os actos ou disposicións orientados a evitalo. Indicouse, ademais, a necesidade de traslado ao MF para audiencia previa ao auto de arquivo<sup>49</sup>.

## 8.12 Intervención por APU en fase de execución dun procedemento iniciado por un terceiro.

Outra cuestión importante no incidente de execución de sentenza é o feito de que a xurisprudencia recoñeceu a lexitimación para exercer a acción pública *ab initio* na fase de execución dun proceso iniciado por un terceiro. Así o entendeu a STS do 23 de abril de 2010 (Rec. n.º 3648/2008): «unha vez que esta sala lles vén recoñecendo ás persoas afectadas a posibilidade de comparecer na execución cando non foron parte no recurso contencioso administrativo (Sentenza do 7 de xuño de 2005, citada e ditada no recurso de casación n.º 2492/2003), e recoñecida tamén a acción pública no noso ordenamento xurídico urbanístico para a protección da legalidade tanto como lexitimación para interpor o recurso contencioso administrativo (Sentenza do 7 de febreiro de 2000 ditada no recurso de casación n.º 5187/1994), como para comparecer na execución (sentenza do 26 de xaneiro de 2005 ditada no recurso de casación n.º 6867/2001), resulta forzoso concluír que a asociación recorrente

Regap



ESTUDIOS

48 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 16.

49 É o caso da STS do 28 de maio de 2008 (Rec. n.º 579/2006), na que se examina, como recorda Calvo Rojas (“La ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo”, *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 54, 2009, pp. 1-34), un acordo transaccional claramente ilegal en que os intervinientes no proceso –a demandante, que exercitara a acción pública e obtivera o pronunciamiento de anulación dunha licenza de obras, a Administración que a outorgaba e a empresa promotora titular desa licenza ilegal– se confabulan subscribindo un convenio no que afirman que concorren causas de imposibilidade legal e material de execución da sentenza, polo que acordan substituír o cumprimento da sentenza por unha indemnización económica por importe de catrocentos mil euros en favor da demandante, comprometéndose a levar a cabo as actuacións necesarias para que o Tribunal sentenciador homologue ese acordo, comprometéndose a parte actora a recoñecer expresamente que resulta imposible, material e legalmente, executar a sentenza, conferindo á súa vontade o carácter dunha desistencia co que renuncia á execución da sentenza. A Sala de instancia, que xa nunha resolución anterior declarara que non procedía o incidente de imposibilidade de execución da sentenza, denegou a homologación do acordo transaccional mediante auto no que, ademais, lles lembra ás partes que, conforme o artigo 103.4 da LXCA, son nulos de pleno dereito os actos e disposicións contrarios aos pronunciamientos das sentenzas que se diten coa finalidade de eludir o seu cumprimento. Confirmado en súplica ese auto, dous dos concertados fronte á sentenza –o concello e a promotora inmobiliaria– non cesaron no seu empeño e interpuxeron cadanseu recurso de casación aos que, claro está, o Tribunal Supremo declarou que non procedían igualmente, na STS do 16-4-2009 (Rec. n.º 2826/2007) e en relación cunha Sentenza do 13-12-1976, (Rec. n.º 169/1975), pola que se ordenaba a demolición do exceso dun edificio de nove plantas da Avenida da Diagonal de Barcelona, confirmada pola STS do 3-4-80, a agora executante acordou co concello pór fin a todas as súas controversias mediante desistencia de todos os recursos que tivese interpostos (transacción que se practicou con posterioridade a todas as incidencias ocorridas despois da firmeza, percibindo a cambio a suma de 100 millóns de pesetas). O TSX de Cataluña, mediante autos do 6-9 e 2-11-2005, considera executada a sentenza aplicando os artigos 74 e 77 da LXCA. O TS revoga o dito pronunciamiento, dado que a desistencia acordada non chegou a producirse. E engade que, mesmo no caso de que se materializou procesualmente, non por iso tería que ser aceptada, pois o Tribunal poderá rexeitalo razoadamente cando aprecie dano para o interese público. E mantén que no ámbito dunha infracción urbanística están en xogo uns intereses xerais indispoñibles polo simple acordo entre as partes sobre a base dunha satisfacción económica.

pode comparecer na execución para exercer as accións tendentes unicamente ao exacto cumprimento da sentenza»<sup>50</sup>.

Tamén se ten pronunciado expresamente a xurisprudencia nos casos en que fose iniciado polo titular do interese ou dereito afectados, que logo o actor público asume en fase de execución á marxe ou en contra do sostido polo inicialmente demandante<sup>51</sup>.

A cuestión é relevante porque é frecuente –case feito notorio– a existencia de sentenzas –especialmente no ámbito urbanístico– que declaran ilegalidades de edificacións ou instalacións e, por circunstancias alleas ao proceso, os recorrentes abandonan a súa execución, quedando sen executar os mandatos dos tribunais. Esa habilitación para que calquera cidadán poida instar a execución desas sentenzas evitaría tales indesexables situacións<sup>52</sup>.

### 8.13 Procedementos especiais e acción pública

Os procedementos especiais que se regulan na LXCA non merecen especialidade ningunha no caso de exercicio da acción pública, agás a mención á cuestión de ilegalidade dos artigos 123 e seguintes, de frecuente formulación no caso destas materias en que se habilita o exercicio da acción pública en que existen ou ben instrumentos de planificación (urbanismo, patrimonio) ou determinadas actuacións xerais que serven de lexitimada de maneira inmediata á concreta actividade impugnada (parques naturais, costas, etc.).

Neste sentido, a eventual estimación das demandas pode obrigar o tribunal que dita a sentenza pola que se declara ilegal un acto, por considerar así a norma da que emana (os plans teñen esa consideración), á formulación da cuestión de ilegalidade ante o tribunal competente para coñecer da impugnación directa desa disposición xeral, debendo citarse o recorrente en virtude da acción pública, porque foi parte no proceso, de acordo co disposto no artigo 124 da LXCA.

### 8.14 Tutela cautelar

Respecto da protección cautelar establecida no proceso contencioso-administrativo, non existe ningún reparo na súa aplicación cando o proceso se inicie mediante o exercicio da acción pública, e rexen as normas xerais que se establecen nos artigos 129 e ss. LXCA.

Neste sentido, debe valorarse a posibilidade da adopción de medidas cautelares que «aseguren a efectividade da sentenza», como se dispón no artigo 129-1.º da LXCA. Pero tamén é certo que a adopción destas medidas cautelares poden supor un abuso no exercicio da acción pública e, ademais, agravado polo feito de adoptar medidas máis ou menos inmediatas sobre actuacións administrativas que poidan, ao cabo, confirmarse en vía contenciosa pero afectando os intereses dos destinatarios desa actividade.

---

50 Neste caso, como lembra Chaves García, permitiúselles a una asociación ecoloxista comparecer en fase de execución para instar o cumprimento da sentenza. En CHAVES GARCÍA, J. R., “Agilización de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso”, *Medidas de agilización en la jurisdicción contencioso-administrativa. Singular tratamiento de la fase de ejecución. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, 2013, p. 37.

51 Nese sentido, as SSTs do 7 de xuño de 2005 e do 12 de decembro de 2006.

52 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 17.



Por iso adquire unha especial relevancia a exigencia de caución que autoriza o artigo 133 da lei, ben entendido que a exigencia dese aseguramento non poida burlar a lexitimidade desa tutela cautelar coa imposición de afianzamentos exaxerados. Neste sentido, debe facerse constar que o artigo 20 da LOPX dispón no seu parágrafo terceiro que «non poderán exixirse fianzas que pola súa inadecuación impidan o exercicio da acción pública». Ben é verdade que o precepto non ten incidencia no ámbito da acción pública no eido administrativo en que o exercicio da acción non está sometido a prestación de fianza ningunha; con todo, si que ha de servir ese criterio para a exigencia desa caución en caso de pretensión cautelar<sup>53</sup>.

## 8.15 Custas procesuais

As custas non teñen no caso da acción pública especialidade ningunha, polo que deben rexer as normas xerais que se conteñen no artigo 139 da LXCA.

Neste sentido, cabería pensar na declaración xeral que se contén no artigo 20 da LOPX en relación con que a acción popular “*será sempre gratuíta*”; non obstante, a xurisprudencia da Sala III do TS (*vid.* a STS do 4/10/2006) declarou que esa regra está reservada ao proceso penal.

## 9 Bibliografía

CALVO ROJAS, E., “La ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo”, *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 54, 2009.

CHAVES GARCÍA, J.R., “Agilización de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso”, *Medidas de agilización en la jurisdicción contencioso-administrativa. Singular tratamiento de la fase de ejecución. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, 2013.

CIERCO SEIRA, C., “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 69, Primeiro trimestre 2003.

DE ORO PULIDO LÓPEZ, M., “La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 12, 2001.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 de la LJCA”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 11, 1992.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XIII, 2006.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., <http://www.revistainmueble.es/2015/04/30/la-accion-publica-para-la-proteccion-de-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo/> (15 de novembro de 2015).

MENÉNDEZ PÉREZ, S., “Jurisprudencia urbanística. Jurisprudencia contencioso-administrativa (2006-2008): Análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 32, 2008.

53 OLEA GODOY, W.F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 18.

- OLEA GODOY, W.F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 144, 2007.
- PECES MORATE, J., "Significado y trámite de los procesos especiales en la jurisdicción contencioso-administrativa", *Jurisdicción contencioso-administrativa: Aspectos procesales. Cuadernos digitales de Formación*, n.º 23, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, J., "Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso", *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999.
- PENÍN ALEGRE, C., "Licencias declaradas ilegales por sentencia firme y modificación del plan para adecuarlas al ordenamiento infringido", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2011.
- ROÁS MARTÍN, L. (Dir.), "Acción pública urbanística: incidente en la misma de los criterios restrictivos contemplados en la Ley 9/2006, de 28 de abril", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 23, 2009.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E., "Protección civil de la legalidad urbanística", *Revista de derecho privado*, ano n.º 90, mes 4, 2006.

# Reflexións sobre o fomento do deporte nun Estado descentralizado

Reflexiones sobre el fomento del deporte en un Estado descentralizado

Reflections on promoting sport in a decentralized State

50 Regap

ANDREA GARRIDO JUNCAL

Profesora contratada interina de Dereito Administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
andrea.garrido@usc.es

Recibido: 03/11/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O estudo das responsabilidades asumidas polos poderes públicos no ámbito deportivo exige unha análise previa do noso ordenamento xurídico. A comprensión dos dous preceptos constitucionais que aluden ao deporte, os artigos 43.3 e 148.1.19ª, aconsella unha reflexión sobre a eficacia xurídica dos mandatos recoñecidos no capítulo III do título I da Carta Magna, sobre a descentralización do modelo organizativo do Estado positivizado no título VIII da norma fundamental e sobre algúns conflitos que xorden como consecuencia da asunción por parte das entidades locais da función de promover o deporte.

**Palabras clave:** principios reitores da política económica e social, Estado descentralizado, deporte, competencias.

**Resumen:** El estudio de las responsabilidades asumidas por los poderes públicos en el ámbito deportivo exige un análisis previo de nuestro ordenamiento jurídico. La comprensión de los dos preceptos constitucionales que aluden al deporte, los artículos 43.3 y 148.1.19ª, aconseja una reflexión sobre la eficacia jurídica de los mandatos reconocidos en el capítulo III del título I de la Carta Magna, sobre la descentralización del modelo organizativo del Estado positivizado en el título VIII de la norma fundamental y sobre algunos conflictos que surgen como consecuencia de la asunción por parte de las entidades locales de la función de promover el deporte.

**Palabras clave:** principios rectores de la política económica y social, Estado descentralizado, deporte, competencias.

**Abstract:** This paper aims at studying the responsibilities assumed by the public authorities in the field of sport, task requiring a previous analysis of our Spanish legal system. The understanding of the two constitutional provisions referring to sports – i.e. articles 43.3 and 148.1.9 of the Spanish Constitution – suggests a reflection firstly, on the legal effectiveness of mandates recognized in Chapter III of Title I of the Constitution, on decentralization of the organizational model of the State, duly established in Title VIII of our Constitution and, secondly, on some conflicts arising as a consequence of the assumption of competences by local authorities in promoting sport.

**Key words:** Social and economic governing principles, decentralized State, sport, competences.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 A eficacia xurídica do artigo 43.3 e os restantes mandatos recoñecidos no capítulo III do título I da Constitución. 2.1 A defensa cruzada de dereitos, a irreversibilidade das conquistas sociais e a estatutorización dos

dereitos sociais.<sup>3</sup> A complexa distribución competencial no ámbito deportivo. <sup>4</sup> As obrigas dos municipios no fomento do deporte. <sup>5</sup> Algúns problemas que suscita a promoción do deporte no eido local. <sup>6</sup> Bibliografía.

## 1 Introducción

A desconsideración cara ao deporte desde a perspectiva do lexislador carece de toda xustificación. Así, en palabras de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, «son millóns os españois que acoden habitualmente aos espectáculos deportivos; centenaes de miles os que practican o deporte por afección, por diversión, por estética ou simplemente por hixiene; moitísimos miles, tamén, os que teñen no deporte un medio de vida. Son millóns de pesetas, miles de millóns, os que xiran constantemente arredor da actividade deportiva. O deporte é un negocio, unha empresa, unha profesión, un espectáculo, un xogo, unha diversión e, mesmo un pretexto e un argumento político»<sup>1</sup>. En consecuencia, o dereito realiza neste ámbito unha tarefa de enxeñaría social consistente na harmonización de intereses en conflito, na consecución de fins sociais e na satisfacción –máis ou menos harmónica– de necesidades sociais<sup>2</sup>.

É oportuno comezar recoñecendo a importante novidade achegada polo noso texto constitucional ao incluír unha referencia expresa ao deporte no seu artigo 43.3; «os poderes públicos fomentarán a educación sanitaria, a educación física e o deporte. Así mesmo, facilitarán a axeitada utilización do ocio». Do teor literal deste precepto e da protección que se lle dispensa no artigo 53.3, parece claro que a nosa Carta Magna deixa absolutamente aberto o modelo deportivo que se deba establecer no noso país. Xorden desta redacción constitucional, cando menos, as seguintes interrogantes: se os poderes públicos deben fomentar a educación física e o deporte, cal é a diferenza entre unha e outro?; cales son eses poderes públicos obrigados polo precepto e o apartado que agora tratamos?; ata onde alcanza e cales son os límites desa obriga de fomento? e a que deporte en concreto se refire este artigo constitucional?

A amplitude, a inconcreción, a indeterminación ou a imprecisión son as críticas que se verteron frecuentemente sobre o artigo 43.3 e, en xeral, sobre todos os preceptos que se encadran no capítulo III do título I da Constitución («Os principios reitores da política económica e social»). A lóxica consecuencia da dita indeterminación é a xeración da incerteza á hora de perfilar conceptualmente os piares sobre os que se asenta o benestar social. En consecuencia, afirmase mesmo que é a propia norma fundamental do ordenamento xurídico a que pon en risco a autenticidade do Estado social que ela mesma recoñece.

Neste traballo examinaremos a eficacia xurídica dos artigos 39 a 52 do texto constitucional, así como as fórmulas empregadas para o seu fortalecemento, isto é, a defensa cruzada de dereitos ou o principio de indivisibilidade dos dereitos fundamentais, a irreversibilidade das conquistas sociais e a inclusión dun catálogo de dereitos nos novos estatutos de autonomía. A continuación, aludiremos á organización territorial do noso Estado. A aposta por un modelo descentralizado, en que o poder se atopa repartido entre o nivel estatal, autonómico e local, exige o coñecemento das regras sobre as que se realiza a dita repartición. A

---

1 Véxase o prólogo da obra *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974, p. 13.

2 Véxase PALOMAR OLMEDA, A., «Aportaciones del Derecho al deporte federado y asociativo», *Aportaciones del Derecho al Deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 13.

distribución competencial dista de ser unha cuestión pacífica en calquera materia e, polo tanto, tamén, no ámbito deportivo. A partir do disposto na Constitución, as comunidades autónomas asumiron competencias exclusivas sobre este campo; non obstante, as iniciativas legislativas autonómicas desenvólense paralelamente ás estatais. A limitación actual dos recursos económicos parece condicionar a aplicación da anterior normativa e, en consecuencia, o cumprimento das obrigas dos poderes públicos. O propósito último destas páxinas é describir as competencias que os municipios posúen no ámbito deportivo e analizar algúns dos problemas que formula o exercicio destas.

## 2 A eficacia xurídica do artigo 43.3 e os restantes mandatos recoñecidos no capítulo III do título I da Constitución

É conveniente anotar que a marxe de dispoñibilidade ou, se se prefire, de discrecionalidade recoñecida nesta parte da Carta Magna non é inxustificada, senón que ten unha explicación, a cal –podemos adiantar– resulta sinxela e, ao mesmo tempo, perigosa.

A Constitución é un texto con vocación de permanencia, que ten que ser válido no tempo e que debe presentarse, en consecuencia, independente da situación de carácter económico ou político que, en cada momento, atravesese o país. A Carta Magna debe servir para orientar e impulsar os progresos sociais, pero en ningún caso para determinalos. Ata onde deberá chegar a Administración é algo que, naturalmente, os preceptos constitucionais non din nin poden dicir. O desenvolvemento social sitúase, polo tanto, no terreo do puramente político e non do xurídico.

Tradicionalmente, afirmábase que a construción do Estado do benestar só podía ter lugar nun marco político controlado e dominado pola esquerda. Agora ben, na actualidade, este posicionamento móstrase un tanto impreciso. É evidente que a cidadanía de hoxe se afixo a vivir coa ladaíña do “teño dereito a” e que todo partido político para aspirar ao poder debe de dar resposta a ese dereito. Así, todos fan alusión, durante a contenda electoral, á súa intención de aumentar e mellorar os servizos públicos sen custo ningún porque poucos votarían a quen lle dixese que a persoa adulta e sa debe responsabilizarse da súa vida mediante o seu exclusivo esforzo persoal ou a quen lle aclarase que, se queremos un ben ou un servizo, temos que pagar máis impostos porque non hai nada gratis.

Dun tempo a esta parte, podemos ter, dalgunha forma, a sensación de que o camiño en que nos estamos a situar é radicalmente distinto<sup>3</sup>. Nun contexto en que a máxima austeridade se impón, son habituais as voces que demandan que xénero de política concreta puidese resultar incompatible co modelo social que a Carta Magna consagra nos artigos 39 ao 52 e, sobre todo, cales poderían ser as vías de reacción xurídica fronte a ela, cuestión que nos conduce a analizar inmediatamente a súa eficacia.

O artigo 53.3 da Constitución, cunha redacción moi parecida ao que na doutrina alemá se denominou “cláusula do medo” (*Angstklausele*), dispón que «o recoñecemento, o respecto e a protección dos principios recoñecidos no capítulo III informarán a lexislación positiva, a

3 «Nin cambio nin bandazo, senón responsabilidade pensando no futuro» e «non cumprín coas miñas promesas pero cumprín co meu deber» son dúas mensaxes de José Luis Rodríguez Zapatero e Mariano Rajoy Brey, respectivamente, que sintetizan á perfección o novo escenario onde o control do déficit público é a única prioridade

práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos. Só poderán ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan».

Para Alfonso OJEDA MARÍN, «importa subliñar, unha e cantas veces sexa necesario, que os principios reitores encadrados no capítulo III do título I son auténticas normas xurídicas e non declaracións programáticas, como un sector minoritario da doutrina española intentou en van defender. Unha cuestión é que os principios requiran concreción legal, non sexan directamente aplicables nin inmediatamente xustizables, e outra ben distinta é que non se trate de normas vinculantes, que o son. En realidade, os ditos principios enuncian máis ben obrigas xenéricas do Estado que efectivos dereitos individuais. Proba concluínte do seu carácter xuridicamente vinculante é que prohiben legislar en sentido contrario aos seus propios termos. Tales principios teñen, pois, eficacia obstativa ou impeditiva. O lexislador poderalles dar un alcance maior ou menor aos dereitos sociais, pero nunca poderá oporse a eles, xa que incorrerá en vicio de inconstitucionalidade»<sup>4</sup>.

## 2.1 A defensa cruzada dos dereitos, a irreversibilidade das conquistas sociais e a estatutorización dos dereitos sociais

Coa finalidade de reforzar e protexer a posición do cidadán e de superar a interpretación literal do artigo 53 da Constitución, formuláronse varias teorías. Neste sentido, son de obrigada referencia, en primeiro lugar, a defensa cruzada de dereitos e, en segundo lugar, a irreversibilidade das conquistas sociais.

A defensa cruzada de dereitos ou o principio de indivisibilidade dos dereitos fundamentais é unha liña argumental que se apoia na vinculación estreita e directa dos dereitos sociais cos principios e valores de carácter fundamental (igualdade, dignidade da persoa, solidariedade, etc.). Con base nela, a ausencia dunha referencia expresa ou dunha protección determinante dos dereitos sociais por parte da normativa non constitúe un dato fundamental. Existe a oportunidade de defendelos a través da garantía doutros dereitos que si están recoñecidos e codificados<sup>5</sup>. Desta forma, a obriga dos poderes públicos de fomentar o deporte e de facilitar a axeitada utilización do ocio podería exixirse argumentando unha relación co artigo 15, que recoñece o dereito á vida e á integridade física.

Nas autorizadas palabras de Santiago MUÑOZ MACHADO escritas a propósito do seu recente discurso de investidura como doutor *honoris causa* pola Universidade de Valencia, «é necesario que se supere a concepción tradicional dos dereitos sociais como dereitos inelixibles, cuxa delimitación depende da exclusiva vontade do lexislador, que este acomodará ás circunstancias económicas de cada momento»<sup>6</sup>. Na mesma liña, Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN sostén que «deberíamos superar este argumento economista e, con el, a distinción binaria entre dereitos que comportarían unha obriga de intervención (sociais)

---

4 Véxase *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 2005, pp. 83-84.

5 Véxase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La defensa de la cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario jurídico de La Rioja* n.º 10, 2005, pp.11-31

6 Véxase «Sobre la pobreza y el derecho», discurso de investidura como doutor *honoris causa* pola Universidade de Valencia pronunciado o 7 de marzo de 2013; dispoñible na páxina: <http://www.uv.es/uvweb/universidad/es/listado-noticias/jurista-santiago-munoz-machado-afirma-reduccion-politicas-sociales-puede-afectar-directamente-dignidad-humana-1285846070123/Noticia.html?id=1285873993623> (1 de febreiro de 2016).

e dereitos que levarían consigo unha obriga de abstención (civís). Atribuírlles unicamente o termo “fundamental” aos dereitos civís e políticos en función do seu nivel de garantías responde a unha posición tradicional baseada en datos do noso ordenamento xurídico (o deseño do recurso de amparo en España), así como do marco internacional en que nos movemos (mecanismo de peticións individuais en desenvolvemento do Pacto de Dereitos Civís e Políticos de 1966). Ambas as dúas situacións estanse a superar como consecuencia da xurisprudencia social do Tribunal Constitucional español, ou a máis recente introdución do sistema de denuncias individuais no marco do Pacto de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966»<sup>7</sup>.

A irreversibilidade das conquistas sociais ou a tese da conxelación dos dereitos sociais é a segunda liña argumental orientada á busca de mecanismos de optimización dos logros que se van producindo no Estado do benestar, impedindo o seu retroceso. Malia o suxectivo e plausible postulado que contén esta tese, nin a doutrina científica a sostén maioritariamente nin a constitucional a considerou viable por conculcar as exigencias do principio democrático ou do pluralismo político. Non obstante, o respecto ao Estado social obrigaría a considerar a necesidade de garantir, deixando a salvo a eventual aparición de circunstancias moi excepcionais que o impedisen, os contidos substanciais mínimos ou estándares dos progresos sociais alcanzados. Neste sentido, o Tribunal Constitucional xa dixo temperamente que «o carácter social e democrático do Estado de dereito que a nosa Constitución erixe e a obriga que ao Estado lles imponen os artigos 9.2 e 35 da Constitución de promover as condicións para que a igualdade dos individuos e os grupos sexan reais e efectivos e a promoción a través do traballo, sen que en ningún caso poida facerse discriminación por razón do sexo, debe entenderse que non se pode privar o traballador sen razón suficiente para iso das conquistas sociais xa conseguidas»<sup>8</sup>. Neste pronunciamento, é evidente que a atención se debe centrar na comprensión dos termos «sen razón suficiente». En xeral, negouse a conxelación ou a perpetuación dos progresos sociais alcanzados debido á conduta intervencionista que estes lle exixen ao Estado, pero rexeitouse tamén a súa eliminación arbitraria e inxustificada.

Ao examinar as diversas formas con que se intentou forxar un Estado social, unha consideración especial merece a denominada estatutorización dos dereitos sociais. É ben sabido que unha das novidades máis importantes da terceira onda de reformas estatutarias que protagonizou a VIII Lexislatura estatal foi a inclusión dun catálogo de dereitos<sup>9</sup>. Grazas a esta experiencia, ou por culpa dela, varios debates do dereito público reabríronse recentemente na doutrina iuspublicista. En concreto, volve polemizarse con vigor acerca da materia que pode ser obxecto de tratamento nos estatutos de autonomía, a natureza dos principios reitores da política social e económica recollidos na nosa Constitución e, en último lugar, a relación entre o principio do Estado social e o da descentralización política.

7 Véxase *Los nuevos retos de los servicios sociales en España*, ePraxis, Sevilla, 2012, p. 72.

8 Véxase STC 81/1982, FX 3.

9 Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA, E., a primeira onda de reformas estatutarias realizouse coa aprobación das leis orgánicas de transferencia de competencias de 1992 para aquelas comunidades autónomas que accederon á autonomía pola canle do artigo 143 da Constitución. A segunda tivo lugar de 1996 a 1998, cando se levantaron as limitacións impostas polos pactos autonómicos de 1981. (“El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978”, *Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008, pp. 247 a 249).

Cos renovados estatutos da Comunidade Valenciana<sup>10</sup>, Cataluña<sup>11</sup>, Illas Baleares<sup>12</sup>, Andalucía<sup>13</sup>, Aragón<sup>14</sup>, Castela e León<sup>15</sup>, Navarra<sup>16</sup> e Extremadura<sup>17</sup>, xorde unha nova concepción do estatuto de autonomía. Concíbense como normas que non se limitan ao contido mínimo e obrigatorio que establece o artigo 147.2 da Constitución –lembros: denominación da comunidade, a delimitación do seu territorio, a denominación, organización e sede das institucións autónomas propias ou a organización e delimitación das súas competencias–, senón como normas cun ámbito material máis amplo, o que lles permite regular as relacións da entidade autónoma cos seus cidadáns a través da creación duns dereitos estatutarios.

Segundo Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, a inclusión dun elenco de dereitos nos estatutos de autonomía deberíase valorar positivamente porque «permite avanzar no proceso de concreción do mandato ás administracións autonómicas no bloque da constitucionalidade e, ao mesmo tempo, permite actualizar os mandatos constitucionais ás novas necesidades da cidadanía»<sup>18</sup>. Non obstante, a posibilidade de que un parlamento autonómico recoñecese unha lista propia de dereitos foi fortemente cuestionada. De feito, foi un dos principais motivos para que, primeiro, máis de cincuenta deputados do Grupo Parlamentario Popular do Congreso e, máis tarde, o Defensor do Pobo presentasen un recurso de inconstitucionalidade contra a Lei orgánica de reforma do Estatuto de autonomía de Cataluña<sup>19</sup>.

Analizando a STC 31/2010, do 28 de xuño de 2010, que estima parcialmente o primeiro recurso de inconstitucionalidade, Joaquín TORNOS MAS explica que «o tribunal rexeita os argumentos en contra de que o estatuto poida incluír unha relación de dereitos estatutarios, ben que condiciona a súa validez a que só vinculen o lexislador autonómico e a que estean materialmente relacionados co ámbito competencial propio da Comunidade Autónoma. Por outro lado, sinala que a maioría dos dereitos son realmente mandatos de actuación dirixidos ao poder público, e non verdadeiros dereitos subxectivos». Este autor entende que «o feito de que desde un estatuto se lle impongan mandatos ao lexislador autonómico, e que como consecuencia diso se poidan crear por mandato estatutario dereitos diferentes para os cidadáns dentro do territorio español, é conforme co Estado das autonomías, na medida en que este recoñece e ampara o pluralismo político»<sup>20</sup>.

Non obstante, Luis ORTEGA ÁLVAREZ prefire «non ignorar as tensións que se orixinan cando existe unha pluralidade de gobernos actuando sobre un mesmo territorio e como os princi-

---

10 Lei orgánica 1/2006, do 10 de abril.

11 Lei orgánica 6/2006, do 19 de xullo.

12 Lei orgánica 11/2007, do 28 de febreiro.

13 Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo.

14 Lei orgánica 5/2007, do 20 de abril.

15 Lei orgánica 14 7/2007, do 20 de novembro.

16 Lei orgánica 7/2010, do 27 de outubro.

17 Lei orgánica 1/2011, do 28 de xaneiro.

18 Véxase “El derecho a los servicios sociales en el Estatuto de autonomía de Catalunya”, *Derechos sociales y estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 233-247.

19 Un estudo detallado sobre viabilidade das declaracións estatutarias de dereitos pódese atopar en MORCILLO MORENO, J., *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2013.

20 Véxase “La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña”, *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011, pp. 29-30.



pios de autonomía e igualdade poden verse envoltos en serios compromisos»<sup>21</sup>. Na mesma liña, José Luis CASCAJO CASTRO declara que «a novidade reside agora, dada a asimetría endóxena do noso Estado composto, en garantir un réxime xurídico descentralizado dos dereitos sociais, onde se pon a proba o carácter marcadamente económico e funcional da autonomía na elaboración das súas propias políticas públicas, co seu correspondente correlato subxectivo de prestacións, sen romper o marco estatal unitario do status de cidadán, que vén sustentado nos artigos 53, 81.1, 139.1 e 149.1.1<sup>a</sup> da Constitución»<sup>22</sup>.

Finalmente, é oportuno sinalar que o carácter inacabado da Carta Magna –circunstancia que, por outra parte, é xeral en todas as constitucións– se debe contemplar na materia de dereitos e liberdades, pero tamén na configuración do Estado autonómico. Deste xeito, cando a mediados da década dos setenta se inicia en España o proceso constituínte, non é desacertado afirmar que a sociedade española tiña que facer fronte a dous grandes problemas: como transitar dun réxime ditatorial e non constitucional a outro democrático e constitucional e como transformar un Estado unitario e centralista noutro politicamente descentralizado<sup>23</sup>.

### 3 A complexa distribución de competencias no ámbito deportivo

Fronte ao Estado unitario e centralizado, habitual na tradición histórica española, a Constitución introduce no seu título VIII as comunidades autónomas sobre a base de que España é un país plural, variado e extenso<sup>24</sup>. Deste xeito, configúrase un modelo territorial que se deu en chamar o Estado das autonomías, evitando outras denominacións máis comprometidas ideoloxicamente, como a federal<sup>25</sup>.

As liñas mestras deste modelo organizativo composto veñen expostas en dous preceptos constitucionais de importancia crucial. Dunha parte, o artigo 2, que declara 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

21 Véxase “Los estatutos de autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”, *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011, p. 68.

22 Véxase “Los derechos sociales, hoy”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 38, 2009, p. 24.

23 Véxase PÉREZ VERDE, J., *Curso de derecho constitucional*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 775.

24 É importante sinalar que, cando entra en vigor a Constitución, toda España se atopa xa *de facto* descentralizada, no caso catalán mediante a restauración da Generalitat, que se ratificara por medio do decreto do 29 de setembro de 1977, e no resto do país, establecendo, coa excepción de Cantabria, A Ríoxa e Madrid, réximes provisionais de autonomía a través de decretos leis que consolidan iniciativas dos parlamentarios das diversas provincias. Tratábase de estruturas de goberno incipientes, sen potestade lexislativa e cun acervo competencial mínimo, ao que se referían as comisións mixtas de traspasos. Pero o certo é que este sistema prefiguraba a estrutura institucional (Parlamento, Goberno en mutua relación) das comunidades autónomas do futuro; apuntaba a unha xeneralización autonómica e debuxaba uns espazos políticos, o famoso «mapa autonómico», de difícil rectificación. Véxase ARAGÓN REYES, M. (dir.) e AGUADO REYES, C. (codir.), *Organización general y territorial del Estado*, Madrid, Civitas, 2011, p. 359.

25 GARCÍA ROCA, J., explica que «o rexeitamento do nome federal en España tivo moito que ver nas nosas asembleas constituíntes de 1931 e 1978 co “mito” creado a causa da Revolución cantonal en 1873 durante a I República, un movemento que levou –sexa como realmente fose– a equiparar federalismo con radicalismo e esquerdismo na conciencia colectiva e a memoria histórica». (“¿Reformar el Estado en clave federal?”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 34, 2013, p. 20). Por outra parte, SORIANO GARCÍA, J. A. e GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., afirman que «non engade nada a expresión “federal”, pero, se servise para algo, fágase, malia que sabemos non é algo substancialmente distinto do que temos e, polo tanto, non hai que terlle ningún medo. A expresión “federal” gusta pouco pola historia que representou a I República, polo que a II República nin o tivo en conta, desbotándoo. Tampouco o queren as autonomías especiais, xa que o federalismo tende á uniformización e precisamente dela é da que queren escapar Cataluña e o País Vasco. Non o quere ninguén, pero se servise, pois, como dixemos, fágase» (“Crónica de un acontecimiento: la presentación política del «Informe sobre España» de Santiago Muñoz Machado”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 34, p. 41).

que a integran e a solidariedade entre todas elas». Doutra, o artigo 137, que especifica que «o Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses».

Así mesmo, é relevante aludir a que a configuración dun Estado descentralizado –no que o poder, incluído o legislativo, se atopa repartido– favoreceu a substitución dun ordenamento xurídico único por outro ordenamento complexo. A coexistencia de diversos ordenamentos xurídicos nun mesmo territorio provocou que o principio de xerarquía normativa xa non abonde para explicar as relacións internormativas e forzou, polo tanto, a introdución de específicas regras para que o correspondente conxunto normativo quede debidamente articulado<sup>26</sup>.

No que á vertebración territorial se refire, é oportuno sinalar que o texto constitucional non deseña un mapa das comunidades autónomas, é dicir, non as enumera e considera o acceso á autonomía como un dereito aberto. O artigo 143.1 da Constitución establece que, «no exercicio do dereito á autonomía recoñecido no artigo 2 da Constitución, as provincias limítrofes con características históricas, culturais e económicas comúns, os territorios insulares e as provincias con entidade rexional histórica poderán acceder ao seu autogoberno e constituírse en comunidades autónomas conforme o previsto neste título e nos respectivos estatutos». Tampouco a Constitución define as competencias destas, senón que remite esta determinación aos estatutos de autonomía «dentro do marco establecido na Constitución», conforme o seu artigo 147.1 d).

Co obxecto de saber cal é a Administración competente para levar a cabo a obriga pública de fomento respecto da materia deportiva que se infire no artigo 43.3 da Constitución, cómpre acudir, en primeiro lugar, ao título VIII da Constitución e, en segundo lugar, aos estatutos de autonomía. A cuestión competencial, derivada do xogo entre este título da Constitución e cada un dos estatutos de autonomía, dista de ser algo completamente claro. Ao respecto, Santiago MUÑOZ MACHADO sostén que o título VIII da Constitución é, de principio a fin, incorrectísimo tecnicamente. Na súa opinión, resulta inexplicable que a parte máis delicada da Constitución non fose tratada con máis coidado e talento. Realmente é dunha complexidade asombrosa e, por forza, a súa aplicación tiña que conducir á xeración de conflitos competenciais permanentes, tardanzas infinitas na súa resolución, e levar a unha relaxación final na que cada poder concernido actúa ao seu arbitrio a despeito das regras<sup>27</sup>. Pola súa banda, José Luis MEILÁN GIL considera, non obstante, que o rexeitable no Estado autonómico actual non procede tanto da redacción do texto constitucional como da súa aplicación polos partidos políticos maioritarios, nunha auténtica mutación constitucional, en contra do espírito e da letra da Constitución. Desde o seu punto de vista, polo tanto, máis que unha reforma desta, podería reivindicarse unha volta á Constitución<sup>28</sup>.

No título VIII da Constitución establécense dúas listas de materias en dous preceptos. O primeiro deles contén vinte e dúas materias sobre as que comunidades autónomas poden asumir competencias a través dos seus respectivos estatutos. O segundo recolle, no seu apartado 1, trinta

26 Véxase FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 202-217.

27 Véxase *El informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012, p. 102.

28 Véxase "El Estado autonómico: diseño, aplicación, restauración", *La reforma del Estado y de la Administración española*, M. Baena del Alcázar (dir.), INAP, Madrid, 2013, p. 255.

e dúas materias sobre as que o Estado ten competencia exclusiva. En calquera caso, o marco constitucional debe completarse coas cláusulas complementarias, residuais ou de peche, previstas no artigo 149.3: «As materias non atribuídas expresamente ao Estado por esta Constitución poderán corresponder ás comunidades autónomas, en virtude dos seus respectivos estatutos. A competencia sobre as materias que non asumisen os estatutos de autonomía corresponderalle ao Estado, cuxas normas prevalecerán, en caso de conflito, sobre as das comunidades autónomas en todo o que non estea atribuído á exclusiva competencia destas. O dereito estatal será, en todo caso, supletorio do dereito das comunidades autónomas».

Dentro dos preceptos constitucionais relativos á repartición competencial, unha mención expresa ao deporte atopámola unicamente no artigo 148.1.19ª, onde se establece que as comunidades autónomas poderán asumir competencias na materia «promoción do deporte e da axeitada utilización do ocio». A partir da dita alusión constitucional e da ausencia dunha cláusula expresa que apodere o Estado neste ámbito, os estatutos de autonomía asumiron o deporte como unha das súas competencias exclusivas.

A título exemplificativo, a Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril, do Estatuto de autonomía de Galicia, declara, no seu artigo 27.22, que «no marco deste estatuto lle corresponde á Comunidade Autónoma galega a competencia exclusiva das seguintes materias: (...) A promoción do deporte e a axeitada utilización do ocio»<sup>29</sup>. No exercicio desta competencia, o Parlamento de Galicia ditou a Lei 11/1997, do 22 de agosto, xeral do deporte de Galicia, que se converteu na primeira norma con vocación de regulación da actividade física no noso territorio e que foi finalmente substituída con posterioridade pola Lei 3/2012, do 2 de abril, do deporte de Galicia<sup>30</sup>.

A realidade evidencia que, paralelamente ao desenvolvemento de iniciativas legislativas autonómicas, existe unha lexislación estatal que regula o fenómeno deportivo afrontando

Regap



ESTUDIOS

29 Tras as últimas reformas estatutarias, percíbese a tendencia a definir exhaustivamente as competencias asumidas. *V.g.*, o artigo 134 do Estatuto de autonomía de Cataluña establece que «1. Corresponde á Generalitat a competencia exclusiva en materia de deporte, que inclúe en todo caso:

- a) O fomento, a divulgación, a planificación e a coordinación, a execución, o asesoramento, a implantación e a proxección da práctica da actividade física e do deporte en calquera parte de Cataluña, en todos os niveis sociais.
- b) A ordenación dos órganos de mediación en materia de deporte.
- c) A regulación da formación deportiva e o fomento da tecnificación e do alto rendemento deportivo.
- d) O establecemento do réxime xurídico das federacións e os clubs deportivos e das entidades catalás que promoven e organizan a práctica do deporte e da actividade física no ámbito de Cataluña, e a declaración de utilidade pública das entidades deportivas.
- e) A regulación en materia de disciplina deportiva, competitiva e electoral das entidades que promoven e organizan a práctica deportiva.
- f) O fomento e a promoción do asociacionismo deportivo.
- g) O rexistro das entidades que promoven e organizan a práctica da actividade física e deportiva con sede social en Cataluña.
- h) A planificación da rede de equipamentos deportivos de Cataluña e a promoción da súa execución.
- i) O control e o seguimento médico-deportivo e de saúde dos practicantes da actividade física e deportiva.
- j) A regulación en materia de prevención e control da violencia nos espectáculos públicos deportivos, respectando as facultades reservadas ao Estado en materia de seguridade pública.
- k) A garantía da saúde dos espectadores e das demais persoas implicadas na organización e o exercicio da actividade física e deportiva, así como da seguridade e o control sanitarios dos equipamentos deportivos.
  1. O desenvolvemento da investigación científica en materia deportiva.
  2. A Generalitat participa en entidades e organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que teñan por obxecto o desenvolvemento do deporte.
  3. Correspóndelle á Generalitat a competencia exclusiva en materia de tempo libre, que inclúe en todo caso o fomento e a regulación das actividades que se leven a cabo no territorio de Cataluña e o réxime xurídico das entidades que teñan por finalidade o exercicio de actividades de tempo libre.
  4. A Generalitat participa en entidades e organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que teñan por obxecto o desenvolvemento do tempo libre».

30 O 30 de maio de 2012 celebráronse unhas xornadas na EGAP co obxecto de analizar as novidades da dita normativa. As conferencias poden consultarse na seguinte ligazón <http://egap.xunta.es/fichaxornada/index/6028>

moitas das súas vertentes. Primeiro, a Lei 13/1980, do 31 de marzo, xeral da cultura física e o deporte; e, logo, a Lei 10/1990, do 15 de outubro, do deporte<sup>31</sup>. Este feito constata que a actividade deportiva non se lle pode atribuír a un único poder público, pois conflúen nela unha multitude de facetas (saúde, educación, cultura, profesións reguladas ou lexislación mercantil, etc.) que determinan necesariamente un entrecruzamento de títulos competenciais e, xa que logo, unha concorrencia da actuación das diversas administracións. Neste sentido, tampouco sería posible obviar o crecente papel que a Unión Europea representa no ámbito deportivo<sup>32</sup>.

## 4 As obrigas dos municipios no fomento do deporte

A obriga constitucional de fomento no que ao deporte se refire afecta a todos os poderes públicos, incluída a Administración local. Nesta liña, Ramón TEROL GÓMEZ e Alberto PALOMAR OLMEDA sosteñen que «é no nivel local, no municipio especialmente, onde se establece o marco idóneo para a promoción do “deporte para todos”<sup>33</sup>, pois trátase da Administración pública máis próxima ao cidadán e a mellor coñecedora da realidade social que o rodea»<sup>34</sup>.

- 
- 31 A sentenza do Tribunal Constitucional 16/1996, do 1 de febreiro, establece que «non cabe descoñecer que o Estado posúe competencias sobre determinadas materias, singularmente educación e cultura, que poden incidir tamén sobre o deporte; todo iso sen prexuízo das competencias específicas que a Lei 10/1990, do deporte, lle atribúe ao Estado, en especial de coordinación coas comunidades autónomas respecto da actividade deportiva xeral e apoio, en colaboración tamén coas comunidades autónomas, do deporte de alto nivel». A recente sentenza do Tribunal Constitucional 80/2012, do 18 de abril, precisa, en cambio, que «resulta evidente que a chamada “representación internacional” no ámbito deportivo ten difícil encaixe na materia de “relacións internacionais” prevista no artigo 149.1.3 CE, posto que nin nos atopamos ante relacións entre Estados ou outro tipo de organismos públicos –xa que as estruturas deportivas internacionais teñen un carácter absolutamente privado– nin a participación en competicións oficiais supón a asunción de compromisos ou obrigas internacionais de ningún tipo. Así o mantivemos recentemente na STC 31/2010, do 28 de xuño, sobre a adecuación á Constitución de determinados preceptos do Estatuto de autonomía de Cataluña, na que, con ocasión de pronunciarnos sobre a constitucionalidade do apartado segundo do artigo 134 EAC relativo á competencia autonómica sobre “deporte e tempo libre” –que prevé a participación da Generalitat “en entidades e organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que teñan por obxecto o desenvolvemento do deporte”– pola súa posible colisión coas competencias do Estado en materia de relacións internacionais (artigo 149.1.3 CE), dixemos que “a participación da Generalitat en entidades e organismos europeos ou, en xeral, internacionais que teñan por obxecto o desenvolvemento do deporte, non supón o exercicio de potestades que están reservadas ao Estado ex artigo 149.1.3 CE, nin pode condicionar o libre e pleno exercicio estatal da dita competencia, correspondéndolle ao Estado regular o seu alcance e modalidades” (FX 80)».
- 32 Sobre o interese europeo polo deporte, Ángel IGLESIAS ALONSO sinala que «xa na Carta Europea do Deporte para Todos de 1975 do Consello de Europa se puñan de manifesto os beneficios do deporte en materia de educación, saúde e integración social, e confiábaselles aos países signatarios e ás súas sociedades cívicas a responsabilidade de implementar accións conducentes á promoción das prácticas deportivas. Máis recentemente, e xa no ámbito das institucións comunitarias, en 1997 en Ámsterdam fíxose fincapé na importancia do deporte para reforzar a identidade europea e instouse a diversos órganos da Unión para traballar máis estreitamente coas federacións deportivas dos países membros co obxecto de potenciar o seu papel, particularmente no concernte ao desenvolvemento e promoción do deporte non profesional e o papel que no seu desenvolvemento ten o asociacionismo deportivo. Da mesma forma, na reunión do Consello Europeo en Viena en 1998 recoñeceu a importancia do deporte como instrumento para o cumprimento dos fins da Unión e instouse a Comisión Europea para tomar iniciativas na posta en marcha e no desenvolvemento de accións para o cumprimento deses fins. Do mesmo xeito, en diversos documentos maniféstase un crecente interese por asuntos importantes relacionados coa práctica deportiva, desde os problemas xerados pola dopaxe ata a necesidade de someterse a uns principios éticos que salvagardan a práctica do deporte; neste sentido, apóstase pola coordinación de actuacións e a colaboración entre a comisión, as federacións internacionais e os países membros co obxecto de implantar medidas preventivas» (“Política deportiva y Estado de bienestar en España: una perspectiva desde las propuestas electorales”, *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento. Deportes. Juegos de azar. Entretenimiento y Música*, n.º 21, 2007, p. 33).
- 33 Segundo Juan Antonio LANDEIRA UNZETA, cando se fai alusión ao deporte para todos, estase a pensar no deporte recreativo, é dicir, no deporte practicado pola cidadanía de toda idade e condición con fins de saúde, lecer, recreación, benestar, estética, etc., á marxe de sistemas de competición de rendemento que se organizan no ámbito do deporte escolar, do deporte universitario ou do deporte federado. Este deporte para todos pódese practicar de forma espontánea, libre e individual, pero tamén se pode practicar no seo de actividades organizadas; pódese practicar en instalacións deportivas convencionais e en espazos ao aire libre ou no medio natural; pódese practicar no ámbito de competicións populares ou no seo de programas de fomento que organizan concellos e outros axentes sociais, públicos e privados, etc. En definitiva, o subsistema do deporte para todos presenta unha gran variedade, unha gran policromía. (“Algunas aportaciones del derecho al deporte para todos del siglo XXI”, *Aportaciones del derecho al deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, cit., p. 100).
- 34 Véxase “El ordenamiento estatal del deporte”, *Derecho deportivo*, Palomar Olmeda, A. y Pérez González, C. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, <http://www.tirantonline.com>.

En relación coas competencias das entidades locais, cómpre precisar que estas non se fixan nin na Constitución nin nun único texto normativo, senón mediante as leis do Estado e das comunidades autónomas. Desta forma, adóitase dicir con frecuencia que o réxime xurídico da planta local é bifronte, isto é, coma se tivese dúas fronteiras ou caras. Con iso quérese destacar que esta Administración territorial non depende, na súa regulación legal nin na execución das funcións administrativas, só do Estado ou só das comunidades autónomas, senón de ambos os dous, segundo a distribución de competencias correspondente<sup>35</sup>.

En opinión de Manuel MEDINA GUERRERO, os novos estatutos, especialmente o catalán e o andaluz, constitúen un punto de inflexión na garantía e protección da autonomía local, nacen cunha marcada vocación municipalista, apostando por unha profunda interiorización do réxime local no ámbito autonómico, pondo así fin ao carácter bifronte que viña caracterizando o réxime local no marco do Estado autonómico. Para este autor, os mencionados estatutos pretenden evitar que as competencias locais estean á disposición do lexislador sectorial a través do sinxelo expediente de delimitar un ámbito material no que necesariamente se lles deberán recoñecer competencias propias ás entidades locais. Deste xeito, quíxose blindar un espazo mínimo de competencias propias locais no estatuto, por máis que no seu deslinde exacto sexa precisa a configuración do lexislador<sup>36</sup>.

É ben sabido que, ao socairo da crise económica actual, as maiores preocupacións foron dúas: o desenvolvemento económico e a redución do déficit público. Na última dirección, é coñecido igualmente que se realizaron axustes drásticos nos gastos e investimentos públicos de toda clase, reabríndose o debate sobre a viabilidade dalgúns traballos das que tradicionalmente se ocupaban as administracións.

O final da prosperidade económica puxo en solfa inicialmente o capitalismo, pero rematou tamén por pór en dúbida o futuro do Estado, polo menos tal como o concibiamos ata o momento. A crise económica determinou a crise das contas públicas, cada vez con menos recursos para afrontar os gastos públicos, pero tamén a crise da Administración como institución ao servizo dos intereses xerais. Os labores que ten encomendados preséntanse asiduamente como unha carga que dificulta, se non impide, a recuperación e a volta ao crecemento económico.

Talvez o maior perigo do contexto macroeconómico que vivimos o constituía que este supón un recurso ao que apelar para argumentar reducións inmediatas do gasto sen atender ás razóns de fondo da súa necesaria permanencia. É esencial comprender que o escenario require non simples medidas de contención ou redución do gasto de carácter lineal, senón

35 Agora ben, as entidades que comprenden a Administración local teñen uns caracteres distintos dos dous tipos de administracións anteriormente citadas. Non son aparatos organizativos que se sitúen baixo a dependencia directa dun poder executivo propio dunha entidade política. Neste sentido, o Tribunal Constitucional explicou en diversas sentenzas (núms. 32/1981, 84/1982, 170/1989, 214/1989) que a autonomía local, tal como se recoñece nos artigos 137 e 140 da Constitución, goza dunha garantía institucional cun contido mínimo que o lexislador debe respectar. Esa garantía institucional supón o dereito da comunidade local a participar a través de órganos propios no goberno e administración de cantos asuntos lle atinxen, graduándose a intensidade desta participación en función da relación existente entre os intereses locais e supralocais dentro de tales asuntos ou materias. Para o exercicio desa participación no goberno e administración de canto lles atinxe, os órganos representativos da comunidade local deben estar dotados das potestades sen as que ningunha actuación é posible. Máis alá deste límite de contido mínimo que protexe, a garantía institucional da autonomía local é un concepto xurídico de contido legal que permite, polo tanto, configuracións legais diversas, válidas en canto respecten aquela garantía institucional. Véxase COBO OLVERA, T., *Ley de bases del régimen local: comentarios, concordancias y jurisprudencia: adaptada a la Ley de medidas para la modernización del gobierno local*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004, p. 225.

36 Véxase *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (disponible en: <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/4147223?route=ser&general=la+reforma+del+r%C3%A9gimen+local&searchtype=substring>).

unir esforzos a prol do obxectivo común, que non é outro que a necesaria racionalización do gasto pero baixo a idea do mantemento da calidade e a equidade na prestación dos servizos públicos.

Malia a conveniencia de fomentar a práctica do deporte desde os municipios, non descubrimos nada novo se indicamos que, tras a fin da bonanza económica, as partidas orzamentarias destinadas aos servizos deportivos se reduciron, o cal afectou á mellora da súa oferta ou simplemente ao seu mantemento. Nun contexto en que a consigna é a austeridade, non é estraño que numerosos cidadáns se pregunten se as dificultades financeiras dilúen as obrigas dos municipios neste campo. Non obstante, non existe unha cobertura legal que avale tal desinterese polo fenómeno deportivo, mesmo en épocas de fortes crises económicas.

A Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (en diante, LRSAL) arranca dunha determinada convicción política: as entidades locais supoñen un alto custo para o conxunto do Estado. Unhas veces, porque realizan actividades que non lles corresponden, ou que non deberían levar a cabo. Outras veces, porque son, simplemente, ineficientes, xa que as actividades que realizan as cumpren con maior gasto do que sería procedente. Ao abeiro deste discutible convencemento, a citada lei propón reformar as competencias locais (para evitar duplicidades e asegurar a sustentabilidade financeira de certos servizos municipais); «racionalizar» (é dicir, reducir) o sector público local, as entidades locais menores e as mancomunidades «non sustentables»; fortalecer os secretarios, interventores e tesoureiros municipais, e reducir as retribucións dos concelleiros e alcaldes, así como o número de empregados públicos «eventuais» (postos de confianza política) nas administracións locais<sup>37</sup>.

A entrada en vigor da LRSAL provocou unha situación de incerteza nos municipios, fundamentalmente respecto ás competencias destes, debido aos cambios introducidos no seu réxime competencial. Así as cousas, a seguridade xurídica e a conveniencia dunha interpretación homoxénea dos postulados da nova regulación foron os dous principais argumentos esgrimidos polas comunidades autónomas para xustificar un desenvolvemento desta lei<sup>38</sup>.

Tras a aprobación da LRSAL ségueselles recoñecendo ás entidades locais no artigo 2.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LBRL), o seu dereito a «intervir en cantos asuntos lle afecten directamente ao círculo dos seus intereses», aínda que adecuando agora o seu exercicio non xa só aos principios de descentralización e proximidade da xestión administrativa aos cidadáns, senón tamén aos de «eficacia e eficiencia, con estrita suxeición á normativa de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira».

A nova redacción do artigo 7 da LBRL instaura unha tipoloxía de competencias das entidades locais, diferenciando entre competencias «propias» e «atribuídas por delegación». Ante o baleiro deixado pola redefinición da cláusula xeral de competencias do artigo 25.1 e a supresión do artigo 28, ambos os dous da LBRL, xorde igualmente un tipo residual competencial, as competencias «distintas das propias e atribuídas por delegación»<sup>39</sup>.

37 Véxase VELASCO CABALLERO, F., "Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Anuario de Derecho Local*, n.º 6, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25.

38 Para un coñecemento máis detallado da implantación da LRSAL no eido autonómico, remitímonos a GALÁN GALÁN, A. "La aplicación autonómica de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º extraordinario, enero 2015, <http://revistaonline.inap.es>

39 Esta tipoloxía de competencias denominouse primeiro «competencias impropias». O Consello de Estado, nun Dítame do 26 de xuño de 2013, rexeitou esta expresión, propondo no seu lugar a de «competencias distintas das propias e atribuídas por delegación». Certamente,

O artigo 25.1 da LBRL establece que «o Municipio, para a xestión dos seus intereses e no ámbito das súas competencias, pode promover actividades e prestar os servizos públicos que contribúan a satisfacer as necesidades e aspiracións da comunidade veciñal nos termos previstos neste artigo». Polo tanto, despois da aprobación da LRSAL, desapareceu o sintagma «toda clase» e o termo «cantos» que antes precedían, respectivamente, aos substantivos «actividades» e «servizos públicos» e incluíuse a expresión «nos termos previstos neste artigo».

A supresión dos termos «toda clase» e «cantos» anuncia unha restrición ou limitación respecto á asunción competencial por parte dos municipios. Doutro lado, a inclusión do requisito «nos termos previstos neste artigo» permite pór en cuestión se, tras a aprobación desta norma, o precepto continúa encerrando unha cláusula de competencia xeral, isto é, se o concello pode, como ata agora, adoptar múltiples e heteroxéneas iniciativas, co fin de satisfacer o interese xeral dos veciños, en todos aqueles ámbitos de actuación que non estean reservados a outra Administración. Ao respecto, a título exemplificativo, a Comunidade Autónoma de Andalucía aclara, no preámbulo do Decreto lei 7/2014, do 20 de maio, polo que se establecen medidas urxentes para a aplicación da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, que a dita norma «non lles prohibe ás comunidades autónomas atribuír outras competencias ás entidades locais distintas das previstas nos artigos 25.2 e 36.1 da LBRL, pois o contrario sería inconstitucional».

Da lectura do vixente artigo 25 da LBRL, deducimos que se reordenou igualmente o seu apartado 2, isto é, a lista de materias que o municipio exercerá como competencias propias. Deste xeito, comprobamos que a previsión «actividades ou instalacións deportivas: ocupación do tempo libre» (apartado m) como competencia propia dos municipios foi substituída polo enunciado «promoción do deporte e instalacións deportivas e de ocupación do tempo libre» (apartado l). Dado que o variado elenco de materias relacionadas na nova versión do artigo 25 é moi amplo, e pode implicar o exercicio de potestades regulatorias pero tamén prestacionais, nos apartados 3 a 5 sinálanse unha serie de condicionamentos que, a excepción do principio de descentralización e garantía de non atribución simultánea da mesma competencia a outra Administración pública (apartado 5), haberá que interpretar que só se refiren á «implantación de servizos locais», como son os de «eficiencia, estabilidade e sustentabilidade financeira». O artigo 25.4 da LBRL declara que a lei a que se refire o apartado anterior deberá ir acompañada dunha memoria económica que reflecta o impacto sobre os recursos financeiros das administracións afectadas e o cumprimento dos principios de estabilidade, sustentabilidade financeira e eficiencia do servizo ou a actividade. Así mesmo, a lei debe prever a dotación dos recursos necesarios para asegurar a suficiencia financeira das entidades locais sen que iso poida levar consigo, en ningún caso, un maior gasto das administracións. Desde a perspectiva de Martín BASSOLS COMA, estes condicionamentos só poden ter relevancia cando se trate do exercicio de competencias que comporten a creación, instalación ou implantación de servizos de xestión específicos, precisados dun gasto ou financiamento *ad hoc*, pois no caso contrario sería inviable unha xustificación de tal natureza en relación coa realización de cada unha das regulacións, regulamentacións, planificacións, sancións, inspeccións, autorizacións, etc., que ademais teñen xa a súa cobertura co financiamento xenérico<sup>40</sup>.

existe unha gran confusión arredor das chamadas «competencias impropias» dos entes locais. Esta expresión é utilizada con sentidos moi diversos. Alfredo GALÁN GALÁN distingue oito acepcións en *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012, pp. 57-102.

40 Véxase “La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 34, 2014, p. 30.

Polo que se refire á enumeración dos servizos de prestación obrigatoria, anotamos que a redacción actual do artigo 26 da LBRL é o lóxico correlato das modificacións introducidas no anterior precepto e que os municipios con poboación superior a 20.000 habitantes deberán prestar, en todo caso, o servizo de instalacións deportivas de uso público.

O artigo 27.3 da LBRL dispón que, co obxecto de evitar duplicidades administrativas, mellorar a transparencia dos servizos públicos e o servizo á cidadanía, e, en xeral, contribuír aos procesos de racionalización administrativa, xerando un aforro neto de recursos, a Administración do Estado e as das comunidades autónomas poderán delegar, seguindo criterios homoxéneos, entre outras, a competencia referente á xestión das instalacións deportivas da súa titularidade, incluíndo as situadas nos centros docentes cando se usen fóra do horario lectivo (apartado h). Trátase de dous grupos de instalacións totalmente distintos, onde no primeiro debemos sinalar que, normalmente, este tipo de instalacións se corresponden co alto rendemento deportivo, que, en resumidas contas, o xestiona a Administración que o financia, polo que é difícil que se deleguen ao ámbito municipal; outra cousa moi distinta é que se establezan acordos de colaboración entre a Administración municipal e o titular da instalación, para que os cidadáns das poboacións próximas poidan ter e utilizar os servizos deportivos de que dispoñen cando estes non estean ocupados polos titulares das ditas actividades; no outro grupo, o que se corresponde cos centros escolares, é unha práctica moi utilizada que as instalacións deportivas escolares poidan ser usadas fóra do horario lectivo polos cidadáns do municipio, logo de convenio ou acordo de colaboración, sendo o normal que o municipio aboe os gastos que ocasiona a utilización fóra do horario escolar, e non ao revés, que a Administración titular ceda a instalación e a pague, cando non é unha competencia súa. En definitiva, Ignacio JIMÉNEZ SOTO considera moi pouco probable que se produzan delegacións no ámbito deportivo, á marxe dos convenios de colaboración existentes e da cesión de instalacións que non levan o gasto de mantemento, aínda que a lei abre o paso a esta posibilidade<sup>41</sup>. Por último, cómpre salientar que o ámbito subxectivo da delegación exclúe as deputacións provinciais, que a efectividade da delegación require obviamente a aceptación do municipio, que o exercicio das competencias atribuídas por delegación se somete a unha dirección e a un control rigorosos por parte da Administración delegante, e que, sen dúbida, a innovación máis importante do novo réxime de delegación estriba en ir acompañada do correspondente financiamento.

Como colofón, é preciso apuntar que, ao abeiro do artigo 7.4 da LBRL, as entidades locais poden exercer competencias distintas das propias e das atribuídas por delegación cando se cumpran dous requisitos: que non se poña en risco a sustentabilidade financeira do conxunto da Facenda municipal, de acordo cos requirimentos da lexislación de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, e que non se incorra nun suposto de execución simultánea deste. Para estes efectos, serán necesarios e vinculantes os informes previos da Administración competente por razón da materia, nos que se sinala a inexistencia de duplicidades, e da Administración que teña atribuída a tutela financeira sobre a sustentabilidade financeira das novas competencias. Para rematar, cabe advertir que a inexistencia de duplicidades terá que referirse a actividades ou servizos que realmente veña realizando ou prestando no termo municipal outra Administración, non ao mero feito da concorrencia

---

41 Véxase “Evolución y configuración de los servicios deportivos locales. Un acotamiento a propósito de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 3, enero-junio 2015, <http://revistaonline.inap.es>.



competencial en abstracto, pois pola contra desvirtuaríase por completo a cláusula xeral de competencia e vulneraríase con iso a Carta Europea de Autonomía Local<sup>42</sup>.

## 5 Algúns problemas que suscita a promoción do deporte no eido local

A Lei 3/2012, de 2 abril, do deporte de Galicia, delimita as competencias das distintas administracións na dita materia como consecuencia da vocación xeneralista da propia norma e da necesidade de conseguir que a actuación do conxunto dos poderes públicos neste ámbito responda a criterios e obxectivos comúns. O título II describe as competencias da Administración autonómica, as deputacións provinciais e os municipios nos artigos 5, 7 e 8 respectivamente. Entre as competencias de titularidade municipal, cítanse a organización de campionatos e eventos deportivos de carácter local e a xestión das instalacións deportivas, nas cales centraremos a nosa atención por seren obxecto de diferentes controversias nos últimos tempos.

Entre os modelos que existen para organizar un acontecemento de natureza deportiva, Rosa VIDAL MONFERRER alude a aquel que consiste na atribución a unha empresa privada da organización do evento e á Administración local do fomento deste, que decide coorganizalo, de tal forma que o evento queda excluído do pagamento da taxa municipal pola utilización do dominio público. Esta autora explica que o dito modelo se emprega, por exemplo, no Campionato de España de Ciclismo o día que a Volta chega ao concello de Valencia<sup>43</sup>. O modelo de colaboración público-privado descrito non está exento de polémica, posto que só os eventos deportivos de interese público poden beneficiarse del.

Sobre as instalacións deportivas, é importante destacar un dato. O Censo Nacional de Instalacións Deportivas mostra un total de 79.059 instalacións censadas, das cales os concellos contan co 61,63% dos m<sup>2</sup> da superficie útil destinada a espazos deportivos<sup>44</sup>. A actuación dos municipios nun sector como o dos ximnasios pode afectar aos intereses de empresas privadas que provén os mesmos servizos no termo municipal. Non obstante, iso non representa unha alteración das regras do mercado. Nesta liña, a sentenza do Tribunal Supremo do 29 de xuño de 2009 declara que a presenza pública neste ámbito se acomoda perfectamente aos artigos 38<sup>45</sup> e 128.2<sup>46</sup> da CE. Non obstante, consideramos que un tema máis controvertido é aquel que se refire ás taxas pola prestación dos servizos nas instalacións deportivas municipais. O seu obxectivo é cubrir o custo do servizo e, polo tanto, o determinante para a Administración que a establece é o necesario estudo económico-financeiro que poña en

42 Véxase MÍGUEZ MACHO, L., “As competencias locais tras a Lei de racionalización e sostibilidade da Administración local”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 147, 2014, p. 199.

43 Véxase “La organización de eventos deportivos: modelos de colaboración público-privada”, *Aportaciones del Derecho al Deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, cit., pp.169-170.

44 Esta información extráese da seguinte páxina: [http://www.femp.es/Portal/Front/ContenidoDetalle/\\_N1w1oXtNSYONK3fbzNCuwFAODBUFGKyauXvSj4llaXQ](http://www.femp.es/Portal/Front/ContenidoDetalle/_N1w1oXtNSYONK3fbzNCuwFAODBUFGKyauXvSj4llaXQ) (29 de marzo de 2013).

45 Este precepto indica: «Recoñécese a liberdade de empresa no marco da economía de mercado. Os poderes públicos garanten e protexen o seu exercicio e a defensa da produtividade, de acordo coas exixencias da economía xeral e, se é o caso, da planificación».

46 Este precepto dispón: «Recoñécese a iniciativa pública na actividade económica. Mediante lei poderánselle reservar ao sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio, e así mesmo acordar a intervención de empresas cando así o exixise o interese xeral».

valor os citados custos<sup>47</sup>. É recriminable que os gobernos locais aproben unha suba das taxas apoiándose nun afán recadatorio. No entanto, a posibilidade da súa actualización dificulta a articulación dunha oposición fronte ás ditas decisións.

Finalmente, cremos necesario reafirmar a certeza de que o investimento público realizado nos últimos anos é parte do éxito deportivo español, polo que a consolidación dunha política pública nesta dirección parece esencial. Non obstante, unha vez realizada esta aseveración, non cabe dúbida de que o financiamento da cuestión deportiva necesita ser repensada na actualidade. Ao noso xuízo, a utilización razoable dos fondos públicos exige o afrontamento inaprazable de tres retos. En primeiro lugar, é preciso delimitar claramente o papel que lle corresponde a cada unha das administracións co obxecto de non duplicar esforzos e, polo tanto, non destinar recursos económicos a unha mesma finalidade. En segundo lugar, é conveniente decidir se os poderes públicos financiarán no futuro o conxunto das manifestacións da actividade deportiva ou, pola contra, se concentrarán nalgúns desta. E en terceiro e último lugar, é oportuno sinalar que as taxas que sufragan as actividades municipais poden ser alteradas, pero sempre coa observancia do principio de transparencia.

## 6 Bibliografía

AGUADO I CUDOLÀ, V., "El derecho a los servicios sociales en el Estatuto de autonomía de Catalunya", *Derechos sociales y estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ARAGÓN REYES, M. (dir.) e AGUADO REYES, C. (codir.), *Organización general y territorial del Estado*, Madrid, Civitas, 2011.

BASSOLS COMA, M., "La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general", *Cuadernos de derecho local*, n.º 34, 2014.

CASCAJO CASTRO, J. L., "Los derechos sociales, hoy", *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 38, 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.

GALÁN GALÁN, A., "La aplicación autonómica de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º extraordinario, enero 2015, <http://revistaonline.inap.es>.

GALÁN GALÁN, A., *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Á., *Los nuevos retos de los servicios sociales en España*, ePraxis, Sevilla, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978", *Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008.

---

47 Véxase PALOMAR OLMEDA, A., "La competencia desleal en la organización de actividades deportivas por los Poderes Públicos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2009", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 28, 2009.

- GARCÍA ROCA, F. J., "¿Reformar el Estado en clave federal?", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 34, 2013.
- GONZÁLEZ GRIMALDO, M. C., *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974.
- IGLESIAS ALONSO, Á., "Política deportiva y Estado de bienestar en España: una perspectiva desde las propuestas electorales", *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento. Deportes. Juegos de azar. Entretenimiento y Música*, n.º 21, 2007.
- JIMÉNEZ SOTO, I., "Evolución y configuración de los servicios deportivos locales. Un acotamiento a propósito de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 3, enero-junio 2015.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La defensa de la cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 10, 2005.
- MEDINA GUERRERO, M., *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MEILÁN GIL, J. L., "El Estado autonómico: diseño, aplicación, restauración", *La reforma del Estado y de la Administración española*, M. Baena del Alcázar (dir.), INAP, Madrid, 2013.
- MÍGUEZ MACHO, L., "As competencias locais tras a Lei de racionalización e sostibilidade da Administración local", *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 47, 2014.
- MORCILLO MORENO, J., *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012.
- MUÑOZ MACHADO, S., "Sobre la pobreza y el Derecho", discurso de investidura como doutor *honoris causa* pola Universidade de Valencia pronunciado o 7 de marzo de 2013. (Disponible na páxina <http://www.uv.es/uvweb/universidad/es/listado-noticias/jurista-santiago-munoz-machado-afirma-reduccion-politicas-sociales-puede-afectar-directamente-dignidad-humana-1285846070123/Noticia.html?id=1285873993623>, consultada el 1 de febrero de 2016).
- OJEDA MARÍN, A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 2005.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Los estatutos de autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010", *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011.
- PALOMAR OLMEDA, A., "La competencia desleal en la organización de actividades deportivas por los Poderes Públicos en la Sentencia del tribunal Supremo de 29 de junio de 2009", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 28, 2009.

regap



ESTUDIOS

- PALOMAR OLMEDA, A. e VV.AA., "Aportaciones del derecho al deporte federado y asociativo", *Aportaciones del derecho al deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (disponible en <http://www.tirantonline.com>).
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SORIANO GARCÍA, J. E. e GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Crónica de un acontecimiento: la presentación política del «Informe sobre España» de Santiago Muñoz Machado", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 34, 2013.
- TEROL GÓMEZ, R. e PALOMAR OLMEDA, A., "El ordenamiento estatal del deporte", *Derecho deportivo*, A. Palomar Olmeda e C. Pérez González (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- TORNOS MAS, J., "La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña", *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011.
- VELASCO CABALLERO, F., "Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", *Anuario de Derecho Local*, n.º 6, Marcial Pons, Madrid, 2013.

# Regap

Comentarios e notas

2



# A defectuosa información pública como causa de nulidade dos plans urbanísticos

La defectuosa información pública como causa de nulidad de los planes urbanísticos

Defective public information like reason of nullity of the urban development plans



M.<sup>a</sup> JOSÉ VALENZUELA RODRÍGUEZ

Técnica de Administración Xeral (Administración local)  
Corpo Superior da Xunta de Galicia (España)  
mvamj@yahoo.es

Recibido: 07/01/2016 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



COMENTARIOS E NOTAS

**Resumo:** A elaboración e aprobación dos plans urbanísticos constitúe un laborioso proceso que se define pola súa gran complexidade. Malia iso, a aprobación dos plan non blinda o documento fronte á declaración sobrevida de nulidade dictada polos órganos xurisdicionais ao apreciar vicios de nulidade de pleno dereito. Este traballo pretende analizar unha das múltiples causas que poden determinar a nulidade dos instrumentos de planeamento: a defectuosa realización do trámite de información pública. Para iso, realízase un estudo das distintas lexislacións urbanísticas autonómicas e analízase a doutrina e a xurisprudencia que se ocupou desta materia, deténdonos especialmente na necesidade dunha segunda información pública cando se produce unha modificación substancial do plan.

**Palabras clave:** información pública, nulidade de planeamento urbanístico, modificación substancial, participación, decretos de suspensión, planeamento.

**Resumen:** La elaboración y aprobación de los planes urbanísticos constituye un laborioso proceso que se define por su gran complejidad. Pese a ello, la aprobación de los planes no blinda el documento frente a la declaración sobrevenida de nulidad dictada por los órganos jurisdiccionales al apreciar vicios de nulidad de pleno derecho. Este trabajo pretende analizar una de las múltiples causas que pueden determinar la nulidad de los instrumentos de planeamiento: la defectuosa realización del trámite de información pública. Para ello se realiza un estudio de las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas y se analiza la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de esta materia, deteniéndonos especialmente en la necesidad de una segunda información pública cuando se produce una modificación sustancial del plan.

**Palabras clave:** información pública, nulidad de plan urbanístico, modificación sustancial, participación, decretos de suspensión, planeamiento.

**Abstract:** The development and adoption of urban planning is a laborious process that is defined by its complexity. Nevertheless, the approval of plans document does not shield against the supervening invalidity issued by the courts in assessing vices of nullity. This paper aims to analyze one of the many causes that can determine the invalidity of planning instruments, the defective implementation of the public inquiry. To do a study of the different regional urban

planning legislation is made and the doctrine and jurisprudence that has dealt with this matter, especially stopping the need for a second public information when a substantial change occurs plan is analyzed.

**Key words:** public information, nullity urban plan, substantial modification participation, planning decrees suspension.

**Sumario:** 1 Introducción. A información pública como manifestación do principio de participación cidadá. 2 O concepto de modificación substancial e a necesidade dunha “segunda información pública”. 2.1 Regulación da “segunda información pública” nas lexislacións urbanísticas autonómicas. 2.2 Análise xurisprudencial en relación co concepto de modificación substancial. 3 Especial referencia aos decretos de suspensión de planeamento. 4 Reflexións finais. 5 Bibliografía.

## 1 Introducción. A información pública como manifestación do principio de participación cidadá

A información pública constitúe, sen ningún xénero de dúbida, un dos trámites fundamentais no procedemento de elaboración e aprobación dun instrumento de planeamento.

Este trámite erixiuse como unha manifestación do principio de participación cidadá, consagrado no artigo 105 da CE, como xa tivo ocasión de pronunciarse o Tribunal Constitucional<sup>1</sup>. A esta participación cidadá en materia de planeamento urbanístico apelaron tanto o lexislador<sup>2</sup> como a doutrina científica e a xurisprudencia.

O trámite de información pública impregna o planeamento urbanístico dunha maior lexitimidade democrática, ao supor a participación directa dos cidadáns no exercicio da dita actividade planificadora<sup>3</sup>.

Constitúe o obxecto deste traballo o trámite de información pública en sentido estrito<sup>4</sup>, isto é, o procedemento de audiencia e participación que se realiza entre a aprobación inicial e a aprobación provisional do documento do planeamento, non podendo estendernos aquí na análise doutras formas de participación<sup>5</sup> que tamén son reflexo dese principio constitucional de participación cidadá e que, sen dúbida, alcanzan unha importancia significativa.

A información pública é un trámite esencial para facer realidade a necesidade dunha Administración transparente, o que, en palabras de LLORENS FERRER<sup>6</sup>, cobra unha especial relevancia en materia urbanística, por diversas razóns: pola complexidade técnica e social das

---

1 Esta foi a posición mantida polo Tribunal Constitucional nas súas sentenzas 102/1995, do 26 de xuño, e 119/1995, do 17 de xullo. Neste último pronunciamento, o Alto Tribunal rexeitou que o trámite de información pública atope o seu amparo no artigo 23 da Carta Magna, de forma que non pode acollerse á protección inherente a este dereito fundamental a participar nos asuntos públicos, pois como sinalou o tribunal non é un dereito de participación política, senón unha participación na actuación administrativa, que non é tanto unha manifestación do exercicio da soberanía popular canto unha das canles das que nun Estado social deben dispor os cidadáns para que a súa voz poida ser oída na adopción das decisións que lles afectan.

Para un estudo máis exhaustivo, véxanse FONSECA FERRANDIS, F. E., “El derecho constitucional a participar en asuntos públicos y el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo”, *Actualidad Administrativa*, n.º 15, 2000, pp. 547-556; e ORDUÑA PRADA, E., “La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 294-295, 2004, pp. 315-360.

2 Así o recolleu o lexislador estatal na exposición de motivos da LS de 2007, indicando que a lei asegura uns estándares mínimos de transparencia, de participación cidadá real e non meramente formal.

3 Neste sentido, a xurisprudencia foi constante, podendo citar xa a Sentenza do Tribunal Supremo do 31 de xullo de 1991.

4 Este trámite de información pública e a súa regulación no ámbito estatal está intimamente vinculado ao concepto de transparencia, tal como sinalan CORCHERO, M. e SÁNCHEZ PÉREZ, L., “La transparencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 18, 2015, pp. 2161-2180.

5 Tras o período de información pública, a outra manifestación de participación máis relevante constitúea a participación na fase de avance de planeamento, logo da súa aprobación inicial.

6 LLORENS FERRER, M., “El principio de transparencia en el planeamiento urbanístico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013, p. 142.



decisións urbanísticas en sede de planeamento; pola potente capacidade do planeamento urbanístico de delimitar o contido do dereito de propiedade do solo; e porque o principio de transparencia constitúe unha garantía da legalidade urbanística, como mecanismo de control social da ampla discrecionalidade administrativa.

Agora ben, esta participación non significa que deban ser aceptadas as alegacións realizadas, pois, como sinala CANO MURCIA<sup>7</sup>, non implica que as alegacións ou suxestións que se realicen teñan que ser imperiosamente aceptadas polo planificador, senón que este deberá valorar a súa compatibilidade co modelo de cidade proxectado.

A omisión ou defectuosa realización deste trámite, que se considera esencial nesta materia dada a especial incidencia que os plans urbanísticos teñen sobre os cidadáns, leva consigo a nulidade de pleno dereito do instrumento de planeamento<sup>8</sup>.

## 2 O concepto de modificación substancial e a necesidade dunha “segunda información pública”

Hoxe en día, enténdese que a ningún dos operadores xurídicos e técnicos que realizan a súa actividade no ámbito urbanístico, e particularmente no campo do planeamento, lles escapa a necesidade de someter un plan urbanístico ao trámite de información pública, sen prexuízo de que, en ocasións, ese trámite poida presentar algún vicio que implique unha defectuosa información pública<sup>9</sup>.

Agora ben, algo máis controvertido foi a concorrencia dun suposto que faga necesario reiterar ese trámite de información pública, o que inicialmente os tribunais e a lexislación urbanística estatal e despois as distintas lexislacións urbanísticas autonómicas viñeron denominando como modificación substancial do documento.

En todo caso, desde a perspectiva do ordenamento xurídico estatal vixente, esa exigencia dunha segunda información pública cando nos atopemos ante unha modificación substancial contense xa no artigo 130 do Regulamento do planeamento<sup>10</sup>.

### 2.1 Regulación da “segunda información pública” nas lexislacións urbanísticas autonómicas

Facéndose eco da liña seguida polo lexislador estatal, así como da xurisprudencia vertida en relación con ela, as distintas comunidades autónomas, con carácter xeral, regularon nas súas

7 CANO MURCIA, A., “El alcance de la participación de los particulares en la revisión del plan general municipal de ordenación urbanística”, *Práctica Urbanística*, n.º 111, 2012, pp. 28-37.

8 Neste sentido, pronuncióuse reiteradamente o Tribunal Supremo, podendo destacar, entre outras, as súas sentenzas do 28 de xuño de 2012 (recurso de casación 3013/2010) e do 18 de xaneiro de 2013 (recurso de casación 4572/2010).

9 Como exemplos, podemos citar a ausencia de publicación en todos os medios exixidos legalmente, como pode ser a publicación do anuncio nun só xornal cando a lei exixa dous, ou un erro no prazo de sometemento a información pública.

10 Dispón o artigo 130 do Regulamento do planeamento que «*O organismo ou corporación que outorgase a súa aprobación inicial, á vista do resultado da información pública, da audiencia a que se refire o artigo anterior e dos informes emitidos, acordará a aprobación provisional coas modificacións que, se é o caso, procedesen. Se as ditas modificacións significasen un cambio substancial nos criterios e solucións do plan inicialmente aprobado, abrirase, antes de sometelo a aprobación provisional, un novo trámite de información pública e audiencia ás corporacións polos mesmos prazos.*».

lexislacións urbanísticas a necesidade de someter o plan urbanístico a ese segundo período de información pública naqueles supostos en que o instrumento sufra unha modificación substancial en relación co documento xa sometido a participación cidadá<sup>11</sup>.

Salientable resulta, pola súa peculiaridade, a regulación que fai o artigo 77 da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, ao limitar a nova información pública a aquelas cuestións que sufrisen en concreto as modificacións substanciais pertencentes á ordenación estrutural e non ser necesaria respecto de todo o contido do plan.

Támén podemos resaltar a regulación que fai a Comunidade Autónoma valenciana, pois a súa lei urbanística, Lei 16/2005, do 30 de decembro, exige da obrigatoriedade de reiterar o trámite de información pública nun mesmo procedemento cando se introduzan modificacións, aínda que fosen substanciais, abondando con que o órgano que outorgue a aprobación provisional lles notifique esta aos afectados polas modificacións nas actuacións (artigo 83).

Non podemos deixar de realizar unha última chamada de atención sobre a regulación que fai Castela-A Mancha, pola súa regulación innovadora e controvertida, ao establecer expresamente no seu Texto refundido da Lei de urbanismo, aprobado mediante o Decreto lexislativo 1/2010, do 18 de maio, a innecesariedade de reiterar o trámite de información pública se se introducisen modificacións substanciais no plan a causa, ben das alegacións formuladas na información pública, ben dos informes emitidos por outras administracións públicas (artigo 36).

Chegado este punto e en relación co citado artigo 36 da lei urbanística castelán-manchega, convén facer unha mención á Sentenza do 26 de xullo de 2011 pola que a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha<sup>12</sup> anula a orde de aprobación definitiva do plan de ordenación municipal de Toledo<sup>13</sup>, pronunciamento xudicial confirmado polo Tribunal Supremo, mediante Sentenza do 27 de febreiro de 2014, desestimatoria do recurso de casación<sup>14</sup>.

O motivo de anulación radica na introdución no plan de modificacións substanciais que non foron sometidas previamente ao trámite de información pública<sup>15</sup>, trámite necesario ao supor unha alteración global do plan. Entendeu o tribunal que non resultaba de aplicación

---

11 Así se considera nos artigos 32 da Lei 7/2002, do 17 de decembro, de ordenación urbanística de Andalucía; 48 da Lei 3/2009, do 17 de xuño, de urbanismo de Aragón; 69 da Lei 2/2001, do 25 de xuño, do solo de Cantabria; 52 da Lei 5/1999, do 8 de abril, de urbanismo de Castela e León; 70 da Lei 15/2001, do 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura; 85 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia; 54 da Lei 2/2014, do 25 de marzo, de ordenación e uso do solo das Illas Baleares; 87 da Lei 5/2006, do 2 de maio, de ordenación do territorio e urbanismo da Ríoxa; 57 da Lei 9/2001, do 17 de xullo, do solo de Madrid; 70 da Lei 35/2002, do 20 de decembro; 160 da Lei 13/2015, do 30 de marzo, de ordenación territorial e urbanística da Rexión de Murcia; 90 da Lei 2/2006, do 30 de xuño, do solo e urbanismo do País Vasco; e 70 da Lei 35/2002, do 20 de decembro, de ordenación do territorio e urbanismo de Navarra.

12 Sentenza 452/2011, ditada no recurso contencioso-administrativo 556/2007.

13 Orde do 26 de marzo de 2007 da Consellería de Vivenda e Urbanismo da Xunta de Comunidades de Castela-A Mancha.

14 Recurso de casación 5116/2011, relator Mariano de Oro-Pulido López.

15 Afirmar a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha no FX 2º da dita sentenza, reproducindo a Sentenza da Sala de 18 de xullo de 2011, recaída no P.O. 516/2007, resolvendo a mesma cuestión «Pois ben, aplicando a xurisprudencia sinalada ao presente procedemento, entende a sala que, efectivamente, nos atopamos ante unha modificación substancial, atendendo tanto á superficie afectada pola modificación dentro dos m<sup>2</sup> de superficie total construíble, que pasa de 7297046 m<sup>2</sup> a 11.186.076 m<sup>2</sup>, tendo en conta a extensión do termo municipal de Toledo, como ao incremento no número de vivendas previstas que supón un total de 12.174 vivendas máis, pasando de 37082 a 49258 vivendas, así como ao incremento da superficie de uso industrial de 807372 m<sup>2</sup> a 2.776.163 m<sup>2</sup>, o que supón un incremento de 1.968.791 m<sup>2</sup> no solo industrial, pois iso implica, nos termos interpretados pola xurisprudencia sinalada, unha modificación substancial do modelo territorial concibido polo plan, podendo concluir, mediante a simple comparación das

o citado artigo 36.2 a) da lexislación castelán-manchega por infrinxir o disposto no artigo 6.1 da lei básica estatal<sup>16</sup>, que constituía lexislación básica en materia urbanística, así como a xurisprudencia da Sala Terceira do Tribunal Supremo sobre o trámite de información pública na elaboración do planeamento.

Promovido recurso de amparo<sup>17</sup> polo Concello de Toledo, ao entender vulnerados os seus dereitos fundamentais á tutela xudicial efectiva sen indefensión e a un proceso con todas as garantías, o Tribunal Constitucional, en sentenza do 21 de setembro de 2015, Sentenza 195/2015, outorgou o amparo solicitado e declarou a nulidade das sentenzas anulatorias do plan de ordenación municipal de Toledo, por entender que os órganos xurisdiccionais deberon formular a cuestión de inconstitucionalidade se entendían que a norma autonómica vulneraba a lexislación básica estatal<sup>18</sup>.

Polo tanto, haberá que esperar, se é o caso, o pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre unha eventual cuestión de inconstitucionalidade da normativa castelán-manchega, no que á regulación da segunda información pública se refire.

Para finalizar esta epígrafe, en relación coa necesidade dunha segunda información pública, xorde unha cuestión accesoria, aínda que non por iso dunha importancia menor, que, malia non ser obxecto deste traballo, non podíamos deixar de mencionala. Estámonos a referir á necesidade de someter o documento que é obxecto dunha segunda información pública a novos informes sectoriais. E é que se a filosofía que subxace na necesidade dunha segunda información pública é que o documento aprobado inicialmente sufriu unhas modificacións de tal entidade que debe ser obxecto de exposición para que os particulares formulen as alegacións e consideracións que estimen pertinentes, cál sería a xustificación para entender que ese dereito a pronunciarse non é extensible ás administracións que analizaron un documento substancialmente diferente. Algunha lexislación urbanística autonómica, consciente desta problemática, pronunciouse expresamente sobre esta cuestión<sup>19</sup>, aínda que na súa maioría gardan silencio ao respecto.

## 2.2 Análise xurisprudencial en relación co concepto de modificación substancial

En sede xurisprudencial debateuse con profundidade sobre aqueles supostos en que os plans urbanísticos deben someterse a unha segunda información pública. O concepto xurídico indeterminado que os tribunais intentaron definir e concretar foi, en definitiva, o de modificación substancial.

---

*memorias do proxecto do POM sometido a información pública no ano 2005 e do POM aprobado definitivamente no ano 2007, que as modificacións afectan a unha superficie importante e son cualitativamente significativas».*

- 16 O artigo 6.1 da entón vixente Lei 6/1998, sobre réxime do solo e valoracións, norma de carácter básico en virtude da súa disposición derradeira única, establecía que «a lexislación urbanística garantirá a participación pública nos procesos de planeamento e xestión, así como o dereito á información das entidades representativas dos intereses afectados por cada actuación e dos particulares».
- 17 Recurso de amparo 6011-2014.
- 18 O maxistrado don Juan Antonio Xiol Ríos formulou voto particular a esta sentenza entendendo que nos atopamos nun suposto de inaplicación en que a normativa autonómica resulta desprazada por criterios de prevalencia que, como labor de interpretación e aplicación de normas en conflito, pode ser desenvolvida con naturalidade polos órganos xudiciais, sen prexuízo dun eventual control posterior por parte deste Tribunal Constitucional.
- 19 É o caso, por exemplo, das comunidades andaluza (artigo 32 da Lei 7/2002 de ordenación urbanística de Andalucía) e madrileña (artigo 57 da Lei 9/2001, do solo de Madrid), que exixen a solicitude de novos informes cando sexa preceptiva a nova información pública. En sentido contrario, Castela e León regulan expresamente a innecesariedade de solicitar informes cando se abra un novo período de información pública (artigo 52 da Lei 5/1999 de urbanismo de Castela e León).



Non foron poucos os pronunciamentos xudiciais sobre esta cuestión. Interpretouse que nos atopamos ante un suposto de “modificación substancial” dun instrumento de planeamento cando se produce unha alteración global deste, nos seus aspectos esenciais, en definitiva, cando tal modificación supón a alteración do modelo de planeamento elixido<sup>20</sup>.

A xurisprudencia entendeu que nos atopamos ante unha alteración do modelo no sentido global indicado cando se produce un incremento global da reserva de sistemas xerais e se modifica a edificabilidade como consecuencia da aplicación de novos límites legais<sup>21</sup>. En moitos supostos, non se trata unicamente da definición dunha modificación concreta á que se lle atribúe un carácter substancial, senón que é o conxunto de cambios operados sobre o documento o que conduce á súa consideración como unha modificación substancial<sup>22</sup>.

En sentido contrario, admitiu a innecesariedade dun segundo trámite de información pública por producirse un cambio de clasificación dun solo urbanizable a un solo non urbanizable<sup>23</sup> ou por incrementar a porcentaxe de solo reservado a vivendas de protección pública en determinados ámbitos<sup>24</sup>.

Agora ben, nesta materia, tamén a xurisprudencia deixou entrever a necesidade de analizar suposto a suposto e ter en conta as circunstancias concorrentes en cada caso, así como a aplicación do principio de proporcionalidade<sup>25</sup>.

---

20 Entre outras, podemos citar as sentenzas do Tribunal Supremo do 23 de abril de 2009 (recurso de casación número 10814/2004, relator María del Pilar Teso Gamella); do 11 de maio de 2009 (recurso de casación 4814/2006, relator Pedro José Yagüe Gil); e do 25 de marzo de 2010 (recurso de casación número 1385/2006, relator Rafael Fernández Valverde).

21 O non sometemento a un novo período de información pública destas modificacións determinou a anulación do Plan Xeral de Ordenación Urbana de Zamora, anulación confirmada polo Tribunal Supremo na anteriormente citada Sentenza do 11 de maio de 2009 (recurso de casación 4814/2006), que no seu fundamento xurídico quinto afirmou: «Neste caso as alteracións do plan constatadas na sentenza contra a que se recorreu son de carácter xeral, global e estrutural; non puntual, nin illadas, nin limitadas a un concreto sector. Así, por exemplo, a modificación da edificabilidade como consecuencia da aplicación dos novos límites legais de densidade de poboación e edificación afectou de xeito indiscriminado a todos os ámbitos nos que se superaban, obrigando a modificar a súa ordenación e con ela os beneficios e cargas dos propietarios.

*Outro tanto pode sinalarse sobre o incremento global da reserva de sistemas xerais operado entre a aprobación inicial e a definitiva do plan, que levou consigo a creación de novos equipamentos públicos relevantes non incluídos na ordenación primixenia. Como recoñece o propio artigo 41.c) da Lei 5/1999, do 8 de abril, de urbanismo de Castela e León, os sistemas xerais son “dotacións urbanísticas públicas ao servizo de toda a poboación”. Teñen, xa que logo, un carácter estruturante e configurador do propio modelo de cidade. O incremento xeneralizado das ditas infraestruturas básicas ou fundamentais, afectou, polo tanto, dun xeito substancial á esencia do propio plan, e aos dereitos e deberes dos cidadáns en multitude de ámbitos, sen prexuízo e con independencia de que obedecese a un imperativo legal».*

22 Así, por exemplo, na sentenza do Tribunal Supremo do 23 de abril de 2009 (recurso de casación 10814/2004) antes citada, o Tribunal anula a aprobación dun plan xeral por entender que as modificacións realizadas sobre o documento sometido a aprobación inicial requirían un novo trámite de información pública, recollendo no seu fundamento xurídico sexto os cambios que determinan esa necesidade dun novo período de participación «[...] os numerosos cambios que tiveron lugar despois da aprobación provisional, antes sinalados, e valorados –non cuantitativamente polo número de preceptos modificados como sinala a recorrente– senón en atención ao seu contido –pola incidencia que producen no modelo de planeamento elixido entre unha e outra aprobación–, determina que as modificacións alcancen o carácter de substancial, ao superaren o contido dunha mera modificación accesoria. En definitiva, produciuse unha variación na estrutura do planeamento pola modificación dos criterios básicos sobre os que se asenta o modelo territorial establecido provisionalmente, o que debeu dar lugar a un novo trámite de información pública».

23 Sentenza do Tribunal Supremo do 25 de marzo de 2010 (recurso de casación 1385/2006).

24 Sentenza do Tribunal Supremo do 21 de xuño de 2013 (recurso de casación número 2250/2011, relator José Juan Suay Rincón).

25 Así o recolleu o Tribunal Supremo argumentando: «Na STS do 23 de febreiro de 2010 fixemos referencia á relatividade do concepto que nos ocupa, sinalando que “as citadas conclusións xorden no marco da relatividade do concepto de modificación substancial que se contén no artigo 130 do Regulamento de planeamento urbanístico, aprobado polo Real decreto 2159/1978, do 23 de xuño (RPU), e que a xurisprudencia reproduciu con reiteración”. E, na STS do 12 de novembro de 2004, tomamos en consideración o principio de proporcionalidade atendendo ao carácter cuantitativo e cualitativo das modificacións introducidas no planeamento, sinalando ao respecto que, “como antes expresamos, a sentenza de instancia chega á conclusión da existencia dunha modificación substancial (acreedora dun novo trámite de información pública) con base en dúas afirmacións:

a) A “entidade” da proporción de incremento de solo urbanizable entre a aprobación inicial e a definitiva.

b) A natureza dos cambios introducidos no solo urbano” (Sentenza do 25 de marzo de 2010, recurso de casación 1385/2006)».

Evidentemente, esa obriga de someter un plan a unha segunda información pública cando nos atopemos ante unha modificación substancial deste con respecto ao documento aprobado inicialmente alcanza tamén as modificacións de instrumentos de planeamento, aínda que, en atención ao mencionado principio de proporcionalidade, a valoración de se concorre ou non tal alteración global haberá que realizala tendo en conta o ámbito de que se trate e a repercusión da modificación sobre a superficie e os parámetros obxecto de alteración.

### 3 Especial referencia aos decretos de suspensión de planeamento

O Tribunal Supremo entendeu de tal importancia o trámite de información pública nas ordenacións urbanísticas que mesmo, na súa recente Sentenza do 5 de febreiro de 2014<sup>26</sup>, fixo extensiva a necesidade deste trámite aos decretos de suspensión de planeamento<sup>27</sup>, modificando a doutrina xurisprudencial existente ata ese momento. Este cambio de liña xurisprudencial fundaméntase en que a participación cidadá debe estar garantida no procedemento de aprobación dunha nova ordenación –mesmo cando esta sexa provisional–, dando así cumprimento ao preceptuado nos artigos 9.2 e 105, apartado a), da nosa Carta Magna, 86 da LRPAC e 11 do TRLS 08<sup>28</sup>, todo iso con independencia de que a norma reguladora do dito procedemento non considere expresamente a necesidade deste trámite de información pública.

Esta resolución xudicial levou o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia a formularlle<sup>29</sup> ao Tribunal Constitucional a posible inconstitucionalidade do artigo 96 da Lei 9/2002, do 30 de

26 Recurso de casación número 2916/2011, relator Jesús Ernesto Peces Morate. A través do dito pronunciamento xudicial, o tribunal anula o Decreto 15/2007, do 1 de febreiro, polo que se suspende a vixencia das normas subsidiarias de planeamento municipal do municipio de Barreiros e se aproba a ordenación urbanística provisional ata a entrada en vigor do novo planeamento.

27 Os decretos de suspensión de planeamento manteñen a súa configuración nas distintas lexislacións urbanísticas autonómicas en liñas xerais seguindo a regulación desta tradicional figura que no seu día se realizaba xa no artigo 37 da LS de 1956. Así, pódense citar os artigos 35 da Lei 7/2002, do 17 de decembro, de ordenación urbanística de Andalucía; 102 da Lei de ordenación do territorio e urbanismo de Asturias, aprobada mediante o Decreto lexislativo 1/2004, do 22 de abril; 47 do Texto refundido da Lei de ordenación do territorio e espazos naturais de Canarias, aprobado mediante o Decreto lexislativo 1/2000, do 8 de maio; 43 do Texto refundido da Lei de urbanismo de Castela-A Mancha, aprobado mediante o Decreto lexislativo 1/2010, do 18 de maio; 63 do Texto refundido da Lei de urbanismo de Cataluña, aprobado mediante o Decreto lexislativo 1/2010, do 3 de agosto; 66 da Lei 15/2001, do 14 de decembro, de normas reguladoras do solo e ordenación territorial de Extremadura; 61 da Lei 2/2014, do 25 de marzo, de ordenación e uso do solo das Illas Baleares; 70 da Lei 9/2001, do 17 de xullo, do solo de Madrid; 145.4 da Lei 13/2015, de ordenación territorial e urbanística da Rexión de Murcia; e 102 da Lei 16/2005, do 30 de decembro, urbanística da Comunidade Valenciana.

É de resaltar que algunhas destas lexislacións ou os seus regulamentos de desenvolvemento si engadiron á súa normativa a necesidade dun trámite de información pública no seo da tramitación dos referidos decretos de suspensión. É o caso, por exemplo, das comunidades de Madrid, Extremadura, Castela-A Mancha e Illas Baleares. Non obstante, moitas outras comunidades limitáronse a reproducir o contido e unha tramitación similar á recollida no seu día na lexislación estatal, considerando unicamente o trámite de audiencia ao municipio afectado.

Ese é o caso do suposto que nos ocupa, no que resultou de aplicación o artigo 96 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia. O dito precepto establece, no seu apartado primeiro, a habilitación ao executivo autonómico para acordar a suspensión dun instrumento de planeamento nos seguintes termos: «o Consello da Xunta, por instancia do conselleiro competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio, e logo de audiencia do concello afectado, poderá suspender para a súa revisión, en todo ou en parte do ámbito a que se refiran, a vixencia dos instrumentos de ordenación urbanística». A lei galega prevé ademais que co acordo de suspensión se aprobe a ordenación provisional que estará vixente, con carácter transitorio, ata a entrada en vigor do novo plan.

28 Hoxe en día habería que entender esta referencia en relación co artigo 25 do Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana.

29 A constitucionalidade do referido artigo formúlase no seo de recursos contencioso-administrativos contra o Decreto 187/2011, do 29 de setembro, de suspensión parcial do plan xeral de ordenación urbana de Ourense.

decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia<sup>30</sup>. En consecuencia, de admitirse a trámite a referida cuestión de inconstitucionalidade, teremos que esperar o pronunciamento do Alto Tribunal respecto da obrigatoriedade do trámite de información pública nos decretos de suspensión de planeamento.

## 4 Reflexións finais

O principio de participación cidadá no ámbito do urbanismo e, en particular, na súa vertente de planificación debería alcanzar a súa máxima proxección, pois, en definitiva, o plan urbanístico vai definir o modelo de cidade e crecemento do noso territorio. E aínda que ese modelo é deseñado polos nosos representantes, que adquiriron a lexitimidade para iso a través das urnas, a participación directa dos cidadáns dota o instrumento de planeamento dunha maior lexitimidade democrática.

A manifestación máis clara desa participación é o trámite de información pública, sobre o cal neste traballo se intentou reflectir a análise doutrinal e xurisprudencial levada a cabo no noso ordenamento, tendo en conta a resposta dos lexisladores autonómicos ás cuestións máis problemáticas suscitadas ao respecto, pois non hai que esquecer que é máis que un mero trámite formal no seo dun procedemento, é a canle a través da que, como sinalou o lexislador estatal, debe garantirse unha participación real.

Dentro do respecto á lexislación estatal básica, cada Comunidade Autónoma, no exercicio das facultades constitucionalmente atribuídas, articula o período de información pública no seo do procedemento de aprobación do plan. Agora ben, como xa analizamos neste texto, non son poucos os conflitos que xorden en relación con esta cuestión, o que levará o Tribunal Constitucional a pronunciarse respecto de cales son os límites que o lexislador autonómico urbanístico non debe superar.

Na praxe diaria demostrouse que o período de información pública se converteu, nunha proporción considerable de supostos, na defensa dos intereses particulares dos concretos propietarios afectados e desconformes coa ordenación proposta para o seu ámbito. Non se pon en cuestión a súa lexitimación, pois resulta evidente e de obrigado recoñecemento. Non obstante, non debe perderse a perspectiva de que o urbanismo e, en particular, o planeamento deben rexerse en todo caso pola primacía do interese xeral fronte aos intereses particulares e por iso deixar sobre estas liñas a reflexión relativa á ausencia dunha defensa dese interese xeral na maior parte dos litixios formulados nos plans urbanísticos.

## 5 Bibliografía

CANO MURCIA, A., "El alcance de la participación de los particulares en la revisión del plan general municipal de ordenación urbanística", *Práctica Urbanística*, n.º 111, 2012.

CORCHERO, M. e SÁNCHEZ PÉREZ, L., "La transparencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio", *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 18, 2015.

---

<sup>30</sup> Entre outros, Auto do 3 de novembro de 2015, citado no procedemento ordinario 4577/2011.

- DEL CASTILLO GARCÍA, M., *La tramitación y aprobación de los planes urbanísticos municipales*, La Ley, Madrid, 2011.
- FONSECA FERRANDIS, F. E., "El derecho constitucional a participar en asuntos públicos y el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo", *Actualidad Administrativa*, n.º 15, 2000.
- GEIS I CARRERAS, G., *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- LLORENS FERRER, M., "El principio de transparencia en el planeamiento urbanístico", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013.
- MARTÍN REBOLLO, L. e BUSTILLO BOLADO, R. (directores); *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- ORDUÑA PRADA, E., "La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 294-295, 2004.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *El control del planeamiento urbanístico*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- VV.AA., *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, Madrid, 2008.

Regap



COMENTARIOS E NOTAS





# Aproximación á problemática xurdida arredor das restricións da competencia derivadas da delimitación administrativa do solo urbanizable e dos seus usos

Aproximación a la problemática surgida en torno a las restricciones de la competencia derivadas de la delimitación administrativa del suelo urbanizable y de sus usos

Brief approach to problems arising around restrictions of competition related to the administrative delimitation of the urban land and its uses

50 Regap

Regap



COMENTARIOS E NOTAS

MIRIAM MARTÍNEZ PÉREZ

Doutoranda de Dereito Mercantil  
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
miriam.martinez@usc.es

Recibido: 19/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

**Resumo:** O obxectivo principal deste estudo radica en pór de manifesto as posibles restricións inxustificadas da libre competencia que poden xurdir no ámbito da delimitación administrativa do solo urbanizable, así como da delimitación dos seus usos.

**Palabras clave:** restricións da libre competencia, delimitación administrativa do solo urbanizable, clasificación do solo urbanizable, cualificación do solo urbanizable.

**Resumen:** El objetivo principal de este estudio radica en poner de manifesto las posibles restricciones injustificadas de la libre competencia que pueden surgir en el ámbito de la delimitación administrativa del suelo urbanizable, así como de la delimitación de sus usos.

**Palabras clave:** restricciones de la libre competencia, delimitación administrativa del suelo urbanizable, clasificación del suelo urbanizable, calificación del suelo urbanizable.

**Abstract:** The main goal of the present work is to examine the unjustified restrictions of free competition that may arise in the context of the administrative delimitation of the urban land as well as the delimitation of its uses.

**Key words:** restrictions on free competition, administrative delimitation of the urban land, urban land classification, urban land-use attribution.

**Sumario:** 1 Preliminar. 2 A delimitación urbanística do solo urbanizable e dos seus usos. Afectación da competencia. 2.1 A clasificación do solo que pode urbanizarse. Implicacións en materia de competencia. 2.2 A cualificación ou delimitación do uso do solo. Implicacións en materia de competencia. 3 Bibliografía.

# 1 Preliminar

O solo posúe unha importancia fundamental dentro do noso sistema de economía de mercado. Quizais sexan as súas características concretas como ben inmobiliario por excelencia as que o fan tan relevantes para os efectos económico-comerciais. En primeiro lugar, o solo é un factor de produción necesario e insubstituíble no desenvolvemento da gran maioría das actividades económicas. En segundo lugar, constitúe un importante activo financeiro para os fogares, as empresas e o sector público. E, en terceiro lugar, o solo értese como o ben esencial na produción da vivenda e, en consecuencia, representa unha gran porcentaxe da riqueza dos fogares, que afecta ás decisións en materia de aforro e consumo<sup>1</sup>.

A existencia de fallos de mercado e querer preservar o interese xeral no mercado inmobiliario do solo xustifica a intervención das administracións públicas –a partir deste momento, AAPP– dentro deste sector económico. Non obstante, a dita intervención público-administrativa, á súa vez, pode producir efectos negativos indesexados que restrinxan inxustificadamente a libre competencia.

Neste marco, o 3 de setembro de 2013, a CNC<sup>2</sup> publicaba o seu informe sobre os “*Problemas de competencia no mercado do solo en España*”<sup>3</sup>. Neste documento, a CNC, no cumprimento das súas funcións de promoción da competencia, analizaba o impacto da intervención urbanística das AAPP no funcionamento do mercado do solo. Así mesmo, nel afirmábase que «*as intervencións en materia urbanística, que sen dúbida responden a obxectivos lexítimos e poden axudar a corrixir situacións de mercado ineficientes, poden non obstante ter efectos indesexados sobre a competencia, a eficiencia e o benestar. Este documento pretende identificar e caracterizar os ditos efectos e as súas causas, para facilitar que os poderes públicos teñan en conta correctamente os custos e beneficios da súa intervención á hora de formular as políticas en materia urbanística*»<sup>4</sup>. O documento, ademais, facíase eco da necesidade de levar a cabo diversas reformas legislativas en materia urbanística. Do

- 1 Neste sentido, véxase o resumo elaborado pola Dirección do Departamento de Promoción da Competencia do Informe emitido pola Comisión Nacional da Competencia (CNC), do 3 de setembro de 2013, en relación cos “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España” (vid. MAUDES GUTIÉRREZ, A. e LÓPEZ VALLÉS, J., “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC”, *Boletín Económico del ICE*, n.º 3044, 2013, pp. 3-14. Dispoñible en: [http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE\\_3044\\_3-14\\_\\_07D6C0D3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3044_3-14__07D6C0D3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf). Consultado o 19.11.2015). Afirman os autores que «*o solo constitúe o ben inmobiliario por natureza. Económicamente é un recurso escaso, non renovable, irreproducíble, inmóbil, heteroxéneo, duradeiro, e un depósito de valor, fundamental como activo real e financeiro, tanto para fogares como para empresas. Estas características proporcionanlle ao solo certa unicidade como ben económico e teñen implicacións importantes para o funcionamento do mercado, de forma previa a calquera tipo de intervención pública. En concreto, a inmovilidade e a heteroxeneidade do solo contribúen a segmentar espacialmente o mercado, favorecen a persistencia de desequilibrios e poden xerar posicións monopolísticas en determinadas circunstancias*».
- 2 Na actualidade, a CNC é un dos organismos integrantes da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC), creada polo mandato da disposición transitoria terceira da Lei 3/2013, do 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (BOE núm. 134, do 5 de xuño de 2013). Mediante esta lei decidiuse unificar todos os organismos reguladores e de defensa da competencia co fin de garantir a súa independencia, incrementar a seguridade xurídica e aumentar a súa transparencia en beneficio dos consumidores e usuarios para garantir unha competencia dinámica e unha regulación eficiente. Así, a CNMC pasou a absorber a Comisión Nacional da Competencia (CNC), a Comisión Nacional de Enerxía (CNE), a Comisión do Mercado das Telecomunicacións (CMT) e a Comisión Nacional do Sector Postal (CNSP).
- 3 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, de 3 de septiembre de 2013, pp. 1-90. (Dispoñible en: [http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC\\_Mercado%20del%20suelo.pdf](http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC_Mercado%20del%20suelo.pdf), consultado o 19.11.2015)
- 4 A elaboración do informe «*utiliza como referencia as Recomendacións ás administracións públicas para unha regulación dos mercados máis eficiente e favorecedora da competencia, documento publicado pola Comisión Nacional da Competencia (CNC) en 2009. Do mesmo xeito que a regulación noutros sectores, a regulación urbanística debería axustarse aos principios da mellora regulatoria (better regulation), e en concreto aos de necesidade, proporcionalidade, mínima distorsión, eficacia e transparencia*». (CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, cit., p. 6).

mesmo xeito, propúñanse unha serie de melloras tendentes a intensificar e preservar o xogo da competencia dentro do mercado do solo<sup>5</sup>.

A CNC estuda, así, unha serie de factores característicos da intervención urbanística en España que contribúen a limitar a competencia no mercado do solo. De entre as cuestións analizadas no dito informe relativo aos problemas do mercado do solo en España no que atinxe á defensa da competencia, este traballo ten por obxecto analizar, en concreto, as ineficiencias no nivel de competencia do mercado do solo producidas a causa da delimitación administrativa do solo urbanizable e dos usos que del se poden facer<sup>6</sup>.

## 2 A delimitación urbanística do solo urbanizable e dos seus usos. Afectación da competencia

En termos xerais, a actividade urbanística constitúe un proceso que se desenvolve en tres fases ou ámbitos claramente diferenciados: o planeamento, a xestión e a disciplina. Deixando á marxe os dous últimos ámbitos, cabe sinalar que a delimitación administrativa do solo que debe urbanizarse e dos usos que, en consecuencia, se lle atribuirán a este se leva a cabo mediante o planeamento urbanístico<sup>7</sup>.

O obxectivo principal do planeamento urbanístico é debuxar a cidade, determinando que chans son susceptibles de seren urbanizados e o uso ao que estes deben destinarse. O planeamento adoita levarse a cabo a través de instrumentos de carácter local. Concretamente, destaca, dentro dos instrumentos de planeamento xeral, o plan xeral, desenvolvido polos concellos<sup>8</sup>.

A finalidade principal do plan xeral dos concellos é a de clasificar e cualificar o solo, no que se realiza unha ordenación detallada do solo urbano e urbanizable. Deste obxectivo fundamental poden inferirse dúas finalidades distintas: por un lado, clasificar o solo e, por outro, cualificar os usos a que se destina.

- 
- 5 A autoridade nacional de defensa da competencia xa se pronunciara noutras ocasións en relación coas restricións competenciais operadas no mercado do solo. Exemplos diso son os informes do extinto Tribunal de Defensa da Competencia (TDC) de 1993 “Remedios políticos que poden favorecer a libre competencia nos servizos e atallar o dano causado polos monopolios”, e de 1995 “A competencia en España: balance e novas propostas”. Do mesmo xeito, tamén o fixo a CNC nalgúns estudos sectoriais, como o “Informe sobre as relacións entre fabricantes e distribuidores do sector alimentario” (2011) e o “Informe sobre a consulta efectuada pola Secretaría de Estado de Economía e Apoio á Empresa sobre o mercado de carburantes de automoción en España” (2012), na medida en que unha intervención urbanística inadecuada pode provocar unha redución da competencia en determinados sectores económicos, como, por exemplo, os analizados nos estudos sectoriais que se acaban de citar.
- 6 O informe céntrase tamén no estudo doutros factores de frecuente aparición na intervención urbanística que poden orixinar limitacións inxustificadas da competencia, como: i) a complexidade, discrecionalidade e inconsistencia da intervención urbanística; ii) os custos de transacción e rixidez no proceso urbanístico; e iii) a intervención directa das AAPP no mercado do solo (CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 57 e ss.)
- 7 A regulación estatal básica en materia urbanística é o recentemente promulgado Real decreto legislativo 7/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana (BOE núm. 261, do 31 de outubro de 2015), que deroga a totalidade das disposicións do anterior Real decreto legislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aprobou o Texto refundido da Lei do solo. A regulación urbanística complétase, ademais, coas respectivas leis autonómicas. E, finalmente, os concellos exercen competencias executivas no proceso urbanístico nos termos previstos na lexislación estatal e autonómica.
- 8 Os instrumentos de planeamento de carácter local divídense en instrumentos de planeamento xeral, entre os que destaca o plan xeral, e os instrumentos de planeamento de desenvolvemento (*Vid.* neste sentido, MAUDES GUTIÉRREZ, A. e LÓPEZ VALLÉS, J., “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC”, *cit.*, pp. 4 e ss.).

Regap



COMENTARIOS E NOTAS

Polo que se refire á clasificación do solo, consiste en asignar cada parte do territorio municipal dentro das categorías de solo das que se dispón no sistema urbanístico español: solo urbano, solo urbanizable e solo non urbanizable. En cambio, a cualificación do solo fai referencia á asignación de usos e intensidades de usos, na medida en que tales usos se poden dispor con carácter global ou de xeito pormenorizado<sup>9</sup>.

## 2.1 A clasificación do solo que pode urbanizarse. Implicacións en materia de competencia

Mediante a técnica da clasificación, a Administración –xeralmente, a Administración municipal– demarca o solo susceptible de ser urbanizado e exclúe aquelas zonas do territorio consideradas como non urbanizables. O solo excluído integra tanto o solo protexido por motivos de interese xeral como o solo descartado ou excluído por cuestións de programación temporal. Neste último caso, o planificador, discrecionalmente, poderá determinar o carácter de urbanizable do dito solo cando o considere conveniente<sup>10</sup>.

Malia que este instrumento se utiliza como un mecanismo corrector do crecemento desproporcionado das cidades, considerouse que esta discrecionalidade do planificador non resulta ser a mellor forma de controlar ese crecemento excesivo. Así mesmo, a discrecionalidade da que goza o planificador municipal pode afectar ao xogo da competencia no mercado do solo. Con todo, atendendo, precisamente, a estes aspectos de carácter negativo, achegáronse razóns en contra desta técnica de clasificación. En primeiro lugar, este sistema ou técnica de clasificación non constitúe o mecanismo máis eficiente para solucionar os fallos de mercado que poden dar lugar a un crecemento espacial excesivo e desordenado. Fundamentalmente, a fronteira urbanística está dirixida a evitar o síntoma –o posible crecemento espacial excesivo– pero non a causa do dito resultado –os fallos de mercado que impedirían que a solución competitiva sexa óptima–<sup>11</sup>. En segundo lugar, a fronteira urbanística impide que a competencia sexa a forza fundamental na determinación do solo que ten que ser urbano. Iso i) distorsiona ineficientemente o proceso de formación do prezo do solo na área urbana; ii) outórgalles poder de mercado aos propietarios de solo susceptible de ser urbanizado; e iii) favorece a aparición de procesos de busca de rendas por parte de distintos axentes do mercado, públicos e privados, para conseguir un trazado final favorable a intereses non xerais. En último lugar, a súa delimitación final pode verse distorsionada tanto polos procesos de busca de rendas como pola dependencia dos concellos nos ingresos dependentes do solo<sup>12</sup>.

9 MAUDES GUTIÉRREZ, A. e LÓPEZ VALLÉS, J., “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC”, *cit.*, p. 4 *in fine*.

10 A xustificación desta discrecionalidade aséntase na necesidade de controlar o crecemento espacial das cidades, que, de non se limitar, podería producir consumo e gastos excesivos tanto de espazos abertos como de infraestruturas e servizos.

11 RUECKNER, J. K., *Lectures on Urban Economics*, Cambridge, MIT Press, Massachusetts, 2011, pp. 51 e ss.

12 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 47 e ss. O informe fai referencia expresa a que «o problema principal detrás desta situación é que, mesmo no suposto de que a cantidade de solo incluída dentro da fronteira fose óptima desde o punto de vista social nun momento concreto, a delimitación concreta das parcelas que quedan incluídas dentro da fronteira pode resultar arbitraria e impredecible. Para as parcelas excluídas inicialmente da fronteira, a expectativa sobre o momento en que eventualmente poden quedar incluídas dentro desta é moi incerta e, de feito, no mercado obsérvanse comportamentos absolutamente ineficientes, como cambios súbitos de valor de terreos por un mero cambio na clasificación. Se a fronteira operase dun xeito predicable, tales cambios serían máis suaves, dado que os axentes poderían avaliar en cada momento o valor futuro de cada terreo cun risco reducido» (CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, p. 51).

As autoridades de competencia ofreceron alternativas a esta problemática consistentes, por exemplo, na asignación de dereitos de urbanización mediante mecanismos competitivos, a través dos cales o planificador podería controlar a cantidade de solo que é posible urbanizar en cada momento do tempo, evitando a identificación concreta e discrecional das parcelas a urbanizar<sup>13</sup>.

## 2.2 A cualificación ou delimitación do uso do solo. Implicacións en materia de competencia

Ademais dos problemas de competencia relativos á clasificación do solo urbanizable, xorden tamén outros relacionados coa cualificación ou delimitación do uso dese solo.

A través do planeamento e, concretamente da técnica de cualificación, a autoridade urbanística determina o uso do solo, así como outras características relevantes no seu aproveitamento, como, por exemplo, a edificabilidade. En teoría, a finalidade principal da cualificación é evitar externalidades entre usos incompatibles<sup>14</sup>, así como reservar solo para bens con características de ben público, que terá que ser cedido polos propietarios do solo.

Malia a súa motivación, convén sinalar que a zonificación non corrixe totalmente as externalidades –por exemplo, a contaminación–, xa que simplemente as agrupa nun lugar concreto, pero –segundo co exemplo– sen axustar o nivel de contaminación ao nivel economicamente óptimo.

Á súa vez, este mecanismo presenta outros inconvenientes. En primeiro lugar, a cualificación segmenta adicionalmente, por usos, o solo municipal e impide que sexa a competencia a que asigne o solo entre posibles usos económicos alternativos. De feito, a zonificación excesivamente detallada do solo pode restrinxir a competencia de forma innecesaria e desproporcionada, reducindo o espazo dispoñible para establecementos en multitude de sectores económicos<sup>15</sup>. Adicionalmente, o planeamento pode dar como resultado que o solo considerado para un determinado uso non sexa do tamaño suficiente, ou incorporar restricións adicionais, como tamaños mínimos de parcela ou distancias mínimas discrecionais entre establecementos, cuxo efecto é restrinxir aínda máis a competencia, prexudicando o funcionamento do sistema económico. En segundo lugar, a eficiencia do instrumento de cualificación do solo pode verse distorsionada polos comportamentos de busca de rendas e a dependencia dos concellos dos ingresos provenientes do solo. E, en terceiro lugar, a zonificación característica do urbanismo español actual tende a limitar en certo modo a aparición de zonas de uso mixto, e pode levar, en combinación coa cesión, a unha provisión ineficiente de bens públicos urbanos<sup>16</sup>.

De acordo coa autoridade nacional da competencia, existen alternativas que poderían resultar menos distorsionadoras e máis favorables á asignación de solo mediante mecanismos

13 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 52 e 53.

14 Pénsese, por exemplo, nunha fábrica xeradora de residuos que contamine un bloque de vivendas próximo a aquela.

15 Como sinala a CNC no seu informe, os usos posibles non están establecidos na lexislación autonómica e dependen fundamentalmente da autoridade urbanística municipal (*vid.* CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, p. 54).

16 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 53 e ss. E tamén, O’SULLIVAN, A., *Urban Economics*, 8ª ed., McGraw-Hill/Irwin, United States, 2011.

de mercado. Para evitar as externalidades entre usos incompatibles, poderían utilizarse, con carácter xeral e fundamental, regras ou estándares que, por un lado, permitan corrir as externalidades pero que á vez posibiliten que o uso do solo se determine, en boa medida, a través do mercado e non a través do planeamento deseñado pola autoridade urbanística. Mediante esta técnica non se separarían usos entre si, senón que se garantiría a compatibilidade entre usos mediante o cumprimento dunhas regras estables, previamente establecidas, coñecidas por todos os operadores e iguais para todos os axentes<sup>17</sup>.

### 3 Bibliografía

BRUECKNER, J. K., *Lectures on Urban Economics*, Cambridge, MIT Press, Massachusetts, 2011.

CNC, "Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España", 2012.

CNC, "Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores del sector alimentario", 2011.

CNC, "Problemas de competencia en el mercado del suelo en España", 2013. (Disponible en: [http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC\\_Mercado%20del%20suelo.pdf](http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC_Mercado%20del%20suelo.pdf), consultado o 19 de novembro de 2015).

MAUDES GUTIÉRREZ, A. e LÓPEZ VALLÉS, J., "Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC", *Boletín Económico del ICE*, n.º 3044, 2013 (disponible en: [http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE\\_3044\\_3-14\\_07D6C0D3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3044_3-14_07D6C0D3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf), consultado o 19 de novembro de 2015).

O'SULLIVAN, A., *Urban Economics*, 8ª ed., McGraw-Hill/Irwin, United States, 2011.

TDC, "La Competencia en España: balance y nuevas propuestas", 1995.

TDC, "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios", 1993.

---

<sup>17</sup> CNC, "Problemas de competencia en el mercado del suelo en España", *cit.*, p. 56.

# Reformulación da responsabilidade patrimonial das administracións públicas

Reformulación de la  
responsabilidad patrimonial de  
las administraciones públicas

Reformulation the patrimonial  
liability of public administrations



FRANCISCO JAVIER NOVOA JUIZ

Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional  
Secretario do Concello do Grove (Galicia, España)

Recibido: 21/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



COMENTARIOS E NOTAS

**Resumo:** Próxima a entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro de procedemento administrativo común das administracións públicas, e da Lei 40/2015, do 1 de outubro, do réxime xurídico do sector público, cómpre estruturalas e familiarizarse con elas para saber a onde acudir, neste caso, en materia de responsabilidade patrimonial, centrándonos basicamente nas referencias que a este proceso singular fai a Lei 39/2015 para, en próximos traballos, concretar aspectos máis propios do réxime xurídico e das relacións *ad intra* que prevé a Lei 40/2015, do 1 de outubro.

**Palabras clave:** responsabilidade patrimonial, inadmisibilidade, seguridade xurídica, fases do procedemento, simplificación.

**Resumen:** Próxima la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, es preciso estructurarlas y familiarizarse con ellas para saber a dónde acudir, en este caso, en materia de responsabilidad patrimonial, centrándonos básicamente en las referencias que a este proceso singular hace la Ley 39/2015 para, en próximos trabajos, concretar aspectos más propios del régimen jurídico y de las relaciones *ad intra* que prevé la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

**Palabras clave:** responsabilidad patrimonial, inadmisibilidad, seguridad jurídica, fases del procedimiento, simplificación.

**Abstract:** Next the entry into force of Law 39/2015 of 1 October of the Common Administrative Procedure Law 40/2015 AAPP and October 1 of the Legal Regime of the Public Sector must be structured and getting them to know where go in this case, in terms of asset liability, focusing mainly on references to this unique process makes the Law 39/2015 on future work to realize more specific aspects of the legal regime and relations *ad intra* under the Act 40/2015 of October 1<sup>st</sup>.

**Key words:** property damage liability, inadmissibility, legal security, phases of the procedure, simplification.

**Sumario:** 1 Prefacio. 2 Ámbito de delimitación. 3 Estrutura. 4 Análise da responsabilidade patrimonial na Lei 39/2015. 5 Reflexión final.

# 1 Prefacio

*King can do not wrong*, con esta afirmación coñécese o inexistente sistema de responsabilidade patrimonial que a escala continental derivaba das monarquías absolutistas, e nos diferentes sistemas xurídicos, como o inglés, do *common law*, que eludía a responsabilidade do aparato burocrático estando facultada a Administración para nomear o acusado, funcionario que faría o papel de demandado e cuxa responsabilidade se cubriría economicamente dada a irresponsabilidade do soberano.

Non sería ata a Declaración dos Dereitos do Home e o Cidadán de 1789 cando se consagre, no seu artigo 17, o carácter “inviolable e sacre” da propiedade e a súa privación por necesidade pública suxeita a xusta indemnización. En todo caso, os danos de carácter non expropiatorio non eran contemplados baixo o principio anteriormente referido.

En España, o Código civil de 1889 adiantouse ao seu tempo ao establecer non só o dereito ao resarcimento de danos universal no artigo 1902, senón que tamén considerou a responsabilidade do Estado no artigo 1903, que posteriormente sería interpretada e terxiversada de forma que só respondería en caso de actuación baixo axente especial, non así actuación de funcionario, cuxa responsabilidade sería directa e persoal.

Reproduzo un fragmento dunha Sentenza do 7 xaneiro de 1898 que escusaba de responsabilidade o Estado, xa que, “tratándose de actos executados por funcionarios nas funcións propias do seu cargo, non cabe supor por parte do Estado culpa, nin sequera negligencia, na organización dos servizos públicos e na designación dos seus axentes...”.

Polo tanto, na práctica, xa que a Administración inusualmente, por non dicir nunca, actuaba a través de axente especial, non se producía responsabilidade ningunha desta.

Sería a Constitución republicana, no seu artigo 41, a que de xeito xenérico recoñecese a responsabilidade patrimonial do Estado ou corporación por funcionario público que actuase no exercicio das súas funcións, aínda que dada a súa curta existencia non tivo manifestación práctica.

Seguindo o íter temporal, atopámonos coa Lei municipal de 1935, que, no seu artigo 209, se pronuncia en similares termos atribuíndolle responsabilidade civil ao ente administrativo.

A Lei de réxime local de 1950 consagra dous tipos de responsabilidade dos entes locais: a directa e a subsidiaria, en función da negligencia ou culpa atribuída ás súas autoridades, funcionarios ou axentes.

E así chegamos ao cambio brusco que suporía o artigo 121 da LEF, que, non obstante, limita a responsabilidade patrimonial debida ao funcionamento normal ou anormal da Administración polos danos que sufran os particulares nos bens e dereitos regulados nesta lei, o que implica a exclusión de, por exemplo, danos morais ou de carácter corporal por non seren susceptibles de expropiación.

Este “erro” corrixiuse a través do artigo 133 do regulamento, que fixaba a indemnización para todos aqueles danos susceptibles de seren avaliados economicamente, e dos artigos 41 e 42 da LRX de 1957, que son os que se reproduciron nos artigos 139 e ss. da moribunda LXPAC, e do artigo 106.1 da CE, a través da afirmación que todos coñecemos e



cos elementos que integran a institución da responsabilidade patrimonial: lesión efectiva, avaliable, individualizada, nexo causal e dano antixurídico por ter a obriga de soportalo por parte do particular.

Non é obxecto deste artigo desenvolver a evolución do concepto de responsabilidade patrimonial tanto na súa versión obxectiva como subxectiva ata o punto de chegar ao extremo de que a Administración fose unha aseguradora universal, senón sistematizar o novo réxime e as novidades destacables introducidas polo lexislador, que opta, de novo, por separar o que se uniu en 1992 e que nunca pensamos que mudaría deste xeito, ata o punto de que os nados na época constitucional chegamos a considerala como a lei de leis froito dunha lucidez lexislativa nunca repetida.

En todo caso, volvemos desligar o réxime xurídico do procedemento administrativo común, o que supón repetir un sistema xa instaurado en 1957 e 1958 e que demostrou unha calidade e implementación que o levou a manterse varias décadas, polo que esperemos que se repita a historia.

## 2 Ámbito de delimitación

Tras este breve prefacio, hai que referirse ao novo réxime que entrará en vigor o 2 de outubro de 2016 e que desligará as relacións *ad intra* e *ad extra* da Administración a través da Lei de réxime xurídico do sector público e da Lei de procedemento administrativo, coas que debemos familiarizarnos.

Estamos ante un reaxuste que nos retrae ao sistema anterior á LRXPAC, en que rexían a Lei de procedemento administrativo, do 17 de xullo de 1958, e a Lei de réxime xurídico do Estado, do 26 de xullo de 1957.

Un dos fins destas normas é o de evitar as superposicións de normativas, garantir un principio un tanto desnortado, que é o de seguridade xurídica, como manifesta na exposición de motivos da norma: *os defectos que tradicionalmente se lles viñeron atribuíndo ás administracións españolas obedecen a varias causas, pero o ordenamento vixente non é alleo a elas, xa que o marco normativo en que se desenvolveu a actuación pública propiciou a aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedementos administrativos demasiado complexos que, en ocasións, xeraron problemas de inseguridade xurídica.*

Non é o meu parecer que os procedementos sobre responsabilidade patrimonial desen lugar a certa inseguridade xurídica, pois é un ámbito bastante consagrado no noso ordenamento e delimitado tanto nos seus principios como no seu procedemento a través do regulamento de 1993, que quedará derogado pola LPACAP transcorrida a *vacatio legis*.

Basicamente, esta lei está orientada a fixar definitivamente a Administración electrónica en todas as administracións sempre baixo o prisma da transparencia, a sustentabilidade e a estabilidade orzamentaria. Non está de máis destacar como seguimos ante unha norma pensada para as administracións territoriais superiores e non para a local, pois as exixencias electrónicas dificilmente serán asumibles de xeito inmediato por estas, algo no que debeu pensar o lexislador da Lei 27/2013 ao atribuíla ás deputacións en relación cos municipios de menos de 20.000 habitantes.



A regulación electrónica da Administración viña presentando un problema de dispersión normativa e superposición de distintos réximes xurídicos non sempre coherentes entre si, do que é mostra a sucesiva aprobación de normas con incidencia na materia, entre as que cabe citar: a Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio; a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable; a Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno; ou a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado.

Ante este escenario legislativo, resulta clave contar cunha nova lei que sistematice toda a regulación relativa ao procedemento administrativo, que clarifique e integre o contido das citadas Lei 30/1992, do 26 de novembro, e Lei 11/2007, do 22 de xuño, e afonde na axilización dos procedementos cun pleno funcionamento electrónico. Todo iso reverterá nun mellor cumprimento dos principios constitucionais de eficacia e seguridade xurídica que deben rexer a actuación das administracións públicas.

### 3 Estrutura

A lei estrutúrase en 133 artigos, distribuídos en sete títulos, cinco disposicións adicionais, cinco disposicións transitorias, unha disposición derogatoria e sete disposicións derradeiras.

É no título IV, referido ao procedemento administrativo común, en que se sitúa a especialidade do procedemento de responsabilidade patrimonial xunto ao resto do PAC, que se corresponde co que ata o 2 de outubro vén regulado no Real decreto 429/93 do 26 de marzo e nos 7 artigos da LXPAC referidos a esta materia.

De acordo coa sistemática seguida, os principios xerais da potestade sancionadora e da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, en canto que atinxen a aspectos máis orgánicos que procedementais, regúlanse na Lei de réxime xurídico do sector público.

Non obstante, da análise de ambas as dúas normas dedúcese claramente que esta afirmación da EM non é totalmente certa, xa que na Lei 40/2015, lei de carácter institucional *ad intra*, ademais dos principios establécense preceptos referidos á responsabilidade do persoal ao servizo da Administración e ás indemnizacións, ampliando a concepción da responsabilidade legislativa, cuxa análise non é obxecto deste traballo; artigo 139.3 da LXPAC: *as administracións públicas indemnizarán os particulares pola aplicación de actos legislativos de natureza non expropiatoria de dereitos e que estes non teñan deber xurídico de soportar, cando así se estableza nos propios actos legislativos e nos termos que especifiquen os ditos actos.*

### 4 Análise da responsabilidade patrimonial na Lei 39/2015

A continuación analizaremos os preceptos que afectan á RP, destacando aquelas novidades ou modificacións existentes en relación co réxime anterior.

#### **1. Artigo 65 Especialidades no inicio de oficio dos procedementos de responsabilidade patrimonial**

*Cando as administracións públicas decidan iniciar de oficio un procedemento de responsabilidade patrimonial, será necesario que non prescribise o dereito á reclamación do interesado a que se refire o artigo 67.*

*O acordo de iniciación do procedemento notificaráselles aos particulares presuntamente lesionados, concedéndolles un prazo de dez días para que acheguen cantas alegacións, documentos ou información estimen convenientes ao seu dereito e propoñan cantas probas sexan pertinentes para o recoñecemento deste. O procedemento iniciado instruírase aínda que os particulares presuntamente lesionados non comparezan no prazo establecido.*

Este artigo sitúase na sección 2.<sup>a</sup> do capítulo II do título IV (Das disposicións sobre o procedemento administrativo común), que regula as especialidades derivadas da iniciación dos procedementos cando esta se produce de “oficio” pola Administración.

En principio, o precepto non achega nada novo ao regulado no artigo 142 da LXPAC e o regulamento de desenvolvemento, pero, conforme os criterios e obxectivos expostos nos motivos da lei, desaparece a denominación do procedemento abreviado, regulándose un procedemento simplificado nos mesmos termos que o abreviado, 30 días, nexo causal inequívoco, pero con carácter común, para todo tipo de procesos no artigo 96 da LPACAP.

## **2. Artigo 67. Solicitudes de iniciación nos procedementos de responsabilidade patrimonial**

*1. Os interesados só poderán solicitar o inicio dun procedemento de responsabilidade patrimonial cando non prescribise o seu dereito a reclamar. O dereito a reclamar prescribirá ao ano de producido o feito ou o acto que motive a indemnización ou se manifeste o seu efecto lesivo. En caso de danos de carácter físico ou psíquico ás persoas, o prazo empezará a computarse desde a curación ou a determinación do alcance das secuelas.*

*Nos casos en que proceda recoñecer dereito a indemnización por anulación en vía administrativa ou contencioso-administrativa dun acto ou disposición de carácter xeral, o dereito a reclamar prescribirá ao ano de terse notificado a resolución administrativa ou a sentenza definitiva.*

*Nos casos de responsabilidade patrimonial a que se refire o artigo 32, apartados 4 e 5, da Lei de réxime xurídico do sector público, o dereito a reclamar prescribirá ao ano da publicación no Boletín Oficial del Estado ou no Diario Oficial da Unión Europea, segundo o caso, da sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma ou o seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea.*

*Ademais do previsto no artigo 66, na solicitude que realicen os interesados deberanse especificar: as lesións producidas; a presunta relación de causalidade entre estas e o funcionamento do servizo público; a avaliación económica da responsabilidade patrimonial, se fose posible, e o momento en que a lesión efectivamente se produciu; e irá acompañada de cantas alegacións, documentos e informacións se estimen oportunos e da proposición de proba, concretando os medios de que pretenda valerse o reclamante.*

Este artigo sitúase na sección 3.<sup>a</sup> e, obviamente, esta sección refírese con carácter xeral e en particular para a RP aos procedementos iniciados por instancia de parte, sendo o arquetipo destes a reclamación de responsabilidade patrimonial.

Regap



COMENTARIOS E NOTAS

En relación co artigo 139.3 da LXPAC mencionado, que fai referencia á responsabilidade patrimonial legislativa plasmada no novo artigo 32.4.5 da LRX, hai que destacar como o artigo 67 da LPACAP alude expresamente á indemnización nestes supostos unicamente cando se declare a inconstitucionalidade da norma, deixando no aire aqueles casos en que nos atopemos ante normas constitucionais que non consideren supostos indemnizatorios nos *termos que especifiquen os ditos actos*.

É interesante nos procedementos iniciados por instancia de parte deterse en dous conceptos que dan lugar a variadas interpretacións e reflexións: **a inadmisibilidade da reclamación e a desistencia da reclamación**.

En primeiro lugar, non debemos esquecer a obriga administrativa de resolver todas as peticións ou recursos das persoas que deduzan ante os entes públicos. Isto en principio suporía a imposibilidade de inadmitir calquera tipo de instancia sen expediente ao uso con fase de instrución, ordenación e resolución.

Pero a LXPAC considera supostos específicos de inadmisibilidade que, segundo a doutrina e xurisprudencia aplicables, só no seu seo se podería contemplar esta institución polo carácter patente e evidente da carencia de fundamento da solicitude proposta, impedindo a aplicación do principio *pro actione*.

Así, o **artigo 89.4**: *En ningún caso poderá a Administración absterse de resolver so pretexto de silencio, escuridade ou insuficiencia dos preceptos legais aplicables ao caso, aínda que poderá resolver a inadmisión das solicitudes de recoñecemento de dereitos non previstos no ordenamento xurídico ou manifestamente carentes de fundamento, sen prexuízo do dereito de petición previsto polo artigo 29 da Constitución.*

**Artigo 113.1**: *A resolución do recurso estimará en todo ou en parte ou desestimarás as pretensións formuladas nel ou declarará a súa inadmisión.*

**Artigo 102.3**: *O órgano competente para a revisión de oficio poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite das solicitudes formuladas polos interesados, sen necesidade de solicitar ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma, cando estas non se baseen nalgunha das causas de nulidade do artigo 62 ou carezan manifestamente de fundamento, así como no suposto de que se desestimasesen en canto ao fondo outras solicitudes substancialmente iguais.*

**Artigo 119.1**: *O órgano competente para a resolución do recurso poderá acordar motivadamente a inadmisión a trámite, sen necesidade de solicitar ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma, cando este non se funde nalgunha das causas previstas no apartado 1 do artigo anterior ou no suposto de que se desestimasesen en canto ao fondo outros recursos substancialmente iguais.*

É dicir, a **“inadmisión é xustificable”** en materia de recurso de reposición, revisión de oficio e recurso extraordinario de revisión, sendo no caso do artigo 89.4 un concepto xurídico indeterminado que só terá fundamento cunha interpretación restritiva axeitada ao caso concreto e con base xurisprudencial e doutrinal.

Así, a AN, na súa Sentenza do 9 de febreiro de 2012 (EDX 2012/16814), entende que a inadmisión de plano, prevista no artigo 89.4 LXPAC, *«debe entenderse referida aos supostos*

*máis claros e evidentes en que a reclamación de responsabilidade careza de fundamento de forma “patente e manifesta” sen que poida ser utilizada fóra destes casos como un mecanismo de desestimación anticipada do fondo, pois iso reduce as garantías do solicitante e obriga a acudir aos tribunais sen dispor dunha decisión de fondo sobre a concorrencia dos requisitos en que se funda a reclamación e sen os informes técnicos preceptivos. De xeito que, naqueles supostos en que a Administración inadmite a reclamación sen tramitar o procedemento administrativo correspondente, a xurisdición contencioso-administrativa debe controlar se a reclamación presentada en vía administrativa debe considerarse “como manifestamente carente de fundamento”, pois, no caso contrario, a Administración tería incumplido a súa obriga de tramitar e resolver en canto ao fondo a reclamación presentada, privando a parte e o tribunal que posteriormente axúice do informe técnico preceptivo para determinar se existiu ou non un funcionamento anormal da Administración».*

En todo caso, parece que a doutrina e a xurisprudencia avogan por non aplicar a inadmisión inmediata máis que nos casos previstos na norma, debendo tramitar o proceso, aínda que este remata cunha resolución denegatoria fundamentada no carácter inadmisíbel da pretensión requirida; pero, como en case todo, haberá que agardar aos casos concretos e resolver segundo as circunstancias.

Así, temos as seguintes sentenzas e ditames:

- O Ditame do 17 de decembro de 1998 establece que, *“dirixida unha reclamación á Administración en solicitude de indemnización por prexuízos derivados dunha actuación administrativa, a comprobación de que non se presentou en tempo hábil ou de que non concorren as condicións legais precisas para que o Estado indemnice non se pode concretar nunha declaración administrativa de inadmisibilidade, senón nun pronunciamento desestimatorio”; e que, dito o anterior, pode afirmarse que a inadmisión, sen entrar no fondo do asunto, dunha relación, debe constituír unha posibilidade moi restrinxida, de xeito que en ningún caso se prexulguen os elementos de xuízo que se poidan achegar no procedemento.*

- A AN, na súa Sentenza do 5 de maio de 2009, considera que a aplicación do dito precepto *“exixe unha aplicación estrita a aqueles casos en que a solicitude do interesado se presenta carente de fundamento dun xeito patente e evidente, o que certamente só se pode decidir en función das circunstancias concorrentes en cada caso particular, ben que, ao mesmo tempo, está claro que un exercicio daquela facultade que excedese aqueles reducidos límites incidiría nunha práctica administrativa abusiva con lesión dos dereitos do interesado que acode ante a Administración cunha determinada solicitude, que, salvo o suposto excepcional considerado no referido artigo 89.4, debe ser obxecto da correspondente tramitación previa á súa resolución”.*

- O Consello Consultivo da Comunidade de Madrid, no seu Ditame 17/2011, do 26 de xaneiro, entende que: *«a inadmisión liminar de solicitudes se compadece mal co principio pro accione do procedemento administrativo que se manifesta, entre outros, na recualificación da solicitude prevista no artigo 110.2 da LPAC, nin coa emenda da solicitude considerada no artigo 71 e que lle impón á Administración actuante, cando a solicitude de iniciación presentada polo interesado non reúne os requisitos exixidos pola normativa ou falten acaso algúns documentos que deban acompañala, a concesión dun prazo de dez días hábiles para emendar a solicitude ou presentar tales documentos. Por iso, a figura da inadmisión a limine só poderá utilizarse naqueles casos en que estea especialmente considerada na lexislación*

Regap



COMENTARIOS E NOTAS

*administrativa, como é o procedemento de revisión de oficio de actos nulos regulado no artigo 102.3 da mesma lei ou o recurso extraordinario de revisión do artigo 119.1. Fóra destes casos, a Administración ten a obriga de tramitar o procedemento, incluído o trámite de audiencia. Respéctase así o principio de contradición, principio xeral do dereito, fundamental e aplicable, tamén, no procedemento administrativo.*

*Así, coa única excepción dos casos en que a lexislación administrativa prevexa a inadmisión a limine, os interesados teñen dereito a que se tramiten as súas solicitudes e, se estas presentasen defectos formais que poidan emendarse, a emendalos no prazo concedido para iso; e se, pola contra, non fosen emendables (extemporaneidade da acción, ou defectos substantivos como a carencia manifesta de fundamento), a que o interesado sexa oído para que poida alegar algunha causa de exoneración que xustifique o atraso ou a súa versión sobre o fundamento da súa solicitude, dando argumentos á Administración a repensar unha decisión definitiva sobre a admisión a trámite da solicitude e que lle impediría á Administración entrar no fondo da cuestión formulada».*

- O TS, na súa Sentenza do 19 de xaneiro de 1989, que, malia que o artigo 6.2 do RD 429/1993, do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial, sinala que, «se é admitida a reclamación polo órgano competente, o procedemento se impulsará de oficio en todos os seus trámites, non se está a referir á posibilidade de resolver sen tramitar o procedemento, senón que debe entenderse que procede a inadmisión sen necesidade de solicitar os informes relativos ao fondo do asunto, pero non obviar os informes preceptivos polo que se refire unicamente á causa de inadmisión. Non obstante, o Consello Consultivo da Comunidade de Madrid, no seu Ditame 79/2010, do 24 de marzo, estima que a existencia de cousa xulgada supón a carencia manifesta de fundamento da reclamación».

Continuando coa análise da responsabilidade patrimonial, na LPACAP atopámonos co capítulo III do citado título IV, que regula a ordenación do procedemento e no cal non se fai referencia ningunha específica ao procedemento de responsabilidade patrimonial.

En cambio, no capítulo IV referido á fase de instrución que comprende todos os actos para a determinación, coñecemento e comprobación dos feitos en virtude dos cales deba pronunciarse a resolución, especificase para os procedementos de RP o trámite de solicitude de informes e ditames, así:

### **3. Artigo 81 Solicitude de informes e ditames nos procedementos de responsabilidade patrimonial**

*1. No caso dos procedementos de responsabilidade patrimonial, será preceptivo solicitarlle informe ao servizo cuxo funcionamento ocasionase a presunta lesión indemnizable, non podendo exceder os dez días o prazo da súa emisión.*

*2. Cando as indemnizacións reclamadas sexan de contía igual ou superior a 50.000 euros ou á que se estableza na correspondente lexislación autonómica, así como naqueles casos que dispoña a Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, do Consello de Estado, será preceptivo solicitar ditame do Consello de Estado ou, se é o caso, do órgano consultivo da Comunidade Autónoma.*

*Para estes efectos, o órgano instrutor, no prazo de dez días, contados desde a finalización do trámite de audiencia, remitiralle ao órgano competente para solicitar o ditame unha proposta de resolución, que se axustará ao previsto no artigo 91, ou, se é o caso, a proposta de acordo polo que se podería rematar convencionalmente o procedemento.*

*O ditame emitirase no prazo de dous meses e deberá pronunciarse sobre a existencia ou non de relación de causalidade entre o funcionamento do servizo público e a lesión producida e, se é o caso, sobre a valoración do dano causado e a contía e modo da indemnización de acordo cos criterios establecidos nesta lei.*

*3. No caso de reclamacións en materia de responsabilidade patrimonial do Estado polo funcionamento anormal da Administración de Xustiza, será preceptivo o informe do Consello Xeral do Poder Xudicial, que será tramitado no prazo máximo de dous meses. O prazo para ditar resolución quedará suspendido polo tempo que medie entre a solicitude do informe e a súa recepción, non podendo exceder o este prazo os citados dous meses.*

Hai que destacar a afirmación do carácter preceptivo do informe do servizo cuxo funcionamento ocasionase a presunta lesión indemnizable, xa que no regulamento de 1993 se establecía que debería solicitarse “en todo caso”. Ademais, limitáanse os prazos da súa emisión a 10 días sen fórmula de ampliación, tal como se prevía (e se prevé, pero todas as referencias en pasado deben considerarse con data do 2 de outubro do ano 2016) no artigo 10 do citado regulamento, que permitía un exceso temporal de emisión de ata un mes.

En relación coa responsabilidade patrimonial do Estado polo funcionamento da Administración de Xustiza (artigo 121 da CE), non figura nesta lei a remisión á LOPX, que regula estes aspectos nos seus artigos 292 a 296 (modificados pola LO 7/2015, do 21 de xullo), que seguen en vigor, e engádese a necesariedade do preceptivo informe do Consello Xeral do Poder Xudicial para resolver sobre a indemnización, dando carácter legal ao xa previsto na disposición adicional 2.<sup>a</sup> do Real decreto 429/93, do 26 de marzo.

Non obstante, e malia que xa viña disposto na dita disposición adicional, non parece o máis correcto, e ademais sen modificar expresamente os artigos relacionados da LOPX, que a través dunha lei ordinaria se inclúa un trámite no procedemento *ad hoc* con rango de lei orgánica. Neste sentido, a STC 5/81, do 13 de febreiro, establece en materia de conflito de lei orgánica e lei ordinaria que, *dada a existencia de ámbitos reservados a cada tipo de lei, só se formulará o conflito se ambas as dúas leis inciden sobre unha mesma materia, hipótese en que a lei orgánica deberá prevalecer sobre a ordinaria, xa que non pode ser modificada por esta.*

Por último, hai que destacar que desaparece a modificación introducida no artigo 139 pola Lei 13/2009, de 3 de novembro, en relación coa atribución ao Consello de Ministros para fixar indemnización en caso de funcionamento anormal na tramitación dos recursos de amparo ou das cuestións de inconstitucionalidade e o procedemento para iso, trasladándose ao artigo 32.8 da Lei 40/2015, que **si** que afirma contundentemente que a responsabilidade patrimonial do Estado polo funcionamento da Administración de Xustiza se rexerá pola LO 6/85, do 1 de xullo, polo que non casa moi ben o manifestado no parágrafo anterior do contido da Lei 39/2015.

O capítulo V do título IV regula as formas de remate dos procedementos administrativos, considerando brevemente unha referencia á terminación convencional da RP no artigo 86.5,

remitindo o modo de fixar a contía e forma da indemnización ao regulado no artigo 34 da Lei 40/2015, que establece o seguinte:

### **Artigo 34 Indemnización**

*1. Só serán indemnizables as lesións producidas ao particular provenientes de danos que este non teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei. Non serán indemnizables os danos que deriven de feitos ou circunstancias que non se puidesen prever ou evitar segundo o estado dos coñecementos da ciencia ou da técnica existentes no momento de produción daqueles, todo iso sen prexuízo das prestacións asistenciais ou económicas que as leis poidan establecer para estes casos.*

*Nos casos de responsabilidade patrimonial a que se refiren os apartados 4 e 5 do artigo 32, serán indemnizables os danos producidos no prazo dos cinco anos anteriores á data da publicación da sentenza que declare a inconstitucionalidade da norma con rango de lei ou o carácter de norma contraria ao dereito da Unión Europea, salvo que a sentenza dispoña outra cousa.*

*2. A indemnización calcularase conforme os criterios de valoración establecidos na lexislación fiscal, de expropiación forzosa e demais normas aplicables, ponderándose, se é o caso, as valoracións predominantes no mercado. Nos casos de morte ou lesións corporais, poderase tomar como referencia a valoración incluída nos baremos da normativa vixente en materia de seguros obrigatorios e da Seguridade Social.*

*3. A contía da indemnización calcularase con referencia ao día en que a lesión efectivamente se produciu, sen prexuízo da súa actualización á data en que se poña fin ao procedemento de responsabilidade conforme o índice de garantía da competitividade, fixado polo Instituto Nacional de Estatística, e dos intereses que procedan por demora no pagamento da indemnización fixada, os cales se exixirán segundo o establecido na Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, ou, se é o caso, nas normas orzamentarias das comunidades autónomas.*

*4. A indemnización procedente poderá substituírse por unha compensación en especie ou será aboada mediante pagamentos periódicos, cando resulte máis axeitado para lograr a reparación debida e conveña ao interese público, sempre que exista acordo co interesado.*

Prescindindo da indemnización en supostos de cambios legislativos que así a prevexan ou que sexan declaradas inconstitucionais ou contrarios ao dereito da Unión Europea, é importante destacar dous aspectos que se introducen expresamente.

O primeiro deles, en relación coa substitución do IPC polo índice de garantía da competitividade, que se establece como taxa de revisión de prezos consistente coa recuperación de competitividade fronte á zona euro a través da Lei 2/2015, do 30 de marzo, de desindexación da economía española (BOE 31/03/2015).

O segundo, a potestade de tomar como referencia de valoración os baremos establecidos para seguros obrigatorios e de Seguridade Social; neste sentido non debemos esquecer o carácter orientativo destes baremos, na liña do considerado polo TS na Sentenza do 17 de xullo de 2014 nun caso de responsabilidade patrimonial sanitaria, que no seu fundamento de dereito quinto manifesta que «respecto da aplicación do baremo establecido para o seguro obrigatorio do automóbil, que postula a parte recorrente, debemos recordar que a súa apli-



*cación nestes casos ten un carácter meramente orientador. Carece, polo tanto, do carácter vinculante que parece atribuírle ao baremo a parte recorrente, pois o xuíz administrativo, cando fixa a indemnización por responsabilidade patrimonial, pode acudir ás súas determinacións como unha mera orientación. O que se traduce en que non pode ter favorable acollida a alegación que se esgrime relativa a que a indemnización fixada se acomode ao dito baremo, pois esa non é razón suficiente para casar unha sentenza.*

*Neste sentido, vimos declarando, entre outras moitas, na Sentenza do 9 de xuño de 2009 (recurso de casación n.º 1822/2005), que “a utilización dalgún baremo obxectivo pode ser admisible, pero sempre e cando se utilice con carácter orientativo e non vinculante, xa que debe precisarse e modularse ao caso concreto en que xorde a responsabilidade patrimonial, sen prexuízo, claro está, da incidencia que debe ter a existencia de precedentes xurisprudenciais aplicables ao caso que nos ocupe. (...) Para a realización de tal cuantificación pode acudirse ao baremo establecido para o seguro obrigatorio do automóbil, pero iso con carácter orientativo, como sinala a sentenza de instancia e a xurisprudencia que acabamos de citar, polo que non pode acollerse a alegación da parte que exige que a indemnización se acomode ao dito baremo e considera contraria a dereito a sentenza de instancia cando non se axustou a este e pola mesma razón non pode imporse unha valoración fundada nesa exixencia”».*

Continuando a análise da Lei 39/2015, no referente á responsabilidade patrimonial, a sección 2.ª do capítulo V alude en dous artigos, 91 e 92, ás especialidades en canto á resolución deste tipo de procedementos e a competencia para esta respectivamente sen que atopemos novidade ningunha nin nos prazos nin no carácter negativo do silencio, salvo a omisión do prazo de vinte días desde a recepción do ditame para resolver, xa que a partir do 2 de outubro non haberá prazo para este aspecto do proceso.

En relación coa competencia, non se especifica cal é o órgano da entidade local competente, polo que haberá que ponderar cada caso baseándose na competencia residual do alcalde, e cal sería o órgano competente na materia sobre a que recae a suposta responsabilidade patrimonial, así como a entidade económica desta para poder fundamentar unha resposta axeitada sobre o órgano encargado da resolución. Non así en relación coa instrución do expediente, que deberá levar a cabo un funcionario especializado, sendo máis que dubidosa a práctica de que sexa un concelleiro o encargado deste traballo.

Á tramitación simplificada considerada no capítulo VI do título IV xa me referín ao falar do desaparecido procedemento abreviado.

A última referencia ao procedemento de responsabilidade patrimonial na Lei 39/2015, do 1 de outubro, é a contida na disposición transitoria quinta en relación cos procedementos de responsabilidade patrimonial derivados da declaración de inconstitucionalidade dunha norma ou o seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea.

*Os procedementos administrativos de responsabilidade patrimonial derivados da declaración de inconstitucionalidade dunha norma ou o seu carácter contrario ao dereito da Unión Europea iniciados con anterioridade á entrada en vigor desta lei resolveranse de acordo coa normativa vixente no momento da súa iniciación.*

En todo caso, non se regulaba un procedemento *ad hoc* para este tipo de responsabilidades. Unicamente a referencia do artigo 139.3 da LRPAC e a construción xurisprudencial, polo



que entendo positiva a pormenorización establecida basicamente no artigo 32.3.4.5 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, que establece os requisitos para obter indemnización por lesións sufridas pola aplicación dunha norma declarada contraria ao dereito da Unión Europea, así como pola aplicación dunha norma con rango de lei declarada inconstitucional:

- Obtención de sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se alegase a infracción do dereito da Unión.
- Que a norma lles confira dereitos aos particulares.
- Que o incumprimento estea suficientemente caracterizado.
- Que exista relación de causalidade directa entre o incumprimento da obriga imposta á Administración responsable polo dereito da Unión Europea e o dano sufrido polos particulares.

## 5 Reflexión final

Considerando que non estamos en puridade ante unha novidade legislativa relevante, pois unicamente se volve ao sistema e conceptualización de mediados do século pasado, non é menos certo que a dita sistemática durou case 40 anos, polo que, á vista da curta vida das regulacións actuais, nos queda a esperanza de que non se retoque ou modifique substancialmente noutros 40 anos.

Non obstante, disinto do carácter simplificador desta normativa e da procura dunha maior seguridade xurídica, porque non estabamos ante un sector ou ámbito xurídico suxeito a inseguridades, como pode ser o urbanístico ou financeiro/tributario, e, se o que se pretendía era reducir o número de leis ou normas reguladoras, seguimos ante dúas normas, Lei 39/2015 e Lei 40/2015, ambas as dúas do 1 de outubro, que conteñen artigos relacionados de forma desconcentrada fronte ao actual réxime xurídico, que se contempla en 7 artigos da LRPAC e un regulamento específico do procedemento.

# Regap

Recensiones

3



## **A racionalización da organización administrativa local: as experiencias española, italiana e portuguesa**

La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa

The rationalization of the local administrative organization: the Spanish, Italian and Portuguese experiences

50 Regap

ALMEIDA CERREDA, MARCOS | TUBERTINI, CLAUDIA | COSTA GONÇALVEZ, PEDRO (DIRS.)

SANTIAGO IGLESIAS, DIANA | DI LASCIO, FRANCESCA | CRUZ SILVA, PEDRO (COORDS.)

Aranzadi, Navarra, 2015

Regap



RECENSIONES

Cando, no ano 2008, os principais indicadores macroeconómicos comezaron a alertar dunha posible crise económica mundial, ninguén podía imaxinar que as súas consecuencias alcanzarían institucións dalgúns países de Europa que permanecían inalterables, nalgúns casos, practicamente desde a súa creación. As políticas de austeridade impulsadas polos gobernos europeos co fin de conter o gasto público para facer fronte ao déficit orzamentario propiciaron un programa de reformas que alcanzaron a organización administrativa local, de maneira que algúns Estados tiveron que promover medidas de racionalización administrativa, condicionados tamén por imposicións de determinadas institucións europeas, como o Banco Central Europeo e a Comisión Europea; e mundiais, como o Fondo Monetario Internacional, para solicitar asistencia financeira externa ou recuperar a confianza da Unión Europea.

As medidas para reforzar o control financeiro e orzamentario comportaron a aprobación de políticas encamiñadas a reformar a estrutura organizativa local, clarificar as competencias locais e reducir o sector público, especialmente en tres países da Unión Europea: España, Italia e Portugal. Precisamente sobre esta profunda reforma e as súas consecuencias versa a obra que nos ocupa. Profesores e investigadores de universidades españolas, italianas e portuguesas uníronse para estudar os distintos paquetes de medidas legislativas aprobados polos seus respectivos gobernos no que é un estudo de interese extraordinario para comprender a realidade da Administración local tras a crise económica da primeira década do século XXI. A obra analizada, dividida en tres bloques para facilitar o manexo por parte do lector, resulta imprescindible para todas aquelas persoas interesadas no dereito administra-

tivo local que queiran entender o proceso de reforma en España, Italia e Portugal, dada a variedade de asuntos tratados, a calidade dos estudos e a crítica achegada polos autores.

No capítulo preliminar, o profesor Marcos ALMEIDA CERREDA realiza unha formulación do estudo que xira sobre catro cuestións que afectan á organización administrativa local, como son: a reordenación da planta local; as fórmulas asociativas de cooperación intermunicipal; os entes locais intermedios e o sector societario local, centrando o lector sobre as cuestións fundamentais da reforma da organización administrativa local e a súa problemática nos tres países, no que é unha sorte de guía crítica que facilita o manexo e comprensión da obra.

A primeira parte consta de cinco capítulos, dedicados á reforma da organización local en España.

O capítulo 1 está destinado ao estudo das entidades de ámbito territorial inferior ao municipio (en diante, EATIM). Alfredo GALÁN e Ramón GALINDO CALDÉS realizan un minucioso e completo estudo sobre as características das EATIM na actualidade que nos interna na materia mediante unha clara e ben documentada exposición. Posteriormente, analizan a incidencia da Lei 23/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (en diante, LRSAL), sobre estas que aposta por avanzar na diminución do número de entidades inframunicipais a través de obrigas de tipo económico financeiro e achegan unha visión crítica ao respecto do tema, examinando as distintas formulacións propostas durante a tramitación parlamentaria da norma e efectuando un estudo sobre a constitucionalidade da reforma.

No capítulo 2, a profesora María Antonia ARIAS MARTÍNEZ inténase no mapa municipal español e aborda a fusión de municipios, tema recorrente de debate doutrinal e sempre controvertido que suscita importantes reticencias entre os axentes implicados. A autora, neste interesante capítulo, expón con claridade o debate e establece os presupostos constitucionais sobre os que debe centrarse, para despois analizar exhaustivamente a regulación da planta municipal na LRSAL. Para iso, desenvolve a previsión de fusión municipal que debe conter o plan económico-financeiro formulado polas corporacións locais como consecuencia do incumprimento do obxectivo de estabilidade orzamentaria, do obxectivo de débeda pública ou da regra de gasto, e expón o procedemento que cómpre seguir no caso das fusións voluntarias de municipios a través dos convenios de fusión. Por último, aborda as medidas de estímulo que propón o lexislador para propiciar as fusións municipais, ilústranos sobre os seus efectos e reflexiona sobre a aplicación práctica da LRSAL, dado que transcorreu un tempo prudencial desde a súa entrada en vigor.

A profesora María HERNANDO EYDINGS afronta, no capítulo 3, o réxime xurídico das mancomunidades e consorcios e as previsións que contén a LRSAL acerca destes, lembrando os obxectivos primixenios do lexislador plasmados no anteproxecto de lei e o resultado obtido tras a aprobación do texto normativo. A partir de aí, aclara as dúbidas sobre as competencias de ambas as dúas institucións e a atribución ás deputacións provinciais de competencias sobre prestación de determinados servizos, advertindo dos posibles efectos que varios recursos de inconstitucionalidade presentados poden ter sobre o texto legal.

O profesor Ricard GRACIA RETORTILLO ocúpase no capítulo 4 de entes locais intermedios, como son as provincias e os seus órganos de goberno, as deputacións provinciais, discutidas, poderíamos dicir, desde o seu nacemento. De feito, a polémica chegou ata os nosos

días, aguilloada pola forte crise económica financeira. Rememorando o profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, o autor constata “a vinganza da provincia” tras a aprobación da LRSAL, que serviu para o fortalecemento da provincia como ente sobre o que se sosteñen moitas das propostas normativas para alcanzar os desexados obxectivos de eficiencia económica da Administración local. No estudo, o autor expón a garantía constitucional da existencia da provincia e a indeterminación competencial das deputacións provinciais antes da reforma operada pola LRSAL, para despois abordar as propostas que se foron recollendo nos borradores e anteproxectos da dita lei e analizar o papel que, finalmente, representan as deputacións provinciais, como axentes de racionalización e sustentabilidade da Administración local. O profesor GRACIA RETORTILLO aclara exhaustivamente as novas competencias provinciais, distinguindo entre as propias, as delegadas e as “impropias”, e refírese á función coordinadora que desenvolve o ente provincial na prestación de servizos aos municipios. Por último, o autor reflexiona sobre o alcance da reforma, claramente orientada a mellorar a eficiencia económica da Administración local e formula que esta, non obstante, non soubo dar resposta a algunhas das carencias que presentaba a provincia, como o déficit democrático do goberno provincial ou a división territorial.

No capítulo 5, a profesora Diana SANTIAGO IGLESIAS realiza unha análise das medidas orientadas a redimensionar e reordenar o subsector societario local, para o que nos introduce no tema a través dun amplo e detallado estudo destes organismos desde a última década do século XX ata a actualidade. Posteriormente, examina as disposicións con incidencia directa que a LRSAL destina a reducir o tamaño do subsector societario local e a limitar o seu crecemento. A continuación, desenvolve as previsións con incidencia indirecta sobre o sector, precisando a distribución de competencias operada pola lei e os límites que esta lles impón ás entidades locais, tanto no relativo ao exercicio de actividades económicas, que queda condicionado ao cumprimento do obxectivo de estabilidade orzamentaria e da sustentabilidade financeira, como no relativo á utilización de sociedades municipais para a xestión de servizos públicos, supeditada esta última forma a que resulte máis sustentable e eficiente que a xestión directa por parte da entidade local, conclusión á que se deberá chegar seguindo criterios de rendibilidade económica e recuperación do investimento. O estudo realizado pola profesora Diana SANTIAGO IGLESIAS constitúe un revelador traballo sobre a problemática do sector público local.

A segunda parte do libro dedícase a abordar o estudo da reforma da organización administrativa local en Italia. No capítulo 6, a profesora Giulia MASSARI analiza a fusión dos municipios cun completo estudo histórico en que examina as dificultades do proceso de reforma da planta local e a incidencia constitucional sobre a materia, para posteriormente afrontar as consecuencias da crise económica sobre as políticas da reordenación territorial. A continuación, a autora expón de xeito clarificador os aspectos xerais da controvertida Lei 56/2014, coñecida como *Lei Delrio*, en alusión ao subsecretario da Presidencia do Consello de Ministros, aprobada polo Goberno presidido por Matteo Renzi, e que supón unha profunda e complexa modificación na estrutura da organización administrativa local do país, fomentando, entre outros aspectos, as fusións entre municipios. Finalmente, reflexiona sobre o proceso reformista iniciado en Italia dentro do contexto europeo, o que lle permite ao lector considerar o tema desde un punto de vista global e conclúe que a fusión de municipios quizais non ten como consecuencia un aforro económico relevante, aínda que si é unha medida de organización esencial, de reordenación funcional das institucións para alcanzar unha autonomía real e unha maior eficiencia na xestión dos servizos públicos.

Regap



RECENSIONES

Marzia DE DONNO analiza, no capítulo 7, un novo nivel de Administración local asentado en formas asociativas intermunicipais a través das unións de municipios e convenios como instrumentos de coordinación. A autora expón de xeito rigoroso e sistemático os distintos modelos asociativos e as dificultades que o proceso legislativo tivo que superar para lograr un encaixe constitucional. Na exposición final reflexiona acerca do difícil equilibrio entre os novos modelos asociativos de xestión e a autonomía local, sancionada, entre outras, pola Carta Europea da autonomía local.

O capítulo 8, redactado pola profesora Francesca DI LASCIO, ten por obxecto abordar o tema da cidade metropolitana como entidade administrativa local. A autora analiza o complexo recorrido desta institución desde os anos noventa do século XX ata a actualidade, para despois afondar na regulación xurídica da cidade metropolitana na Lei 56/2014, precisando as súas funcións, estatutos e órganos. Remata este interesante capítulo cunha reflexión sobre o proceso de creación e constitución das cidades metropolitanas e sobre a necesidade de que a colaboración efectiva entre todos os axentes implicados sexa o fío condutor que rexa o proceso.

No capítulo 9, a profesora Claudia TUBERTINI realiza un estudo da provincia no ordenamento xurídico italiano, sen dúbida un dos máis controvertidos e complexos da reforma da Administración local. Partindo da orixe da reforma legal da provincia e do dificultoso proceso que sufriu, a autora expón as principais liñas de reforma e as características principais do novo e singular ordenamento da provincia, baseado nos entes de “área vasta”.

Para rematar o bloque dedicado á reforma da Administración local en Italia, o profesor Riccardo URSI, no capítulo 10, examina a cuestión das sociedades públicas locais, analizando a complexidade do fenómeno das sociedades públicas na dimensión local, a normativa reguladora e a tendencia, desde o ano 2006, á simplificación e redución da esfera pública, para finalmente expor e analizar a lexislación recente, que avoga por unha racionalización da utilización das sociedades públicas locais.

A terceira parte do libro está dedicada a estudar a reforma da organización administrativa local en Portugal. Pedro CRUZ E SILVA analiza no capítulo 11 a fusión das *freguesías*, consecuencia da profunda reforma do mapa administrativo debido ás leis 75/2013, do 12 de setembro; 73/2013, do 3 de setembro; e 50/2012, que modificaron a planta municipal, as competencias dos poderes públicos locais, o réxime financeiro local e a actividade empresarial local. O autor analiza o profundo proceso de reforma do poder local en Portugal, o máis importante na historia do país, iniciado como consecuencia do acordo alcanzado o 17 de maio de 2011 polo Estado portugués co Fondo Monetario Internacional, a Comisión Europea e o Banco Central Europeo (a coñecida como *troika*), denominado “Memorando do Entendemento sobre as Condicións da Política Económica” e cuxas consecuencias, aclara, unicamente poderán ser medidas transcorridos uns anos.

No capítulo 12, dedicado á fusión dos municipios, Carlos José BATALHÃO instrúenos sobre a organización territorial portuguesa e a posible reestruturación, que sempre terá como primeiro límite normativo a Constitución da República Portuguesa; para iso analiza o encadre xurídico constitucional e a normativa sobre o réxime xurídico, extinción e modificación dos poderes públicos locais para, a continuación, abordar a realidade municipal portuguesa e as súas perspectivas de futuro a través dun completo estudo sobre a materia.



O profesor Licínio LOPES MARTINS analiza as comunidades intermunicipais no capítulo 13, cuxas competencias se recollen na Lei 75/2013. En primeiro lugar, para permitir unha mellor comprensión do seu estudo, ilústranos efectuando un percorrido polo réxime xurídico anterior, regulado nas leis 75/2013 e 45/2008, así como pola Lei 46/2008, sobre o réxime especial das áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, e sintetiza a incidencia constitucional sobre esta e sobre o proxecto de lei previo. A continuación, desenvolve os tipos de comunidades intermunicipais, as competencias e a súa forma de atribución, así como o réxime dos seus traballadores, no que é, sen dúbida, un estudo completo e pormenorizado de grande utilidade para o lector.

O capítulo 14, dedicado ás áreas metropolitanas, foi desenvolvido pola profesora Fernanda Paula OLIVEIRA. Conforman un estudo ordenado e ben definido no que realiza un compendio da evolución lexislativa da materia e delibera sobre as complexas relacións entre as áreas metropolitanas con outros niveis de poder territorial. A autora achega nas súas conclusións as oportunidades e ameazas deste novo réxime xurídico das áreas metropolitanas, facilitándolle ao lector unha reflexión sobre as necesidades que se formulan para alcanzar un proceso de rexionalización que se converta nunha vía de solución eficaz dos problemas que sobrevoan o poder local.

Por último, o capítulo 15 destínase ao coñecemento das empresas municipais en Portugal. Nel, o profesor Pedro COSTA GONÇALVES desenvolve a evolución normativa nesta materia, desde o ano 1998 ata a aprobación no ano 2012 da Lei 50/2012, reguladora do réxime xurídico da actividade empresarial local e das participacións locais, aprobada como consecuencia da profunda crise económico-financeira que sufría o país, así como a súa posterior modificación mediante a Lei 53/2014. O autor desenvolve as fortes restricións impostas á creación de empresas públicas locais e os principios que deben rexer a súa relación con outras entidades, así como o factor de equilibrio financeiro e sustentabilidade das contas, unha das causas da reforma da Administración local.

En definitiva, atopámonos ante un estudo realizado por expertos universitarios na materia ben formulado, convenientemente documentado e de grande interese para poder comprender as repercusións que tivo a grave crise económica sufrida polos países da eurozona, especialmente a partir do ano 2010, e que tivo como consecuencia a reforma da organización administrativa local para alcanzar unha maior racionalización e eficiencia.

**Montserrat Montero Oitavén**

regap



RECENSIONES



## A moderna configuración da doutrina do abuso do dereito

La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho

The modern configuration of the doctrine of the abuse of the law

50  
Regap

CUADRADO PÉREZ, CARLOS

Aranzadi, Navarra, 2014

Regap



RECENSIONES

A obra obxecto desta recensión aborda, de forma rigorosa e exhaustiva, o exame da configuración actual da doutrina do abuso do dereito no ordenamento español. Para iso, o seu autor, ao longo dos catro capítulos en que se divide este libro, por unha parte, describe a evolución histórica da dita institución e os antecedentes desta no noso sistema, e, por outra parte, concentra a súa atención en expor e glosar criticamente a regulación que o Código civil contén desa figura.

No primeiro dos capítulos, de carácter introdutorio, o profesor Cuadrado xustifica plenamente a necesidade de iniciar o estudo da doutrina do abuso do dereito mediante unha visión retrospectiva desta, analizando as súas orixes e a súa evolución histórica, co fin de comprender a regulación contida no vixente Código civil, así como a interpretación que dela se levou a cabo, e se continúa efectuando, por parte da doutrina e da xurisprudencia.

Consecuentemente, o autor afronta o exame da evolución histórica desta institución no segundo capítulo desta monografía. Nel hai que destacar que o profesor Cuadrado, a diferenza de gran parte da doutrina, que sitúa as orixes da figura do abuso do dereito na xurisprudencia gala posterior á Revolución Francesa, defende cunha sólida e convincente argumentación que as raíces desta figura se remontan a unha época histórica moi anterior. Así, demostra como a través dalgunhas fontes romanas –por exemplo, as *Instituta* de Gaio, a *Novela LXIII* de Xustiniano ou o *Digesto*– pódese inferir a operatividade naquel antigo dereito de concretas manifestacións desta institución. Concretamente, é na baixa Idade Media onde o profesor Cuadrado sitúa o precedente inmediato da figura do abuso do dereito, especificamente na

doutrina dos “actos de emulación”, creada polos grandes xuristas desta época inspirándose no dereito xustiniano e nos principios cristiáns. Na súa opinión, esta constitúe a primeira sistematización científica dos límites ao exercicio individual dos dereitos subxectivos, xa que na súa virtude se vetaba a realización de actos que non lle reportaban utilidade ningunha ao propietario dun determinado inmovible, pero que si lles irrogaban algún menoscabo aos titulares de dereitos dos predios veciños. Esta recensión da evolución histórica da doutrina do abuso de dereito conclúe coa exposición da xurisprudencia posterior á Revolución Francesa, analizando, en especial, dúas emblemáticas resolucións, pola súa transcendencia na configuración desta institución: a Sentenza da Cour d’appel de Colmar, do 2 de maio de 1855 (*arrêt de la fausse cheminée*), e a Sentenza da Cour de Cassation, do 3 de agosto de 1915 (*arrêt Clément Bayard*).

No terceiro capítulo desta monografía, o profesor Cuadrado, á luz das liñas evolutivas individuadas na epígrafe precedente, efectúa un detallado estudo dos antecedentes da doutrina do abuso do dereito no noso país. Para iso, establecendo a xénese desta no século XIII, en concreto, nas *Partidas* de Afonso X o Sabio –aínda que, segundo a súa moi autorizada opinión, xa se intuía a súa presenza, polo menos en potencia, nalgunhas pasaxes do *Foro Xulgo*–, realiza un repaso de todas as súas manifestacións normativas ata o presente. Neste percorrido, pódense destacar algúns momentos clave de especial interese, como o estudo que efectúa da Lei da represión da usura, do 23 de xullo de 1908, ou do Regulamento hipotecario, do 6 de agosto de 1915. Así mesmo, o autor analiza tamén a elaboración xurisprudencial desta teoría que vai xurdindo en paralelo á súa positivización normativa. Neste punto, hai que destacar o seu interesante comentario crítico á Sentenza do Tribunal Supremo do 14 de febreiro de 1944, na medida en que o profesor Cuadrado defende, con convicción, que os seus razoamentos constitúen os alicerces sobre os que posteriormente se desenvolveu, desde o punto de vista lexislativo, a dita institución.

No capítulo final desta obra, o autor aborda a análise da regulación contida no noso Código civil, tras a reforma operada polo Decreto 1836/1974, do 31 de maio, en virtude da que se lle deu entrada definitiva no noso ordenamento xurídico á doutrina de abuso de dereito, recolléndoa de forma expresa no artigo 7.2 do citado corpo normativo.

Neste marco, antes de afondar no tratamento normativo da figura obxecto deste traballo, o profesor Cuadrado examina, realizando un exposición clara e precisa, dúas cuestións clave que foron obxecto de estudo doutrinal e xurisprudencial: a dicotomía entre o abuso do dereito e o exercicio antisocial deste e a xustificación da dita doutrina.

Tras eses necesarios prolegómenos, o apartado central do terceiro capítulo está dedicado ao estudo dos presupostos do abuso do dereito. Así, en primeiro lugar, para poder invocar esta institución, exíxese o exercicio dun dereito por parte do seu titular. En opinión do profesor Cuadrado, tal actuación pode consistir tanto nunha conduta activa como nunha actitude pasiva, xa que o artigo 7.2 se refire a “todo acto ou omisión”, –cómpre destacar que, neste punto, o autor non comparte outras posicións doutriniais, como a defendida por Batlle–. En segundo termo, para a aplicación nun caso concreto da figura do abuso de dereito, exíxese que se superen “manifestamente os límites normais do exercicio dun dereito”. Este requisito é analizado polo autor desde unha dobre perspectiva: subxectiva e obxectiva.

O estudo desde o punto de vista subxectivo require determinar previamente cal é a intención do titular do dereito; así, o autor desta monografía inclúe dentro do ámbito das condutas

abusivas non só aquelas en que se aprecia *animus nocendi* ou un *consilium damni*, senón tamén aqueles comportamentos en que, malia non ser o seu principal propósito, se lle orixina un prexuízo a terceiro, e o seu titular actúa sen un fin serio e lexítimo.

Desde o punto de vista obxectivo, exíxese comprobar que se produciu un exercicio anormal ou excesivo do dereito polo seu titular –concepto xurídico indeterminado que, en opinión do profesor Cuadrado, se apreciará e concretará conforme os costumes e concepcións de cada época e que variará así mesmo en función da natureza do propio dereito e das circunstancias concorrentes en cada caso.

No estudo de ambos os dous aspectos, o autor analiza as diferentes posturas doutrinarias e xurisprudenciais sobre a materia, atribuíndolles, acertadamente, especial importancia a estas últimas, ao corresponderlles aos tribunais o labor de concreción, caso por caso, dos “límites normais” de cada dereito e da medida en que este se debe entender “manifestamente superado”. Así, realiza un amplo e clarificador estudo dos pronunciamentos recaídos en materias como: os usufrutos, a propiedade horizontal, o interdito de obra nova ou as execucións hipotecarias, materia esta de grande importancia e actualidade como consecuencia da crise económica que aínda non conseguimos superar. O terceiro dos requisitos exixidos polo artigo 7.2 do Código civil, para que sexa invocable a doutrina do abuso de dereito, é a produción dun “dano para terceiro” que non se ache legalmente obrigado a soportalo, sinalando o autor que o dito dano pode ser tanto patrimonial como moral, e que se pode ter verificado xa ou ser simplemente previsible. Por último, o profesor Cuadrado analiza as consecuencias de que “a lei non ampare o abuso do dereito ou o exercicio antisocial deste”, distinguindo dúas clases de efectos: o primeiro deles é a indemnización dos danos e perdas que a conduta do titular do dereito ocasionase e cuxa concreción lles corresponde aos tribunais en cada caso; e o segundo intégro as medidas impeditivas da persistencia do abuso. Neste último ámbito, o autor diferencia entre as xudiciais (medidas preventivas) e as administrativas (estas últimas vistas con receo por gran parte dos civilistas, ante o temor –quizais non moi xustificado, pois toda actuación da Administración, ao final, está suxeita ao control dos xuíces– de suplantación nesta materia da autoridade xudicial pola Administración).

En definitiva, o interese obxectivo do tema tratado –en especial, no contexto socioeconómico actual–, o rigor con que se leva a cabo a súa análise e, sobre todo, as suxestivas e novidosas solucións achegadas a vellas controversias converten esta monografía nunha publicación de referencia de lectura obrigatoria para todos aqueles xuristas que, por necesidade profesional ou curiosidade intelectual, deban afrontar o estudo da doutrina do abuso de dereito, unha institución que, aínda que ten o seu ámbito propio de actuación no dereito privado, axeitadamente cribada podería desempeñar un importante papel no campo do dereito administrativo, terreo fértil para non poucos abusos como os estudados nesta excelente obra.

**Carla Casanueva Muruáis**  
Secretaria académica do OIRESP

regap



RECENSIONES